

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
REKABET HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN
SORUMLULUĞU

SEDA SEYMAN

Danışman
Prof. Dr. Ahmet TÜRK

İZMİR - 2019

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Hukukundan Kaynaklanan Sorumluluğu” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Seda SEYMAN

19/06/2019

ÖZET

Doktora Tezi

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Hukukundan Kaynaklanan

Sorumluluğu

Seda SEYMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Bu çalışmada anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin Rekabet Hukukundan kaynaklanan sorumluluğu incelenmiştir. Anonim şirket kural olarak yönetim kurulu tarafından alınan kararlar ile faaliyetini sürdürür. Anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olarak görev yapan kişiler birtakım haklara sahip oldukları gibi yükümlülük altına da girerler. Yönetim kurulu üyeleri kanunda kendileri için getirilen yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde halinde yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilir.

Anonim şirket yönetim kurulunun hukuki sorumluluk sebepleri ve sorumluluğun şartları Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetim kuruluna yaptırım uygulanabilecek düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleniyor olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerine yaptırım uygulanmasına imkan veren düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden biri de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer almaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesinde hem teşebbüs yahut teşebbüs birliklerine hem de teşebbüs ve teşebbüs birliğinin yönetici yahut çalışanına yaptırım uygulanmasına imkan veren düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenleme uyarınca, , anonim şirket rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma sebebi ile idari para cezasına hükmedilmesi mümkündür. Maddede aynı zamanda Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin

üçüncü fıkrası gereğince teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkra da belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilebileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Çalışmanın birinci kısmında genel olarak Rekabet Hukukuna değinilecektir. İkinci kısmında ise Rekabet Kanunu'nun 16'ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca teşebbüs ve teşebbüs birliklerine uygulanacak yaptırımın şartları ve yaptırımın uygulanması usulü incelenecektir. Çalışmanın son kısmında ise anonim şirket yönetici ve çalışanlarına uygulanacak yaptırımın koşulları ile yaptırımın uygulanması usulü ayrıntılı olacak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Rekabet Hukuku, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Ticaret Hukuku, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy(PhD)
Liabilities Of The Members Of Board Of Directors In Joint Stock Company
Under Competition Law
Seda SEYMAN

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

Liabilities of the members of board of directors in joint stock company under competition law is analysed in this study. As a rule, the joint stock company operates with the decisions taken by the board of directors. Persons who are members of the board of directors of a joint stock company have certain rights as well as obligations. If the members of the board of directors violate the obligations imposed on them by law, the members of the board of directors shall be subject to civil and criminal liability.

The reasons for the legal responsibility of the joint stock company's board of directors and the conditions of the liability are regulated in detail in the Turkish Commercial Code. Although the regulations that may impose sanctions on the board of directors are regulated in the Turkish Commercial Code, there are regulations allowing sanctions to be imposed on the members of the board of directors. One of these regulations is included in The Act On The Protection Of Competition. Article 16 of The Act On The Protection Of Competition includes the regulation that allows sanctions to be applied to both the undertakings or associations of undertakings and the manager or employee of the association of undertakings and undertakings. According to article it is possible to impose an administrative fine on the basis of an agreement, concerted practices and decisions restricting competition, abuse of dominant position or merger or acquisition. According to article 16/3, in case

administrative fines mentioned in paragraph three are imposed on undertakings or associations of undertakings, an administrative fine up to five percent of the penalty imposed on the undertaking or association of undertakings shall be imposed on managers or employees of the undertaking or association of undertakings who are found to have a decisive influence in the infringement.

In the first part of the study, Competition Law will be discussed in general. In the second part, the conditions of the sanction to be applied to the undertakings and associations of undertakings and the method of enforcement of sanctions in accordance with the third paragraph of Article 16 of the Act On The Protection Of Competition will be examined. In the last part of the study, the conditions of sanction to be applied to the managers and employees of joint stock companies and the procedure of sanction will be examined in detail.

Keywords: Joint Stock Company, Board Of Directors, Competition Law, Liabilities Of The Members Of Board Of Directors, Commercial Law, The Act On The Protection Of Competition.

**ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN REKABET
HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU
İÇİNDEKİLER**

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xvi

GİRİŞ	1
-------	---

**BİRİNCİ BÖLÜM
REKABET HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ**

I. REKABET KAVRAMI	4
II. REKABETİN ÖNEMİ VE FONKSİYONLARI	6
III. REKABET HUKUKUNUN TANIMI VE TARİHÇESİ	8
A. Rekabet Hukukunun Tanımı	8
B. Rekabet Hukukunun Tarihçesi	8
1. Amerikan Rekabet Hukuku	9
2. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku	12
3. Türk Rekabet Hukuku	15
IV. REKABET KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUNA GENEL BİR BAKIŞ	17
A. Kanun'un Sistematığı	17
B. Kanunu'nun Amacı	18
C. Kanunu'nun Kapsamı	19
1. Konu Bakımından Kapsamı	19
2. Søjeler Bakımından Kapsamı	22
3. Yer Bakımından Kapsamı, Uygulanması ve Etki Doktrini	22
4. İlgili Pazar Yönünden Kanunun Uygulanma Alanı	25
a. İlgili Coğrafi Pazar	26

b. İlgili Ürün Pazarı	27
5. Kanunun Zaman Bakımından Kapsamı	27
V. REKABETİN KORUNMASINI GEREKLİ KILAN NEDENLER VE REKABETİ KORUNMASI BAKIMINDAN HUKUK SİSTEMLERİ	28
A. Rekabetin Korunmasını Gerekli Kılan Nedenler	28
1. Anayasal Zorunluluk	28
2. Uluslararası Hukukta Yer Alan Düzenlemeler	30
3. Ekonomik Zorunluluk	31
B. Rekabetin Korunması Bakımından Hukuk Sistemleri	32
1. Yasaklama Sistemi	32
2. Kötüye Kullanmayı Yasaklama Sistemi	32
3. Karma Sistem	33
VI. REKABETİN HUKUKUNUN KAYNAKLARI	33
A. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	33
B. Yönetmelikler	34
C. Tebliğler	35
D. Kılavuzlar	35
E. Rekabet Kurulu Kararları	36
VII. REKABET HUKUKUNUN GENEL HUKUK İÇERİSİNDEKİ YERİ VE ŞİRKETLER HUKUKU İLE İLİŞKİSİ	37
A. Rekabet Hukukunun Genel Hukuk İçerisindeki Yeri	37
B. Rekabet Hukukunun Ticaret Hukuku İle Bağlantısı	39

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET KANUNU’NUN 16’INCI MADDESİNDE TEŞEBBÜSLER BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIM

I. GENEL OLARAK	43
II. REKABET HUKUKU SÜJESİ OLARAK TEŞEBBÜSLER VE TEŞEBBÜS BİRLİKLERİ	44
A. Teşebbüs Kavramı	44
1. Teşebbüs ve İşletme Kavramı	44
2. Rekabet Hukuku Anlamında Teşebbüs	48

3. Teşebbüs Kavramının Unsurları	50
a. İktisadi Faaliyette Bulunmak	50
aa. İktisadi Faaliyetin Tanımı ve Kapsamı	50
aaa. İktisadi Faaliyet Konuları	52
bbb. İktisadi Nitelik Taşımayan Faaliyetler	55
aaaa. Sosyal Hizmetler	55
bbbb. Kamu Gücüne Dayanılarak Yapılan İşlem ve Eylemler	56
cccc. Kişisel İhtiyaçların Karşılmasına Yönelik Faaliyetler İle Sürekli Olmayan Ticari Faaliyetler	57
b. İktisaden Bağımsız Karar Verebilme	57
aa. İktisadi-Ekonomik Bağımsızlık Kavramı	57
bb. Ekonomik Bütünlük-Hukuki Bağımsızlık	59
aaa. Genel Olarak	59
bbb. Ekonomik Bütünlüğün Tespitine Yönelik Mevzuat Hükümleri	59
ccc. Ekonomik Bütünlüğün Tespitinde Kullanılan Kıstaslar	61
ddd. Teşebbüs İle Bağlantılı Olan Muhtelif Søjelerin Durumu	63
aaaa. Şube	63
bbbb. Bağımlı Tacir Yardımcıları	64
cccc. Bağımsız Tacir Yardımcıları	66
aaaaa. Simsar	66
bbbbb. Acente	67
ccccc. Komisyoncu	73
ddddd. Gerçek Kişilerin Ekonomik Bütünlük Bakımından Değerlendirilmesi	74
4. Teşebbüs Türleri	76
a. Gerçek Kişiler	76
b. Tüzel Kişiler	78

d. Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklar	84
e. Teşebbüs Birliği Kavramı	85
aa. Tanım	85
bb. Unsurları	85
aaa. Birden Fazla Teşebbüsün Varlığı	86
ccc. Herhangi Bir Şekilde Gerçekleştirilen Birlikteliğin Devamlılığı	88
cc. Teşebbüs Birliğinin Türleri	89
III. REKABET KANUNU 4, 6 VE 7'İNCİ MADDELERİNDEKİ YASAKLANMIŞ DAVRANIŞLAR	94
A. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar	94
1. Anlaşma	95
2. Uyumlu Eylem	100
3. Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemleri	107
aa. Bağlayıcı Nitelikte Kararlar	109
bb. Tavsiye Niteliğinde Kararlar	109
cc. Kanunla Kurulmuş Teşebbüs Birliği Kararları	112
5. Rekabete Aykırılığı Ortadan Kaldıran Muafiyetler	113
B. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması	117
C. Birleşme ve Devralma	126
IV. YAPTIRIMIN UYGULANMASI USULÜ, YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI	138
A. Yaptırımın Uygulanma Usulü	138
1. Ön Araştırma	140
a. Ön Araştırmanın Re'sen veya Başvuruda Bulunulması Halinde Yapılması	140
b. Ön Araştırma Öncesi İlk İnceleme Aşamasının Yapılması Hali	143
c. Ön Araştırmayı Yürütmekle Görevli Kişiler, Araştırma Süreci ve Ön Araştırma Kararlarının Hukuki Niteliği	145
2. Soruşturma Aşaması	147

a. Rekabet Kurulunun Soruşturmaya Başlaması ve Soruşturmayı Yürütecek Kişiler	147
b. Soruşturmanın Yürütülmesi ve Süresi	150
c. Delillerin Toplanması	153
3. Sözlü Savunma Toplantısı	157
4. Nihai Karar Toplantısı	161
B. Sorumluluğun Yaptırımı	165
1. Rekabet Kanununda Düzenlenen İdari Yaptırımların Konusu	165
2. Kanun ve Ceza Yönetmeliği Çerçevesinde İdari Para Cezalarının Belirlenmesi	166
a. Cezanın Belirlenmesine İlişkin Temel İlkeler	167
b. Temel Para Cezasının Belirlenmesi	168
c. Ağırlaştırıcı Unsurlar	169
d. Hafifletici Unsurlar	170
e. İhlalin Tekerrürü	171
f. İhlalin Süresi	172
g. Ceza Miktarının Tayininde Dikkate Alınan Diğer Haller	173
C. Zamanaşımı	177

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET KANUNU'NUN 16'NCI MADDESİNDE DÜZENLENEN YÖNETİCİLER VE ÇALIŞANLAR HAKKINDA UYGULANACAK YAPTIRIM

I. GENEL OLARAK	180
II. YAPTIRIMIN ÖZELLİKLERİ	181
A. Yönetici ve Çalışanların Sorumluluğuna Hakim Olan Temel Prensipler ve Sorumluluğun Fonksiyonları	181
1. Kusur Prensibi-Kusurlu Sorumluluk Prensibi	181
2. Sorumluluğun Kişiselliği Prensibi- Bireysel Sorumluluk Prensibi	182
3. Teselsül Prensibi	183

B. Özellikle Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirkette Müdürlerin Hukuki Sorumluluğunun Fonksiyonları	189
III. YÖNETİCİ VE ÇALIŞAN KAVRAMININ KAPSAMI	192
A. Yönetici Kavramının Kapsamı	194
1. Organ Yönetici	194
2. Anonim Şirkette Yönetim Kurulunun, Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirkette Müdürlerin Organ Sıfatı	195
a. Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirkette Müdürlerin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği	207
aa. Yönetim Kurulu/Müdürler İle Şirket Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği	207
bb. Yönetim Kurulu/Müdürler İle Şirket Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği	210
aaa. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	211
bbb. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	212
ccc. Türü kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Görüşü	214
ddd. Ortaklıklar Hukuku ve Borçlar Hukukuna İlişkin Unsurları Birlikte Barındıran Sözleşme Görüşü	214
eee. Görüşlerin Değerlendirmesi	216
3. Ticari Temsilci	219
4. Ticari Vekil	220
B. Çalışan Kavramının Kapsamı	221
IV. İHLALDE BELİRLEYİCİ ETKİSİNİN BULUNMASI KAVRAMI	221
A. Kusur	224
1. Kusurun Tanımı	224
2. TTK’da Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu Belirlenirken Yararlanılan Kusur Kıstası	225
B. İlliyet Bağı	230
1. İlliyet Bağının Özellikleri	230

2. İlliyet Bağının Kesilmesi	232
V. YAPTIRIM, YÖNETİCİ VE ÇALIŞANLARA CEZA VERİLİRKEN DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR VE ZAMANAŞIMI	232
A. Yaptırım	232
B. Yönetici ve Çalışanlara Uygulanacak Yaptırımda İndirim Sebepleri	233
1. Genel Olarak	233
2. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)'de Yer Alan Düzenlemeler	233
a. Aktif İşbirliğinin Tanımı, Amacı ve Kapsamı	235
b. Aktif İşbirliği Halleri	236
bb. Para Cezalarında İndirim Yapılması Hali	237
c. Aktif İşbirliğinden Yararlanmanın Koşulları	240
aa. Kartele Taraf Diğer Teşebbüs, Yönetici ve Çalışanlardan Bağımsız Başvuru	240
bb. Bilgi ve Belge Sunulması	241
cc. Bilgi ve Belgelerin Gizlenmemesi veya Ortadan Kaldırılmaması	242
dd. Kartele Taraf Olunmaya Son Verilmesi	243
ee. Başvurunun Gizli Tutulması	243
ff. İşbirliğinin Sürdürülmesi	244
gg. Diğer Teşebbüslerin İhlale Zorlanması Halinde Bağıışıklıktan Yararlanılamaması	245
C. Usul	245
1. Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi, Anonim Bilgi Talepleri, Resmi ve Farazi Başvuru	245
2. Başvuruda Bulunacaklara Süre Verilmesi	247
3. Bilgilerin Şifahi Olarak Sunulması	249
4. Başvuru Sonucunun Kısa Süre İçinde Öğrenilmesi	249
5. Soruşturmanın Tamamlanmasının Ardından Nihai Kararın Verilmesi	250
6. İlave İndirim	252

D. Zamanaşımı	253
SONUÇ	256
KAYNAKÇA	267



KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	Avrupa ve Çelik Topluluğu Anlaşması
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AnkBD	Ankara Barosu Dergisi
AŞ	Anonim Şirket
AT	Avrupa Topluluğu
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
b.	bent
BankK	Bankacılık Kanunu
bkz.	bakınız
c.	Cümle
Çev.	Çeviren
D	Danıştay
DD	Danıştay Dergisi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
E	Esas
Ed.	Editör
f.	Fıkra
GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İK	İş Kanunu
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İİTA	İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İzmBD	İzmir Barosu Dergisi
K	Karar
karş.	Karşılaştırınız
KT	Karar Tarihi
KN	Karar No
Md	madde
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR	Obligationsrecht
PK	Perşembe Konferansları
RD	Rekabet Dergisi
RG	Resmi Gazete
RK	Rekabet Kurulu
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S	Sayı
s	sayfa
SBFD	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TC	Türkiye Cumhuriyeti
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
Y	Yargıtay
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
YHD	Yargıtay Hukuk Dairesi

YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	Yönetmelik
Yuk.	Yukarıda



GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun 125'inci maddesi gereğince tüzel kişiliği haiz olan anonim şirketler, organları vasıtası ile faaliyetlerini yürütürler. Türk Ticaret Kanunu'nun 339'uncu maddesi uyarınca anonim şirketlerde yönetim kurulu ve genel kurul olmak üzere iki zorunlu organ bulunmaktadır. Anonim şirketlerde de diğer tüm tüzel kişilerde mevcut olduğu gibi anonim ortaklığı temsil edecek ve ortaklığın tüm işlerini yürütecek daimi bir organa ihtiyaç bulunmaktadır¹. Zira, genel kurul şirkette pay sahiplerini bünyesinde bulundurduğundan dolayı geçici bir nitelik taşır ve bu nedenle arızılık gösterir. Bu kapsamda genel kurulun devamlı faaliyet göstermesi mümkün değildir. Ortak sayısının çokluğu anonim ortaklığın işlerinin yürütülmesini imkansız kılacağı gibi ortakların anonim ortaklığın idaresi konusunda tecrübeli kimselerden oluşmaması yahut yönetime katılmaya istekli olmamaları nedenleriyle şirketin daimi olarak yönetim ve temsil faaliyetinin genel kurul tarafından ifa edilmesi imkanı bulunmamaktadır². Belirtilen tüm bu nedenlerle anonim şirketin yönetim ve temsil görevi yönetim kuruluna verilmiş ve bu faaliyetlerden doğan sorumluluk da yönetim kuruluna atfedilmiştir³. Bu kapsamda yönetim kurulu şirketi temsil ve idare etmekle görevli ve yetkili organ olup, devamlı olarak faaliyette bulunmaktadır.

Yönetim kurulu kanunda ve esas sözleşmede münhasıran genel kurulun yetkisine bırakılmış yetkiler dışında kalan ve şirket esas sözleşmesinde yer alan işletme amaç ve konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. Yönetim kurulunun yetkilerinin kesin sınırını ise genel kurulun sahip olduğu devredilmez yetki ve görevleri oluşturmaktadır. Yönetim kurulu kendisine bırakılan bu alanlarda faaliyet gösterirken hem Türk Ticaret Kanunu

¹ Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 11; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 3; Ersin Çamurcu, **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 5.

² Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 11; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 3; Sibel Hacımahmutoğlu, **AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara, 2008, s. 161; Çamurcu, s. 5.

³ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 19; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 11; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 3; Çamurcu, s. 6.

anlamında ihlale hem de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bakımından bir ihlale sebep olabilir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin Türk Ticaret Kanunu bakımından sorumluluk sebepleri ve sorumluluğunun koşulları kanunun 553'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre yönetim kurulu üyeleri şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı kamımdan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde sorumlu olurlar. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bu düzenleme tazminat talep etme imkanı tanıyan genel sorumluluk hukukuna ilişkin hükümlerde olduğu gibi, zarar, organa özgü görevin ihlali, kusur ve illiyet bağı unsurlarını içermektedir⁴.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda getirilen bu düzenleme yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yahut haklarında yaptırım uygulanmasına imkan veren tek hüküm değildir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesinde çeşitli koşullar altında yönetim kurulu üyelerine şahsi olarak yaptırım uygulanmasına imkan veren düzenleme bulunmaktadır. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkra da belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilebileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise hangi hallerde idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Hükme göre; *"Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir."* Belirtilen düzenleme uyarınca, anonim şirket rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma sebebi ile idari para cezasına çarptırıldığı takdirde, şirket hakkında idari para cezası uygulanmasına sebep olan teşebbüs yahut teşebbüs birliği yöneticilerine yahut çalışanlarına da idari

⁴ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 293; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 49; Çamurcu, s. 48.

para ceza verilmesi mümkündür. Şüphesiz “teşebbüs yahut teşebbüs birliği yöneticileri” kavramına en başta anonim şirket yönetim kurulu üyeleri girer.

Anılan hüküm gereğince anonim şirket yönetim kurulu üyelerine idari para cezası verilebilmesi için gerekli olan koşullar şöyle sıralanabilir: İlk olarak Rekabet Kanunu anlamında teşebbüs yahut teşebbüs birliği söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, kendisine idari para cezası verilecek kişinin teşebbüs yahut teşebbüs birliğinin yöneticisi yahut çalışanı olması gerekir. Üçüncü olarak, idari para cezasının konusu rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma söz konusu olmalıdır. Son olarak ise idari para cezası verilmesine sebep olan olayda yöneticilerin yahut çalışanların ihlalde belirleyici etkisi olmalıdır.

Teorik olarak çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde rekabet kavramı tanımlanmış, rekabetin önemi ile tarihi gelişimine değinilmiş ve son olarak Rekabet Kanunu’nun kapsamı açıklanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde Rekabet Kanunu’nun 16’ncı maddesinde düzenlenen teşebbüs ve teşebbüs birliklerine yaptırım uygulanabilmesinin koşulları incelenmiştir. Bu kapsamda önce teşebbüs kavramı tanımlanmış, yaptırım uygulanmasına sebep olan davranışlar incelenmiş ve son olarak yaptırıma ilişkin mevzuat hükümleri açıklanmıştır. Son bölümde ise anonim şirket yönetici ve çalışanlarına ceza verilmesinin koşulları ve yaptırımın uygulanması usulü incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

I. REKABET KAVRAMI

Rekabet “aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış” anlamına gelir⁵. Ekonomistler tarafından üzerinde uzlaşılan kapitalist bakış açısına göre rekabet, satıcı ve alıcıların aynı pazarda ve serbest koşullar içerisinde, fiyat ve üretimi belirlemeleri olup, pazar ise arz ve talebin bulunduğu yeri ifade etmektedir⁶. Ticari hayatta rekabet kavramı, mal ve hizmetlerin sunumu, pazar ve müşteri kazanma, daha yüksek kazançlar elde etme konularında işletmeler arasındaki yarış olarak tanımlanmaktadır⁷. Rekabet kavramı Rekabet Kanunu’nun genel gerekçesinde *“Temel yapı ve unsurları itibariyle bugün ülkemizde varolan ekonomik sistem, piyasa ya da pazar ekonomisidir. En genel anlamıyla piyasa ekonomisi; ekonominin merkezi bir karar biriminin yönlendirmesine bırakılmadığı, bilakis piyasa dinamiklerine dayalı olarak yönlendirildiği bir ekonomik düzeni ifade etmektedir. Buna göre; ekonomik birimlerin yönlendirilmesi ve koordinasyonu, arz ve talep miktarının belirlenmesi, malların fiyatlarının oluşumu, fiyat, miktar, kalite ve diğer şartlara ilişkin bilginin elde edilmesi gibi temel ekonomik fonksiyonlar piyasalarda gerçekleşmekte ve piyasalar tarafından belirlenmektedir. Piyasa ekonomilerinde işlerliğin sağlanması ve korunması için uygulanan ekonomik politikanın temel ve merkezi unsuru rekabettir. Başka bir deyişle, rekabet, ancak piyasa ekonomisi ile bir*

⁵ Bkz. <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.05.2018)

⁶ Badur, Emel, **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar**, Lisansüstü Tez Serisi No:6, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001, s. 4. Türk hukuk doktrininde birçok yazar tarafından rekabet tanımı yapılmıştır. Hırş’e göre iktisadi anlamda rekabet teşebbüslerin hedefledikleri mal veya hizmet alıcısı kitleyi kendilerine çekme çabasıdır. Bkz. Ernst, Hırş, **Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul 1948, s. 165. Akıncı’ya göre rekabet, toplumsal yaşamda daha iyi olanı bulma, daha iyiyi bulmaya çalışırken üstünlük sağlama çabası olarak tanımlanabilir. Bkz. Akıncı, Ateş, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Lisansüstü Tez Serisi No: 12, s. 3. İktisadi anlamda rekabetin, üstünlük sağlamak maksadı ile teşebbüsler arasında mücadele yahut yarış olarak tanımlanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Güven, Pelin, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Ankara 2002, s. 19. Rekabetin Rekabet, rakiplik durumunun yanında piyasa düzenini ifade etmek amacıyla da kullanılacağı yönünde bkz. Sanlı Kerem Cem, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Lisansüstü Tez Serisi No:3, Ankara 2000, s. 5 vd.

⁷ Whish, Richard/ Bailey, David, **Competition Law**, 7th Edition, Oxford, 2012, s. 3; Karayalçın, Yaşar, **Ticaret Hukuku**, I. Giriş- Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 440; Bilgili, Fatih/Demirkapı Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Bursa, 2016, s. 227.

varlığa sahiptir ve piyasa ekonomisinin işlerliği, sağlıklı bir rekabet ortamının mevcudiyetine bağlıdır.

Genel olarak piyasa ekonomilerinde rekabet; kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşıtlık şeklindeki ilişkiler süreci olarak tanımlanmaktadır. Rekabet, firmaları verimli olmaya, kaliteli ve düşük bedelle daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten çok önemli bir süreçtir. Rekabetin egemen olduğu bir piyasa ekonomisinde fiyat ve kar göstergeleri müdahalelerden uzak olarak belirlenir. Firmaların bağımsız karar verebilmeleri ile ülkenin kısıtlı kaynakları verimli bir şekilde kullanılmaya başlanır ve böylece tüketicinin de refah düzeyi yükselir. Öte yandan rekabet, yeni buluşların yapılmasına ve teknolojik gelişmelere neden olarak ülke ekonomisinin bir bütün halinde kalkınmasına da katkıda bulunur.” olarak ifade edilmiştir.

Rekabet Kanunu’nda ise rekabet 3’üncü maddede tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, rekabet, “*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*”⁸’ı ifade eder. Kanunda yapılan tanımda açıkça belirtildiği üzere, Rekabet Kanunu’nun uygulama alanını mal ve hizmet piyasaları oluşturur. Bu nedenle de rekabet kavramının doğru belirlenebilmesi ve tanımlanabilmesi için piyasa ile mal ve hizmet piyasalarının tanımlanması gerekir. Rekabet Kanunu’nun 3’üncü maddesinde mal tanımı yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, ticari faaliyete konu olabilen tüm taşınır ve taşınmaz eşyalardır. Aynı maddede hizmet ise “*bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetler*” olarak tanımlanmıştır.

⁸ Topçuoğlu, mal tanımında bulunan "özgürce ekonomik kararlar verebilme" ibaresinin doğru olmadığı yönünde eleştiride bulunmuştur. Topçuoğlu’na göre özgürce ekonomik karar verebilme ibaresinin rekabetin değil, kanun kapsamında yer alabilecek teşebbüsün unsuru olduğunu belirterek, rekabeti; "teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı" olarak tanımlamıştır. Bkz. Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Seri No:7, Ankara, 2001, s. 6. Aslan ise Topçuoğlu tarafından getirilen bu eleştiriye ilişkin olarak, Rekabet Kanunu’nda rekabet tanımındaki bu ifadenin, işletmelerin rekabet ortamı içinde ekonomik kararlarını, pazarın koşullarına göre ve onun gerektirdiği şekilde almalarını, yani rakipleri ile yapacakları anlaşmalara göre değil özgür bir şekilde almalarını ifade ettiğini belirterek, aksi görüş ileri sürmüştür. Aslan, Teori, s. 16.

II. REKABETİN ÖNEMİ VE FONKSİYONLARI

Rekabetin toplumun iktisadi, sosyal, siyasal, bilimsel ve kültürel gelişimleri yönünde birçok faydası bulunmaktadır⁹. Rekabetin önem taşıdığı alanları dört ana başlık altında incelemek mümkündür. İlk olarak iktisadi sistemlerin niteliğinin belirlenmesinde rekabet hukuku önem taşımaktadır. Dünya sistemi genel olarak incelendiğinde temelde iki farklı ekonomik sistem ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki serbest piyasa düzenidir. Bir ülkenin piyasa düzenini serbest piyasa ekonomi düzeni olarak tanımlayabilmek için iktisadi rekabetin serbest olması, korunması ve de sürekliliğinin sağlanması gerekmektedir¹⁰. İkinci sistem ise sosyalist ekonomik düzen olarak adlandırılmaktadır. Liberal kapitalist düzende yaşanan sorunlara tepki olarak doğmuş olan bu sistemin özelliği olarak bireylere özel mülkiyet ve miras hakkı, sözleşme ve girişim özgürlüğünün tanınmadığı, ekonomideki sorunların merkezi şekilde planlanıp çözüldüğü iktisadi sistemdir¹¹. Belirtilen bu özellikleri sebebi ile de bu sistem içerisinde rekabetten bahsetmek mümkün değildir. Bu iki sistemin yanında, serbest piyasa ekonomik düzeni ile sosyalist ekonomik düzeni biraraya getiren “karma ekonomi düzeni” olarak adlandırılan bir diğer ekonomik sistem daha bulunmaktadır. Karma ekonomik sistemde özel sektörün piyasadaki gelişme durumu kamu sektörü tarafından dikkate alınarak piyasa yönlendirilmektedir¹².

Rekabetin iktisadi hayat bakımından önemi için değerlendirilme yapıldığında, rekabetin toplumsal refahı artırıcı bir etkiye sahip olduğu ve kaynakların tahsisinde,

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Rekabet, s. 11 vd.; Türkkan, Erdal, **Nasıl Bir Rekabet Vizyonu**, Ankara, 2009; Aslan, Rekabet, s. 1 vd.; Aslan, Teori, s. 4 vd.; Fox Eleanor, “Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, 2005, s. 121 vd.; Sandra Marco Colino, **Competition Law of the EU and UK (2011, Oxford University Press)**, s. 1 vd.; Barry J Rodger ve Angus MacCulloch, **Competition Law and Policy in the EC and UK**, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, 2009, s. 16 vd.; Yılmaz Argüden, Üst Kurullar ve Rekabet Özgürlüğü, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, ss. 187-195.

¹⁰ Atiyas İzak, “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2000, ss. 24-25; Ateş, s. 13. Bu noktada Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aslan, “Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi”, **Perşembe Konferansları**, Ekim 1999, s. 65 vd.; Müftüoğlu, Tamer, “Rekabet Kanunu Ve İki Yıllık Uygulaması”, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2000, s. 5 vd.

¹¹ Ateş, Rekabet, s. 14.

¹² Dinler, ss. 40-42; Ateş, s. 14.

üretimde dinamik etkinlik sağladığı ifade edilmektedir¹³. Üretim etkinliği ile kastedilen, şirketlerin serbest piyasada fiyatı etkileme gücüne sahip olmadıkları için faaliyetlerini devam ettirebilmek ya da daha çok gelir elde edebilmek için daha az ortalama toplam maliyete sahip olarak daha ucuza ve daha az kaynak kullanarak üretim yapmalarıdır¹⁴. Kaynak dağılımının etkinliği ile kastedilen, tüketicilerin ihtiyaç duydukları ürünlerin, tüketiciler açısından biçtikleri fiyata uygun olarak dağıtılması sağlanarak, toplumsal refahın artışının sağlanması anlamına gelir¹⁵. Son olarak ise dinamik etkinlik ile kastedilen ise teknoloji, metot ve ürünlerdeki iyileşmeyi, daha ileri aşamaları keşfetmeyi bunun için de için daha ucuz ve daha iyi bir ürüne ve hatta yeni bir buluşa sahip olmak için rekabetçi piyasalarda teşebbüslerin araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmalarını ifade eder¹⁶.

Rekabetin önem taşıdığı diğer bir alan ise sosyal hayat bakımındandır. Rekabetin önemi ve faydası öncelikle iktisadi hayat bakımından olsa da bunun yanı sıra sosyal hayat bakımından da önemi bulunmaktadır¹⁷. Bu noktada rekabet tüketici menfaatini korur, gelir dağılımını etkiler ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin piyasada daha iyi şartlarda faaliyette bulunmalarına hizmet eder¹⁸. Son olarak belirtmek gerekir ki, rekabetin siyasi hayat bakımından da önemi ve etkisi bulunmaktadır. Zira, piyasada sürdürülen rekabet ortamı siyasi hayatta özgürlük ve eşitlik gibi temel hakların teminatı olarak kabul edilen demokrasi ve hukuk prensiplerinin uygulanabilmesi için gerekli olan ekonomik koşulları sunar ve demokrasinin gelişmesi ve devamı için teminat oluşturur¹⁹.

¹³ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 21-22; Ateş, Rekabet, s. 17; Ercüment Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, 2003, s. 7; Whish/Bailey, ss. 4-6; Giorgio Monti, **EC Competition Law**, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 44 vd.

¹⁴ Aslan, Rekabet, s. 6; Ateş, s. 17; Ateş Akıncı, **Rekabetin Yatay Kısıtlaması**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara, 2001, s. 12.

¹⁵ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 22; Ateş, Rekabet, s. 17; Akıncı, s. 13.

¹⁶ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 22; Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, s. 2; Aslan, Rekabet, s. 7.

¹⁷ Akıncı, s. 6 vd; Sanlı, s. 12 vd; Ateş, s. 19.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Türkkan, Rekabet Vizyonu**, s. 45 vd; **Türkkan, Rekabet Teorisi**, s. 83 vd; Akıncı, s. 6 vd; Erdal Türkkan, “Rekabet Hukuku Uygulamalarında ‘İşleyebilir Rekabet’ Olgusu ve Kavramı”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Kasım-Aralık, Ankara 2000, ss.123-138;

¹⁹ Ateş, s. 21. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, “Rekabet ve Siyasi Hayata Etkisi”, **Rekabet Yazıları**; Ateş Akıncı, “Rekabet Kurulu Teşkilatı”, **AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul 1993, s. 60 vd.

III. REKABET HUKUKUNUN TANIMI VE TARİHÇESİ

A. Rekabet Hukukunun Tanımı

Öğretide rekabet hukukunun çeşitli tanımları yapılmıştır. Güven, rekabet hukukunu “İktisadi etkinliği sağlamak, mal ve hizmet piyasalarındaki serbest rekabet düzenini oluşturmak ve korumak amacıyla rekabet ihlallerine engel olmak, rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak için düzenleyici, denetleyici ve yasaklayıcı normları içeren hukuk dalı” olarak tanımlamaktadır²⁰. Erdem’e göre Rekabet Hukuku, “devletin serbest rekabet ortamını kurmak ve korumak için koyduğu kurallar bütünü”dür²¹. Rekabet hukuku doktrinde Kartel Hukuku olarak da adlandırılmaktadır. Özsunay, Rekabet Hukuku yerine Kartel Hukuku terimini kullanmakta ve Kartel Hukuku’nu ise “Çeşitli mal ve hizmetler bakımından pazarı etkilemek amacıyla yönelik anlaşma ve kararlar, sınırlayıcı uygulamalar ve pazardaki gücü kötüye kullanan tekeller gibi uygulamalar ile serbest rekabet düzeninin bozulması durumunda, hukuka aykırı rekabet sınırlamalarının önlenmesine yönelik düzenleyici ve yasaklayıcı normların hepsine rekabet sınırlamaları hukuku ya da kartel hukuku adı verilmektedir” şeklinde tanımlamaktadır²².

B. Rekabet Hukukunun Tarihçesi

Rekabet Hukukunda ilişkin hukuki düzenlemeler çok eski yıllara dayanmaktadır. Fikentscher bunu çok daha eskilere götürmektedir. M.Ö 50 yıllarından beri rekabete ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 483 yılında Kral Zeno geniş kapsamlı bir kartel yasası çıkarmıştır²³. Bu bağlamda tarihsel sıralamada rekabet hukukuna ilişkin ilk düzenleme İngilizler tarafından 1624 yılında hazırlanan Statute of Monopolies yasasıdır²⁴. İlk yasa Statute of Monopolies olmakla birlikte

²⁰ Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 22.

²¹ Erdem, s. 7.

²² Ergun Özsunay, **Kartel Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayın No:3361, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s. 4.

²³ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 49; Aslan, Teori, s. 17.

²⁴ Whish/Bailey, s. 58 vd.; Sandra Marco Colino - **Competition Law of the EU and UK**, 2011, Oxford University Press, s. 5 vd; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 49; Aslan, Teori, s. 17.

içerik olarak tekelleri önlemeye ve düzenlemeye yönelik hükümler içermemesi sebebi ile teknik anlamda rekabet kanunu niteliği taşımamaktaydı²⁵.

1. Amerikan Rekabet Hukuku

Günümüz anlamında rekabet hukukuna ilişkin kurallar ilk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır²⁶. Ülke hukuklarında piyasada rekabet düzeninin sağlanmasına ilişkin düzenlemeler dünyada genellikle yirminci yüzyılın ilk yarısından sonra başlamış olmakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nde rekabet hukuku alanındaki çalışmaların başlangıç tarihi on dokuzuncu yüzyıla kadar uzanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından sonra tarım ürünlerine ilişkin çeşitli sektörlerde tekelleşme²⁷ ortaya çıkmıştır. Bu dönemde demiryolu şirketleri kendilerine tanınan teşvik ve imtiyazlar

²⁵ İngiltere'de rekabet hukukunun gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lawrence, J and Moffat, J 'A dangerous new world – practical implications of the Enterprise Act 2002' [2004] 25(1) ECLR 1; Maher, I, 'Juridification, Codification And Sanction In UK Competition Law' (2000) 63 MLR 544; Middleton, K, 'The Americanisation Of Uk Competition Law' 2003 SL PQ 27; Rodger, BJ and MacCulloch, A (eds), *The UK Competition Act: A New Era for UK Competition Law*, 2000, Oxford: Hart; Kenji Suzuki, *Competition Law Reform in Britain and Japan*, Taylor & Francis e-Library, 2004.

²⁶ Amerikan Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bork, R, 'Introduction: The Crisis In Antitrust', *In The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, 1993, Oxford: Maxwell Macmillan. Fox, E, 'The New American Competition Policy – From Antitrust To Pro-Efficiency'[1981] ECLR 439; Kovacic, WE, 'The Intellectual DNA Of Modern US Competition Law For Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix' [2007] Columbia Business Law Review 1; Pitofsky, R, 'The Political Content Of Antitrust' [1979] 127 UPLR 1051; Schwartz, L, 'Justice And The Non-Economic Goals Of Antitrust' [1979] 127 UPLR 1076; Sullivan, L, 'Antitrust, Microeconomics And Politics: Reflections On Some Recent Relationships' [1980] 68 Calif LR 1; Motta, s. 2 vd.; Rudolph J. R. Peritz - *Competition Policy In America, 1888-1992 History, Rhetoric, Law*, 1996, s. 9 vd.; Rodger/MacCulloch, s. 24 vd.; Phillip Areeda and Donald F. Turner Source: Harvard Law Review, Vol. 88, No. 4 (Feb., 1975), pp. 697-733; Clifford A. Jones - *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (1999, Oxford University Press, s. 6 vd.; Yılmaz Aslan, "Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi," *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ekim 1999, s. 65 vd.; Özsunay, s. 15 vd.; H. Gökşin Kekevi, *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 21, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003; Sanlı, 12 vd. ; Akıncı, s. 12 vd.; Topçuoğlu, s. 69 vd.; Güven, Rekabet, s. 27 vd.; Aşçıoğlu Öz, s. 25 vd; Eğerci, s.15 vd.; Bilgin Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara 1997, s. 6 vd.; Tamer Müftüoğlu, "Rekabet Kanunu Ve İki Yıllık Uygulaması", *Rekabet Dergisi*, Ocak-Şubat-Mart 2000, S.1, s. 5 vd.

²⁷ Tekelleşme (Monopolization); Hâkim durumdaki bir teşebbüsün veya önde gelen birkaç teşebbüsün rekabete aykırı uygulamalarla, piyasada pazar güçlerini artırma çabasıdır. Tekelleşme terimi daha çok Amerika literatüründe „hâkim durumun kötüye kullanılması“ kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır.(Rekabet Kurumu, *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Ankara, 2010)

ile gücünü arttırmışlardır. Bu durum da küçük ölçekli işletme sahiplerini kendi konumlarını muhafaza edebilmeleri için tedbir alma zorunluluğu doğurmuştur²⁸.

Amerika Birleşik Devletlerinde iç savaş sonrası yaşanmaya başlanan hızlı ekonomik gelişme ve sanayileşmenin getirdiği pazardaki büyüme ve gittikçe artan yatırımları finanse etme hedefi, küçük şirketlerin bir araya gelerek büyük ekonomik güçler haline gelmesine neden olmuştur. O dönemde küçük şirketler Tröst (trust) denilen örgütlenmeler altında toplanıyordu. Amerika Birleşik Devletleri'nde 19'uncu yüzyılın ikinci yarısında daha çok endüstriyel ürünler ve taşımacılık sektöründe rekabeti sınırlandıran yahut tamamen bertaraf eden tröstler ortaya çıkmıştır. Bu durum da, gücün ve zenginliğin birkaç kişinin elinde toplanmasına neden olmuş ve bunun sonucunda bu tröstler, hem rekabeti engelleyerek küçük ve orta ölçekli işletmelerin var olabileceği ekonomik düzeni ortadan kaldırmaya başlamış, hem de siyasal gücün tek elde toplanmasına sebebiyet vererek demokrasiyi tehdit eder hale gelmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde rekabet hukukuna ilişkin düzenleme yapılmadan önce bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklar common law geleneği gereğince mahkeme içtihatlarıyla çözülüyordu. Mahkeme içtihatları ile rekabet hukukuna ilişkin sorunların çözülememesi sonucu rekabet hukukuna ilişkin bir düzenleme yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Piyasada oluşan yoğunlaşma ve tekelleşme nedeni ile zarar gören çiftçiler, demiryolu taşımacılığı başta olmak üzere genel kapsamda tüm sektörleri içerisinde barındıran ve tekellerin denetlenmesine imkan sağlayacak düzenlemelerin yapılmasını sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılmasını sağlamak amacı ile örgütlenmişlerdir. Oluşturulan bu örgütlerin faaliyetleri neticesinde, rekabet hukuku alanında ilk federal kanun olarak, 1890 yılında Sherman Antitrust Act (Sherman Antitröst Yasası) yürürlüğe girmiştir²⁹. Sherman Kanunu'nun öncelikli amacı akaryakıt ve pamuk ticaretinde tekelleşmenin önlenmesini sağlamaktır. Bunu sağlayabilmek için de bu sektörde yapılan

²⁸ Aşçıoğlu Öz, s. 25.

²⁹ İkizler, Metin, **Türkiye ve Avrupa Birliği'nin Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 3; Ünal, Gizem, **Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlandırma Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009, s. 15; Aşçıoğlu Öz, s. 25. Kanunun ayrıntılı incelemesi için bkz. Peritz, Rudolph, **Competition Policy in America, 1888-1992**, Oxford 1996; s. 13 vd.; Sullivan, T, **The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years**, 1991, Oxford: OUP, s. 3 vd.; Ilıcak, Ali, **Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, Ankara 2003, s. 9 vd.; Topçuoğlu, s. 66 vd.; Aşçıoğlu Öz, s. 25 vd.

faaliyetlerde önem taşıyan demiryolu taşıma şirketlerinin de tekel niteliğine ulaşacak şekilde büyülemelerini engellemeyi de hedeflemektedir³⁰. Kanun taslağını hazırlayan komisyonda yer alan Senatör Sherman'ın *“Nasıl ki bizler, siyasi otorite olarak, bir kralın bizi yönetmesini kabul etmedik; üretim, ulaşım ve yaşamın gereği olan her alanda ekonomik açıdan bir kral oluşmasını hoş görmemeliyiz. Zira ekonomik güçler er ya da geç siyasi güce dönüşür”* sözleriyle kongreye sunulan Sherman Yasası, o günden bu yana ekonomik yaşamın Magna Carta'sı olarak nitelendirilmekte olup, tasarımı Kongre'ye sunan Senatör Sherman'ın adıyla (Sherman Yasası) anılmaktadır. Rekabet Hukuku alanında ilk ulusal düzenleme niteliği taşıyan olan Sherman Yasası, birçok açıdan rekabet hukuku kurallarına yön vermiştir. Bu bağlamda Sherman Yasası hem diğer ülkelerin rekabet hukukuna ilişkin ulusal hukukları hem de Avrupa Topluluğu rekabet kurallarını maddi hukuk yönünden etkilemiş, ayrıca rekabet hukuku terminolojisine de yön vermiştir³¹. Sherman Yasası, hem eyaletler hem de yabancı ülkeler ile ticari faaliyetlerde rekabeti sınırlama yahut önleme amacı taşıyan anlaşmaların yapılmasını yasaklamaktadır. Buna ek olarak Sherman Yasası devletler arasında yapılan ticari faaliyetlerde tekelleşme sonucunu ortaya çıkaracak birleşme ve anlaşmaları engellemeyi de amaçlamaktadır³².

Sherman yasasında rekabet hukukuna ilişkin getirilen düzenlemelerin yetersiz kalmasından dolayı 1914 yılında Clayton Kanunu ile Federal Trade Commision Kanunu kabul edilmiştir³³. 1936 yılında ise Clayton Kanunu'nda değişiklik öngören Robinsan–Patman yasası yürürlüğe girmiştir. Devam eden süreçte ise 1950 yılında Celler–Kefauver ve 1976 yılında ise Anti-Trust Improvements Act yasaları yürürlüğe girmiştir³⁴. Clayton Act Kanunu, işletmelerin birleşmesi ile tekel yaratan sözleşmelere ilişkin hükümlerden oluşuyordu. Rekabeti önleyici yaptırım uygulanması yetkisini idari bir kuruma veren Kanun ise Federal Trade Commision Kanunu idi. Robinsan Patman Kanunu ise fiyat ayrımcılığına ilişkin hükümler

³⁰ Aşçıoğlu Öz, s. 25.

³¹ Smitherman, Charles W., **The Future of Global Competition Governance: Lessons From the Transatlantic**, AUILR, Vol: 19, 2004, s. 777; Aşçıoğlu Öz, s. 25.

³² Sherman Kanunu'nun 1'inci maddesinde, : *“Eyaletler arasında veya yabancı devletlerle yapılan ticaret veya alışverişi kısıtlayan her türlü sözleşme, gizli anlaşma tröst veya benzeri işbirliği ya da danışıklı işlemler hukuka aykırıdır”* ve 2'inci maddesinde ise *“Eyaletler arasında yahut ABD ile başka devletlerarasında gerçekleştirilen ticaretin bir alanında tekelleşen, tekelleşmeye teşebbüs eden yahut tekel kurmak maksadı ile başkaları ile işbirliği yahut danışıklı işlemler yapan herkes suç işlemiş sayılır”* düzenlemesi yer almaktadır.

³³ Özsunay, s.18 vd.; Sanlı, 13; Aslan, Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, s. 66.

³⁴ Güven, Rekabet, s. 28; Aslan, Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, s. 66.

içermekteydi³⁵. Yapılan kanuni düzenlemelerin yanısıra, Amerikan rekabet hukukunun gelişiminde Amerika Birleşik Devletleri yüksek mahkemesinin verdiği kararlar common law geleneği nedeni ile önemli rol taşımaktadır. Yüksek mahkeme verdiği kararlar ile rekabet hukuku kurallarını günün şartlarına göre yorumlayarak rekabet hukukunun gelişmesine önemli katkılarda bulunmuştur. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri yüksek mahkemesi verdiği kararlarda, rekabet hukukuna ilişkin yapılan hukuki düzenlemeleri Magna Carta'ya benzeterek rekabet kanunlarına ve serbest rekabet düzenine gösterdiği önemi ortaya koymuştur³⁶.

2. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku

İkinci Dünya savaşıdan sonra, Avrupa ülkelerinde rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır³⁷. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ABD, politika ve ekonomi açısından batıdan üstün hale gelmiştir. ABD sahip olduğu bu konumu kullanarak çok çeşitli alanlarda ve katı bir rekabet politikası uygulamıştır. Uygulanan bu baskıcı politika neticesinde, ekonomik gücün yoğunlaşmasını engellemek maksadı ile başta Japonya ve Almanya olmak üzere bazı ülkeler hukuki düzenlemeler yapmışlardır³⁸.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşı arasında geçen dönemde, piyasada yoğun etkisi bulunan karteller Avrupa'da rekabet hukukuna dair düzenlemelerin yapılması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu süreçte, Nasyonal Sosyalistlere destek veren Almanya'da bulunan kartellerin sayısının giderek artması ve savaşı destekleyen fikirlerin gelişmesinde önemli rol oynadığı fikri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de, Avrupa'da kartellere karşı düşünce ortaya çıkmıştır. Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri'nin piyasada rekabetin varlığını koruması yönündeki katı yaklaşımı, Avrupa ülkelerinde bulunan üretici ile tüketiciler üzerinde etkili olmuştur. Yaşanan

³⁵ Tiryakioğlu, s. 6.

³⁶ Cantürk, İsmet, **Rekabet Ortamı ve Rekabet Kurulu Kararları**, ESC Yayınları, s. 4.

³⁷ Avrupa Birliği Hukukunda rekabet hukukunun gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf Sauter, **Coherence in EU Competition Law**. Oxford University Press, 2016, s. 27 vd.; . Esin, Arif, **Rekabet Hukuku**, ESC Consulting, İstanbul 1998, s. 6 vd.; Motta, Massimo, **Competition Policy-Theory and Practice**, Cambridge 2004, s. 11; Walter Frenz **Handbook of EU Competition Law**, Springer, Germany, 2016, s. 3 vd.; Federico Ferretti, **EU Competition Law, the Consumer Interest and Data**, London, 2014, s. 7 vd.; Aşçıoğlu Öz, s. 35 vd. Uluslararası rekabet hukuku konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Cenk Keskin, **Uluslararası Rekabet Hukuku**, İstanbul, 2016.

³⁸ Güven, Rekabet, s. 28; Müftüoğlu, Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması, s. 6.

gelişmelerin sonucunda, aralarında Almanya'nın da olduğu birçok Avrupa ülkesinde rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir³⁹. Avrupa ülkelerinde kabul edilen rekabet hukukuna ilişkin olarak kurallar temelinde ABD sistemi esas alınarak hazırlanılmıştır. Bununla birlikte, rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler hazırlanırken Amerikan rekabet hukuku sistemindeki eksiklikler göz önüne alınmış ve bu eksikliklerden arındırılmış bir rekabet hukuku sistemi benimsenmeye çalışılmıştır⁴⁰.

Avrupa'da rekabet hukukuna ilişkin olarak yapılan ilk yasal düzenleme Alman Kartel Kanunu olmakla birlikte, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku bakımından asıl önem taşıyan gelişme Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nın 18 Nisan 1951 tarihinde imzalanması ile başlanan süreçte Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'nın 1 Ocak 1958'de yürürlüğe girmesidir. Münhasıran kömür ve çelik sektörlerine yönelik düzenleme içeren Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması rekabet hukuku bakımından özellikle 65 ve 66'ncı maddelerinde önemli düzenlemeler içermektedir. Bu maddeler Roma Antlaşması'nda öngörülen rekabet sisteminde yer alan Rekabet Hukuku kurallarına temel teşkil etmiştir⁴¹. Avrupa ekonomik topluluğunun kurulmasından sonra gelişen süreçte topluluğa üye ülkeler hem ulusal rekabet hukuku kurallarına bağlı kalmışlar hem de Avrupa topluluğunu kuran Roma antlaşmasıyla ortaya çıkan rekabet hukuku kurallarına uymaya başlamışlardır. Böylece iki farklı rekabet hukuku kuralları ortaya çıkmıştır. Üye ülkelerin devletlerin iç hukuklarında yer alan rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler ülke içerisindeki ekonomik faaliyetleri düzenlemeye yönelik iken, Avrupa ekonomik topluluğunun rekabet hukuku kuralları ise üye ülkeler arasındaki ticareti düzenleme amacı taşımaktadır⁴².

³⁹ Aslan, Rekabet, s. 18. Almanya'da 1923 yılında "Alman Anti-Kartel Kanunu" ve "Ekonomik Gücün Kötüye Kullanılması Hakkında Kanun", 1958 yılında "Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun", 1958 yılında, Amerika Birleşik Devletleri'nde hakim olan rekabet hukuku ekolünden farklı nitelikler taşıyan ve Freiburg Okulu'nun sosyal pazar ekonomisine ilişkin görüşünden büyük ölçüde etkilenen Alman Kartel Kanunu kabul edilmiştir. İngiltere'de ikinci dünya savaşı yıllarında "Tekeller ve Sınırlayıcı Uygulamalar Hakkında Kanun" , 1956 tarihli "Kısıtlayıcı Ticaret Uygulamaları Kanunu" ve 1973 tarihli "Dürüst Ticaret Kanunu" kabul edilmiştir.

⁴⁰ Gerber, David, **Law and Cmpetition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus**, Crendon Press, Oxford 1998 s. 6; Güven, Rekabet, s. 28; Müftüoğlu, s. 6; Aslan, "ABD Rekabet Hukuku Sistemi", s. 80.

⁴¹ Valentine Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice**, Hart Publishing, 9th Edition, Oxford 2007, s. 9; Koç, İdari Yaptırım, s. 13.

⁴² Koç, İdari Yaptırım, s. 13; Tiryakioğlu, s.17.

Avrupa Birliği'nin rekabet hukukuna ilişkin kuralları, Avrupa Topluluğu'nu kuran Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın "Topluluğun Politikaları" başlığı altında, işletmelere uygulanacak ortak hükümler arasında yer almaktadır. Avrupa Topluluğu'nu kuran Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101 ve 102'inci maddeleri üye devletler arasında mal ve hizmet ticaretinin serbestliğini sağlamak ve ortak pazarda uygun rekabet ortamı oluşturmak amacıyla rekabet hukuku kurallarını tanımlamaktadır⁴³.

Avrupa Topluluğu'nu kuran Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'da rekabet hukukuna ilişkin olarak yer alan bu kurallar, Avrupa Birliği'nin hedeflerine ulaşılmasını sağlayacak araçlar arasında yer alır. Avrupa Birliği Hukuku'nda rekabet hukukuna ilişkin olarak yer alan bu düzenlemelerin temel olarak üç amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ortak pazarın sağlanması maksadı ile pazarın herkese açık ve tek olması amaçlanır. Bu şekilde kurulan pazarda pazara girişi sınırlandıracak engeller de ortadan kaldırılmış olur. Diğer amaç ise, ortak pazarda rekabetçi yapının oluşmasını sağlamaktır. Üçüncü amaç ise, pazarda adaletli bir düzen kurmaktır⁴⁴.

Avrupa Birliği'nde piyasa ekonomisine ulaşmak ile ortak pazar kurmak hedeflenmektedir. Bu nedenle de Avrupa Birliği düzeninde, rekabet hukukunun varlığının amaç değil, piyasa ekonomisine ve ortak pazara ulaşmak için kullanılan bir araç olduğu ve küresel rekabet için de büyük önem taşıdığı ifade edilmektedir⁴⁵. Etkili bir rekabet hukuku sistemi ile hem kaynakların optimal dağılımı ve azami verimlilik sağlanmakta hem de küçük ve orta büyüklükteki işletmeler, piyasada diğer teşebbüslerin neden olduğu rekabeti bozucu davranışların olumsuz etkilerinden korunmaktadır⁴⁶. Avrupa Topluluğunda, herkesin, rekabetin bozulmadığı bir sistem içinde ve ekonomik koşulların en elverişli olduğu yerde, serbestçe üretim ve yatırım yapabildiği, dilediği yerde çalışabildiği, mallarını dilediği yerden alıp satabildiği, hizmet sunabildiği ve hizmetlerden yararlanabildiği bir sistem oluşturulması hedeflenmektedir. Bu amacın gerçekleştirilmesini sağlamak için ise gümrük birliği sağlanmış, gümrük vergisi ve buna eş etkili diğer önlemler kaldırılmıştır⁴⁷.

⁴³ Esin, Rekabet Hukuku, s. 3.

⁴⁴ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5.Yıllık Kalkınma Planı, s. 9; Aşçıoğlu Öz, s. 38.

⁴⁵ Josephine Steiner ve Lorna Woods, **Textbook on EC Law**, 8th Edition, Oxford University Press 2003, s. 395.

⁴⁶ Aşçıoğlu Öz, s. 38.

⁴⁷ Aşçıoğlu Öz, s. 37.

3. Türk Rekabet Hukuku

Osmanlı Devletinde 1863 yılından itibaren ülke ekonomisi Düyun-u Umumiye İdaresi tarafından yönlendiriliyor ve devlet hazinesi de yine bu idareye ait bulunuyordu. Bu dönemde idare farklı piyasalarda yabancı tekellere imtiyazlar vermektedir. Verilen bu imtiyazlar nedeni ile de yabancılar birtakım sektörlerde tekel haline geliyorlardı. Bunun neticesinde de Osmanlı Devleti ve vatandaşlarını ekonomik olarak birçok sıkıntı ile karşılaşıyorlardı. 1923 yılına gelindiğinde Kurtuluş Savaşı'ndan çıkan Türkiye Cumhuriyeti ekonomik bağımsızlığını kazanmak için bir takım faaliyetler gerçekleştirmeye başlamış, 4 Mart 1923 tarihinde sonuçlanan İzmir İktisat Kongresinde ekonomideki sorunları çözmek maksadı ile çeşitli kararlar alınmıştır. Rekabet düzeninin oluşturulması ve korunması için İzmir İktisat Kongresinde alınan kararlar Türkiye Cumhuriyeti için başlangıç olması ve ekonomi politikaları için yol gösterici olmasından dolayı önemlidir⁴⁸.

Ülkemizde rekabet hukukuna ilişkin ilk düzenleme 1994 yılında, 4054 sayılı Rekabet Kanunu ile yapılmıştır. Rekabet Kanunu'nun kabulünden önce çeşitli tarihlerde kanun tasarıları hazırlanmıştır. 1961 anayasasında devletin piyasaların denetlenmesi ve piyasada oluşacak tekelleşmeleri önlemesi hususuna ilişkin anayasal bir yükümlülüğü yoktu. 1982 anayasasının "Piyasaların Denetimi Ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi" başlığını taşıyan 167. madde ile bu alanda yasal düzenleme yapılması gereği doğmuş ve rekabet hukuku alanında çalışmalar başlamıştır. Bu çalışmalar kronolojik sıra ile şu şekildedir: Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı (1975), İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı (1978), Ticarete Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun Tasarısı (1980), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı (1983), Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar ve Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısı (1984), Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun Tasarısı (1990)⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, Rekabet Kanunu'nun kabul edilmesine kadar geçen süreçte Türk hukukunda rekabet hukuku kuralları mevcut değildir. Bu döneme kadar geçen süreçte Türk Hukuku'nda yalnızca

⁴⁸ Ateş, Rekabet, s. 145.

⁴⁹ Ateş, Rekabet, s. 148 vd.; Müftüoğlu, ss. 9–10.

haksız rekabete ilişkin hukuki düzenlemeler mevcuttu. Buna ek olarak da belirtilen bu tasarılar da devlet korumacılığı ve müdahalesini arttırmak hedefleniyordu⁵⁰.

Rekabet Kanunu'nun kabul edilmesinde çeşitli nedenler bulunmaktadır. Öncelikle 1982 Anayasası'nın 167'inci maddesindeki, *"Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler"* hükmü emredici nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda bu hüküm devlete görev vermektedir. Bu nedenle Rekabet Kanunu'nun hazırlanmasındaki ilk neden Anayasal düzenlemenin gereğinin yerine getirilmesidir. Diğer bir neden ise Türkiye tarafından taraf olarak imzalanılan uluslararası anlaşmaların yüklediği yükümlülükleri yerine getirmektir. Burada özellikle, Türkiye ve AET arasındaki 12 Eylül 1963 tarihli Ortaklık Anlaşması (Ankara Anlaşması)'nın 16'ncı maddesi, Roma Antlaşması'nın rekabet, vergi ve mevzuatın uyumlaştırılması ile ilgili hükümlerinde anılan ilkelerin, ortaklık ilişkisinde uygulanmasını öngörmüştür. Rekabet Kanunu büyük ölçüde Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın rekabete ilişkin hükümleri esas alınarak hazırlanmıştır. Bu gelişmelere ek olarak, 6 Mart 1995 tarihli Ortaklık Konseyi Kararı ile Avrupa Birliği ile Türkiye arasında 1 Ocak 1996'da yürürlüğe giren, Gümrük Birliği'nin kabul edilmesi de Rekabet Kanunu'nun kabul sürecinde önemli bir rol oynamıştır⁵¹. Rekabet Kanunu'nda ekonomik düzendeki kartel anlaşmalarına ve ekonomik yoğunlaşmalara karşı etkin önlemlere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, sadece yasa hükümleriyle rekabetin korunması ile serbest rekabet ortamının yaratılması imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle Rekabet Kanunu'ndan beklenen faydalar, tutarlı ve birbiri ile paralel geliştirilen rekabet politikasının ve ekonomi politikalarının izlenmesi ile sağlanabilir⁵².

⁵⁰ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, s. 11; Rekabet Kurumu, 8. Yıllık Rapor, s. 2.

⁵¹ Ateş, Rekabet, s. 155. Gümrük Birliği Kararının 37'inci maddesi karşısında Türkiye sadece bir Rekabet Kanunu çıkarmayı taahhüt etmekle kalmamış, yasa, ikincil mevzuat ve içtihat ve ilkeler bakımından da Avrupa Birliği mevzuatına uygun davranacağını da taahhüt etmiştir. Bu taahhüt sadece başlangıç için değildir. Çıkarılacak kuralların uygulanması sırasında ileride Avrupa Birliği'nde yapılacak değişiklikleri dahi kabul etme zorunluluğu altına girmiştir. Bu nedenle Rekabet Kanunu'nun çıkarılması Gümrük Birliği kararı açısından da zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. (Yılmaz, s. 33)

⁵² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 21.

Etkin rekabetin sağlanmak için Rekabet Kanunu'nun hazırlıklarına 1992 yılında başlanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Avrupa topluluğu rekabet kurallardan faydalanılarak hazırlanan Rekabet Kanunu Tasarısı, TBMM'de 7 Aralık 1994 tarihinde kabul edilip, 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁵³. Rekabet Kanunu'nu uygulamaktan sorumlu Rekabet Kurulu ise 27 Şubat 1997 tarihinde atanmış ve Kurumun örgütlenmesi 8 ay içinde tamamlanarak, 5 Kasım 1997 tarihinden itibaren başvurular değerlendirilmeye başlanmıştır⁵⁴.

IV. REKABET KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUNA GENEL BİR BAKIŞ

A. Kanun'un Sistematigi

Rekabet Kanunu, daha önce de belirttiğimiz gibi, serbest rekabetin korunması hususundaki mevzuat boşluğunu gidermiştir. Bunun yanısıra kanun, Rekabet Kurumu'nu kurmuştur. Bu nedenle Rekabet Kanunu'nun rekabet piyasasına ilişkin hükümlerin yanısıra Rekabet Kurumu'nun işleyişine ilişkin hükümler içermektedir. Rekabet Kanunu, rekabet mevzuatını tek bir kanun altında toplamayı hedeflemektedir. Bu nedenle de rekabeti sınırlayıcı işlem ve uygulamaların hem tekel durumu ile ilgili olan birleşme ve devralmalar ile hâkim durumun kötüye kullanılmasını hem de rekabeti sınırlayıcı uygulamalarla ilgili olan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar kanun kapsamına alınmıştır⁵⁵.

Rekabet Kanunu temelde AB kuralları ile Amerikan Antitröst Hukuku kuralları dikkate alınarak hazırlanmıştır. Kanun altı kısımdan oluşmaktadır. Rekabet Kanunu'nun birinci kısımda amaç, kapsam, tanımlar başlığını taşıyan üç madde mevcuttur. Kanun'un amacı, kapsamı ve kanunda yer alan bazı kavramların tanımları

⁵³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 26.

⁵⁴ Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci 5. Yıllık Kalkınma Planı, s. 11; Ateş, Rekabet, s. 155. Rekabet Kurumu'nun yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, Müslüm. **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta, İstanbul, 1999; Atay, E. Ethem. "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: X, 2006, Sayı: 1-2, ss. 259-293; Azrak, Ülkü. "Dünyada Ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar", **Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu**, 5 Kasım 2001, Ankara, ss. 19-31; Duran, Lütfi. "Türkiye'de bağımsız idari otoriteler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1, ss. 3-11.

⁵⁵ Badur, s. 39.

yer almaktadır. Kanun'un ikinci kısmı üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Kanun'un temelini oluşturan maddi hukuka ilişkin hükümler "Yasaklanan Faaliyetler" başlığı ile yer almakta, ikinci bölüm "Kurulun Yetkileri" başlığı altında çeşitli hükümler içermekte ve son olarak üçüncü bölümde ise idari para cezaları başlığı altında idari para cezalarına ilişkin olarak ayrıntılı düzenleme bulunmaktadır. Kanun'un teşkilat başlıklı üçüncü kısmı altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm Rekabet Kurulu, ikinci bölüm Başkanlık, üçüncü bölüm kurum personeli ile ilgili hükümleri, dördüncü kısımda kurulun incelemelerinde ve araştırmalarında uygulanacak usul hükümleri, beşinci kısımda rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları ve son olarak altıncı kısımda ise son hükümler yer almaktadır.

B. Kanunu'nun Amacı

Rekabet Kanunu'nun birinci maddesinde kanunun amacı şu şekilde belirtilmiştir; *"Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır."* Rekabet Kanunu'nun birinci maddesinde hem kanunun amacı hem de bu amacı yerine getirmek için gerekli olan araçlar düzenlenmiştir⁵⁶.

Rekabet Kanunu'nda kanunun amacını düzenleyen birinci maddesinde kanunun asıl amacı olan serbest rekabetin kurulması ve korunması vurgulanmamış olmakla birlikte, özellikle Türkiye gibi istenilen ölçüde rekabetçi piyasa yapısının pek çok sektör açısından tesis edilemediği ekonomik sistemlerde, Rekabet Hukuku'nun sadece rekabetin korunmasına değil aynı zamanda piyasada serbest rekabetin kurulması amacına hizmet etmesi gerektiğinden dolayı Rekabet Kanunu'nun yorumunda bu hususun da özellikle dikkate alınması gerekir⁵⁷.

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, Rekabet Kanunu'nun 20'inci maddesinin birinci fıkrasında Rekabet Kurumu'nun kuruluşuna ilişkin düzenleme yapılırken, kurumun temel görevinin mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet

⁵⁶ Rekabet Kanunu'nun birinci maddesinde kanunun amacını gerçekleştirmek için gerekli olan araçlar sayılırken yedinci maddenin kapsam dışında bırakıldığı yönünde bkz. Sanlı, Yakalayıcı Hükümler, s. 27; Ateş, Rekabet, s. 161.

⁵⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 27; Aslan, Teori, s. 65 vd; Ateş, Rekabet, s. 161.

ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda kanunun yorumlanmasında birinci madde ile yirminci maddenin birinci fıkrasının birlikte değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır⁵⁸.

Kanun'da yer alan hükümler değerlendirildiğinde; kanunun ilk amacı teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları, birleşme ve devralmalara engel olmaktır. Buna ek olarak piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüslerin sahip oldukları ekonomik gücü kötüye kullanarak, piyasayı sömürmeye veya rakip teşebbüslerin piyasaya girmelerini zorlaştırmaya yahut mevcut rakipleri piyasadan silmeye bir diğer ifade ile yoğunlaşmaya sebep olan faaliyetleri yasaklanmıştır. Kanunun amaçları arasında rekabet şartlarını bozacak şekilde devlet yardımları ile ayrımcı uygulamaların önlenmesi de yer alır.

C. Kanunu'nun Kapsamı

Rekabet Kanunu'nun kapsamı, kanunun ikinci maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre: *“Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.”* Hüküm incelendiğinde bu düzenleme ile Rekabet Kanunu'nun kimlere ve nerede uygulanacağı belirtilmiş olmakla birlikte, herhangi bir zamansal düzenleme bu hükümde getirilmemiştir. Rekabet Kanunu'nun kapsamının isabetli olarak tespiti için kanunun konu, yer, suje ve zaman olarak ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

1. Konu Bakımından Kapsamı

Rekabet hukukunun önceliği iktisadi hayatta ortaya çıkan rekabettir. İktisadi hayat bakımından rekabet hukukunun konusu ise serbest piyasa ekonomisinde

⁵⁸ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 27-28; Aslan, Teori, s. 66; Ateş, Rekabet, s. 161.

birbiriyle rakip olan teşebbüsler ve bu teşebbüslerin yarışma içerisinde girdikleri piyasadır. Rekabet hukuku esas olarak serbest piyasayı korumayı amaçlamaktadır. Rekabet hukukunun piyasayı koruması durumu ise serbest piyasaların tehlike ve tehdit altında bulunmaları halinde gündeme gelir⁵⁹. Bu noktada serbest piyasa ekonomisinin hangi hallerde tehdit altında bulunduğu doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Doktrinde kabul gören iktisadi görüş uyarınca, serbest piyasa ekonomisi iki durumda tehlikeye girer⁶⁰. İlk tehlike serbest piyasaya devlet tarafından yapılan müdahaledir. Rekabet hukukunda devlet müdahalesi hallerine örnek olarak vergi koymak, para ve dış ticaret politikalarına müdahale etmek, ithalat ve ihracat rejimini düzenlemek, döviz kurlarına ilişkin para, vergi, özelleştirme politikasını belirlemek, devlet yardımları, kamu alımlarına ilişkin politikaları belirlemek gösterebilir⁶¹. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, rekabet politikasına devlet tarafından yapılabilecek müdahalelere karşı alınacak önlemler rekabet hukukunun konusu değildir⁶². Serbest piyasa bakımından ikinci tehlike ise, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerden kaynaklanmaktadır. Bu noktada da iki farklı tehlike gündeme gelir. Bunlardan ilki, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüsler piyasada süre gelen yarış kuralları çerçevesinde yapmayı reddedip, bu kuralları ihlal edici davranışlarda bulunmaya yönelebilirler. Diğer hal ise, serbest piyasada tam anlamıyla bir rekabet ortamı meydana gelmemiş olması halidir⁶³.

Rekabet Kanunu'nun, 4'üncü, 5'inci ile 6'ncı maddelerinde yasaklanan faaliyetler düzenlenmiştir. Kanunun belirtilen yasak faaliyetler genel olarak ekonomik verimliliği engelleyen ve rekabeti kısıtlayan faaliyetlerdir. Rekabetin Korunması Hakkında yasaklanan faaliyetleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, serbest piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin kendi aralarında anlaşarak rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunmaları halidir. Bu halde teşebbüsler birlikte davranışları ile piyasada tekel gibi davranmakla birlikte kendi faaliyetleri bakımından bağımsızlıkları da devam eder. Bu halde piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin birlikte tekel haline gelerek yaptıkları faaliyetler teşebbüslerin

⁵⁹ Koç, İdari Yaptırım, s. 15 vd.

⁶⁰ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 6; Koç, İdari Yaptırım, s. 15.

⁶¹ Aşçıoğlu Öz, s. 31; Koç, İdari Yaptırım, s. 15.

⁶² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 6.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Dokuzuncu Kalkınma Planı, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 18 vd.

taraflarına göre yatay yahut dikey kısıtlanma olarak adlandırılır. Rekabetin dikey kısıtlanması, piyasada farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapılması anlamına gelir. Piyasada farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüslere örnek olarak üretici ile toptancı yahut perakendeci verilebilir. Rekabetin yatay kısıtlanmasında ise aynı seviyede faaliyet gösteren firmalar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar söz konusudur. Rekabetin hem yatay kısıtlanmasında hem de dikey kısıtlanmasında anlaşmanın tarafı olan teşebbüsler ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarını korurlar. Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yasaklanmış ve örnek kabilinden bazı haller belirtilmiştir. Maddede örnek kabilinden belirtilen hususlar sınırlı sayım olmayıp, bu örnekler yabancı ülke rekabet hukuklarından ve mahkeme kararlarından alınmış örneklerde oluşmaktadır⁶⁴.

Rekabet Kanunu'nda konu bakımından yasak getirilen diğer bir hal ise piyasada hakim güç haline gelerek, piyasada bulunan diğer teşebbüsleri piyasadan çekilmeye zorlamaktır. Bu davranışı ile hakim durumunu kullanarak diğer teşebbüsleri piyasa dışında bırakan teşebbüs bu koruyarak pazardaki fiyatı kendi marjinal gelir ve giderine göre belirler. Bu şekilde tekel haline gelme rekabeti kısıtlama yöntemleri arasında yer alır. Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin düzenleme kanunun altınca maddesinde hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında altıncı maddede düzenlenmiş ve muafiyet yoluyla yasak dışına çıkarılma imkanı tanınmamıştır⁶⁵.

Rekabetin kısıtlanmasına yönelik son hal ise, Rekabet Kanunu'nun 7'inci maddesinde düzenlenen aynı yahut farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerin tek bir kişilik altında birleşmeleri halidir. Birleşme veya devralma başlığı altında yer alan düzenleme uyarınca, piyasada hâkim durum yaratacak veya hâkim durumlarını kuvvetlendirecek nitelikteki teşebbüs birleşmeleri, rekabetin önemli derecede azalması sonucunu doğuracak olduğu takdirde, hukuka aykırı ve yasak olarak düzenlenmiştir. Birleşmeler aynı uyumlu eylem, anlaşma ve kararlarda olduğu gibi iradi nitelik taşıyan işlemlerden olmakla birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasında olduğu gibi piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısında azalmaya sebep olurlar. Birleşme ve devralmalara ilişkin düzenlemenin, anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarla ve hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin

⁶⁴ Akıncı, s. 37; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 84.

⁶⁵ Akıncı, s. 37; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 84.

düzenlemesinden farkı Rekabet Kurumu'na ne tür birleşme ve devralmaların izne tabi olduğunu, ne tür birleşme ve devralmalar için izin gerekmediğini çıkaracağı tebliğlerle belirleme yetkisi tanınmıştır⁶⁶. Rekabet Kurumu her somut olayda yasaklanan faaliyetlerin kanun kapsamında olup olmadığını değerlendirir ve kanunun kapsamına girmediği tespit edilen başvuruları reddeder.

2. Süjeler Bakımından Kapsamı

Rekabet Kanunu'nun amacı, ekonomik yaşamı serbest rekabet ilkesine göre düzenlemektir. Bu nedenle de rekabet hukukuna dair muhatabı iktisadi hayatta faaliyet gösteren ekonomik birimlerdir. İktisadi hayatta ise, şahıs işletmelerinden holdinglere, kamu iktisadi teşebbüslerinden belediyelere, kooperatiflerden serbest meslek çalışanlarına kadar, birbirinden çok farklı nitelik ve amaçlarla faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlar yer almaktadır⁶⁷. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesinde kanunda düzenlenen idari yaptırımların teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzelkişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine yaptırım uygulamak mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Kanunun 17'inci maddesinde ise nispi para cezaları düzenlenmiş ve bu düzenlemede de idari para yaptırımların teşebbüs ve teşebbüs birliklerine uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁶⁸.

3. Yer Bakımından Kapsamı, Uygulanması ve Etki Doktrini

Milletlerarası hukukta ülkesellik ilkesi olarak adlandırılan Türk kanunları, kural olarak Türkiye sınırları içerisinde uygulanacağı prensibi gereğince, Rekabet Kanunu'nda, Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilen Rekabet Hukuku ihlallerine uygulanması gerekir⁶⁹. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un başlığı yer bakımından uygulama altında bir hüküm olmamakla birlikte, kanunun yer bakımından uygulanmasına ilişkin olarak 2'inci, 4'üncü, 6'ncı ve 7'inci maddelerinde düzenleme bulunmaktadır. Coğrafi sınır ile ilgili olarak burada

⁶⁶ Akıncı, ss. 37-38; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 85.

⁶⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 28.

⁶⁸ İkinci bölümde süjelere ayrıca değinileceğinden burada konuyu bu kapsamda bırakıyoruz.

⁶⁹ Ateş, Rekabet, s. 372. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, s. 24 vd.

belirtilmesi gerekir ki, bir konu, serbest bölgenin, gümrük sahalarının, free shopların dâhilde işleme rejimlerinin uygulandığı alanların durumudur. Ancak, bütün bu alanlar, Türkiye Cumhuriyetinin ülke sınırları içindeki ve egemenliği altındaki yerler olup, sadece gümrük ve ithalat rejimi bakımından özel birtakım statülere tabi kılınmış yerler olduğu için, bu yerlerdeki rekabetin bozulması halinde de, Türk Kanunları ve gerekiyorsa Türk Rekabet Kanunu uygulanacaktır⁷⁰.

Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesine göre "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*" Belirtilen düzenleme kanunun uygulanacağı coğrafi alan bakımından düzenleme içermektedir. Belirtilen hüküm uyarınca rekabeti kısıtlayıcı işlem veya eylemin 4'üncü maddenin kapsamında değerlendirilebilmesi için Türkiye pazarına yönelik rekabeti kısıtlayıcı bir amaç taşıdığının tespit edilmesi yahut bu amaç tespit edilemese dahi bu etkiyi doğurması veya doğurabilecek nitelikte olması gereklidir⁷¹.

Rekabet Kanunu'nun 6'ıncı ve 7'inci maddelerinde de hem hakim durumun kötüye kullanılmasında hem de birleşme veya devralmaların yasaklanmasında ülkenin bütününde yada bir bölümünde etki doğurması koşulu aranmıştır. Belirtilen düzenlemeler uyarınca Rekabet Kanunu'nun kapsamı ülkenin coğrafi sınırına göre tespit edilecek, ülkenin coğrafi sınırı ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası anlaşmalara göre tespit edilecektir. Bir diğer ifade ile Rekabet Kanunu'nun kapsamı içerisinde olması için akdedilen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karardan, birleşme ve devralma yahut hakim durumun kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için belirtilen faaliyetlerin ülke sınırı içerisinde gerçekleştirilmesi gerekir.

Hal böyle olmakla birlikte, uygulamada kanun yer bakımından uygulanmasında çeşitli zorluklar ile karşılaşmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir

⁷⁰ Erol, s. 158.

⁷¹ Gülçin Dere, **Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, s. 32; Ateş, Rekabet, s. 373; Aslan, Teori, s. 136; Güven, Rekabet, s. 43.

ki, rekabeti sınırlayıcı davranışların nerede gerçekleştirildiğini tespit özellikle günümüz ekonomik ilişkilerin karmaşıklığı ve ticarete ulusal sınırların büyük ölçüde ortadan kalkması nedeniyle güçtür. Bunun yanısıra rekabeti sınırlayıcı davranışın ika yerinin tespitinin yanında bu ihlalin etkisini gösterdiği yer ile gerçekleştiği yer farklılaşabilmekte ve hatta etki birden fazla devlette doğabilmektedir⁷².

Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesinde yer alan düzenlemeden hareketle, teşebbüslerin kurulu bulunduğu veya işlem yahut eylemin gerçekleştirildiği yer dikkate alınmaksızın, rekabeti kısıtlayıcı etkilerin Türkiye'de mal ve hizmet piyasasında gerçekleşmesi esastır⁷³. Bu uygulama doktrinde, etki teorisi olarak ifade edilmektedir⁷⁴. Kanun'un 2'inci maddesinin gerekçesinde; *“Rekabet hukuku literatüründe etki teorisi olarak isimlendirilen sistem bu kanunda da benimsenmiştir. Başka bir ifade ile merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye’de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, teşebbüslerin tabiiyeti önem taşımaksızın, Türkiye piyasasında rekabet kısıtlandığı takdirde, Rekabet Kanunu hükümleri uygulanacaktır⁷⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Kanun'un ikinci maddesinin gerekçesinde yer alan *“merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye’de faaliyet gösteren teşebbüsler”* ifadesinin yurtdışında kurulmuş olan teşebbüs yahut teşebbüs birliklerinin faaliyetlerinin Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için ihlalde bulunan teşebbüslerin şube yahut yavru şirket gibi birimlerinin Türkiye’de bulunması

⁷² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 39. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Yayın No: 515; Ankara 1997.

⁷³ Ateş, Rekabet, s. 374; Aslan, Teori, s. 136; Güven, Rekabet, s. 43.

⁷⁴ Ateş, Rekabet, s. 374; Aslan, Teori, s. 136; Güven, Rekabet, s. 43. Sanlı, Rekabet Kanunu'nda etki doktrinin esas alınmadığı kanaatindedir. Yazar'a göre; *“...Bununla birlikte genellikle kabul edildiğinin aksine, kanımızca Kanundaki bu hükmün Rekabet Hukukundaki “etki doktrini” esas aldığını söylemek güçtür. Zira bu ifade dikkatle incelendiğinde görülecektir ki, burada sadece “piyasaların etkilenmesi” değil, bunun yanı sıra “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde faaliyet göstermek” kriteri öngörülmüştür. Dolayısıyla Türkiye’de mukim veya daha doğru bir ifadeyle Türkiye’de faaliyet gösteren her türlü teşebbüs kendiliğinden Kanun’un kapsamında olduğu gibi, Türkiye sınırları içerisinde faaliyet göstermemekle birlikte, davranışları ile Türk piyasalarını etkileyen teşebbüsler de Rekabet Kanunu’nun kapsamında olacaktır.”* (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 40.)

⁷⁵ Ateş, Rekabet, s. 375; Aslan, Teori, s. 136; Kemal Erol, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulaması**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tezi, Ankara, 2000, s. 158.

gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü burada etki doktrini bakımından önem taşıyan husus Türkiye pazarında rekabeti kısıtlayıcı bir etki doğurmasıdır⁷⁶.

Avrupa Birliği uygulamasında, etki doktrininin kabul edildiği ilk karar Lotus kararıdır. Açık denizde bir Türk gemisine çarparak gemide bulunan birçok Türk vatandaşının ölümüne sebep olan Lotus adlı Fransız gemisinin kaptanı hakkında Türk mahkemesince verilen mahkumiyet kararı, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'na taşınmış ve Divan kararında suçu işleyenler yabancı unsurlu da olsa suçun “etkilerinin” Türk gemisi üzerinde gerçekleşmesi ve Türk gemisinin Türkiye'nin egemenlik alanının bir uzantısı olduğu kabulünden hareketle, Türk Ceza Kanunu'nun uygulanabileceğine hükmetmiştir. Lotus kararı, ceza yargılamasına ilişkin bir karar olmakla birlikte, yetkili yargı yerinin tayininde suçun zararlı etkilerine işaret etmiş ve özellikle Amerikan işletmelerine karşı Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nun uygulanabileceği kabul edilmiştir⁷⁷. Avrupa Birliği'nde bu Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma 101'inci ve 102'inci maddesi bu kuralların ülke dışında uygulanması konusunda açık bir hüküm içermemektedir. Avrupa Birliği Komisyonu ve Avrupa Birliği Adalet Divanı etki doktrinin uygulanması konusunda net bir tavır sergilememektedir⁷⁸. Avrupa Birliği Adalet Divanı ekonomik bütünlük teorisi ve uygulama teorisinden de faydalanmaktadır⁷⁹.

4. İlgili Pazar Yönünden Kanunun Uygulanma Alanı

Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar kanunun kapsamına dahildir. Kanun'un 4'üncü maddesinde ise “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki...*” ifadesi ile başlamakta, 6'ıncı maddede “*... ülkenin bütününde ya da bir bölümünde*”

⁷⁶ Bu konu hakkında bkz. Woodup davası Ateş, Rekabet, s. 376, dnot 724.

⁷⁷ Aslan, Teori, s. 137; Dere, ss. 2-3.

⁷⁸ Whish, ss. 478-480.

⁷⁹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 40; Dere, ss.13, 25, 26; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 60-61.

bir mal veya hizmet piyasasındaki...” ifadesi ve 7’inci maddesinde ise “...ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki...” ifadesi yer almaktadır. Belirtilen düzenlemelerde rekabet belirli mal veya hizmetler bakımından belirli bir coğrafi alanda ortaya çıkar ve doktrinde bu çerçeveye ilgili piyasa ya da ilgili pazar olarak ifade edilmektedir⁸⁰. Rekabet Kanunu’nun uygulanması bakımından ilgili pazarın belirlenmesi önem taşıdığından dolayı Rekabet Kurulu tarafından İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz çıkarılmıştır. İlgili pazar kavramı iki açıdan incelenmesi mümkündür. İlk kriter, coğrafi toprak parçası olarak pazarın belirlenmesidir. İkinci kriter ise belirli bir ürün pazarının belirlenmesidir.

a. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar kavramı, Rekabet Kanunu’nda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte Rekabet Kanunu’nun 6’ıncı maddesinde düzenleme yer almaktadır. Hüküm uyarınca ilgili coğrafi pazar olarak Türkiye’nin tamamının yahut bir bölümünün kabul edilmesi mümkündür zira, maddede ülkenin tamamı veya bir bölümünde hakim durumda olmaktan söz etmektedir⁸¹. Ülke coğrafi sınırları içerisinde yer alan hangi özellikleri taşıyan kısmın ilgili coğrafi pazar olarak kabul edileceğine dair kanunda hüküm bulunmamakla birlikte, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’de şu şekilde ifade edilmiştir; “İlgili coğrafi pazar, 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 bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri, tüketici tercihleri, giriş engelleri, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır⁸²”

⁸⁰ Ateş, Rekabet, s. 275 vd.; Dilek Cengiz, **Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2006, s. 82 vd; Güven, Rekabet, s. 275; Aslan, Teori, s. 147 vd.

⁸¹ Aslan, Rekabet, s. 39; Aslan, Teori, s. 153.

⁸² Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II.

b. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı kavramı da ilgili coğrafi pazarda olduğu gibi Rekabet Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Bu bağlamda, ilgili ürün pazarı belirlenirken hangi hususların dikkate alınması gerektiği konusunda Kanun'da hüküm olmamakla birlikte, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de şu şekilde ifade edilmiştir; *“İlgili ürün pazarının tespitinde, tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir⁸³.”*

5. Kanunun Zaman Bakımından Kapsamı

Anayasal kurallar gereği kanunlar Resmi Gazete'de yayınlanmaları ile yürürlüğe girer ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara uygulanırlar. Rekabet Kanunu'nun 64'üncü maddesinde kanunun yürürlük tarihine ilişkin olarak özel hüküm getirilmiştir. Hükme göre; *“Bu Kanunun idari para cezasına ilişkin 16. maddesi ile 17. maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.”* Bu düzenlemeye göre; Kanun, Resmi gazetede yayınlandığı gün olan 13 Aralık 1994 tarihinde, idari para cezalarına ilişkin düzenlemeler ise, bu tarihten bir sene sonraya denk gelen 13 Aralık 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun gerekçesinde kanunun yürürlük zamanına ilişkin getirilen bu düzenlemenin nedeni şu şekilde belirtilmiştir; *“Bu hükümle teşebbüs ve teşebbüs birliklerine bu kanuna uyum sağlayabilmek için belirli bir süre verilmiş olmaktadır. Ceza hükümlerinin uygulanmaması Kanunun işlerliğini kazanmasına bir engel teşkil edecektir; ama Kurul, para cezası dışındaki diğer tedbirleri her zaman uygulayabilecektir. Daha önce benzeri bulunmamış ve ilk defa yürürlüğe giren bir kanun için teşebbüslere böyle bir süre verilmesi zorunlu bulunmuştur.”*

Rekabet Kanunu 1995 yılı başından bu yana yürürlükte olmakla beraber; Kanun'un gerçek anlamıyla uygulamasını sağlayacak olan Rekabet Kurumu;

⁸³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II.

Rekabet Kurulu üyelerinin 27 Şubat 1997 tarihinde atanması nedeniyle, ancak 5 Kasım 1997 tarihinde işleyişine başlamıştır. Rekabet Kurumu, Kanun'un etkili biçimde uygulanmasında önemli bir yer tutan idari işlem ve yaptırımlar hususunda münhasır yetkilidir. Bu itibarla Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulmasındaki bu gecikme, Kanun'un bu geçen süre içerisinde fiilen uygulanamamasına neden olmuştur. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan geçici 2'inci madde ile Rekabet Kurumu'nun teşekkül etmesinden itibaren 6 aylık bir geçiş dönemi öngörmüş ve Kurumu teşkilatının oluşturulmasını izleyen 6 aylık süre içerisinde gerçekleştirilen her türlü rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararların bildirileceği düzenlenmiştir.

V. REKABETİN KORUNMASINI GEREKLİ KILAN NEDENLER VE REKABETİ KORUNMASI BAKIMINDAN HUKUK SİSTEMLERİ

A. Rekabetin Korunmasını Gerekli Kılan Nedenler

1. Anayasal Zorunluluk

1982 Anayasası Anayasa'sının hiçbir maddesinde rekabetin korunması gerektiğinden ve rekabet etme hakkından bahseden bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, rekabet hukuku kuralları bakımından Anayasa incelendiğinde devletin gerektiği hallerde piyasaya müdahalesini öngören ve mal ve hizmet piyasalarında devlete denetim imkanı tanıyan, girişim özgürlüğünü güvence altına alan düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa'nın 48'inci maddesine göre "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*"

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." düzenlemesi ile özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün getirilmesi ile rekabet hakkının getirildiği kabul edilmektedir⁸⁴. Belirtilen Anayasa düzenlemesi

⁸⁴ Aslan, Rekabet, s. 15; Aslan, Teori, s. 57; Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s. 6.

kişilere girişim özgürlüğü tanıyarak, bu özgürlük çerçevesinde piyasada hareket etme ve diğer kişilerle yarışma imkanı tanınmıştır. Devlet bireylere bu imkanı sağlarken aynı zamanda kişilerin girişim özgürlüğünü sağlamak maksadı ile gerektiği takdirde ekonomik hayata müdahale etme hakkına ve gerekli önlemleri almak yükümlülüğü altındadır.

Anayasa'nın 167'inci maddesi ile ekonomik anlamda teşebbüs hürriyetinin sınırları devlete verilen piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi başlıklı düzenleme ile somutlaştırılmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre; *“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”* Hüküm uyarınca devlet mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı şekilde işlemesi için gerekli olan tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Söz konusu düzenleme devlete ekonomik kamu düzeninin sağlanması için yetki vermektedir. Verilen bu yetkiye dayanarak devletin rekabet hukuku kuralları aracılığıyla ekonomik kamu düzenini sağlaması anayasal gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁵.

Anayasa'nın Planlama, Ekonomik ve Sosyal Konsey başlıklı 166'ıncı maddesinin birinci fıkrasına göre; *“Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.”* Bu madde ülke kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılması ve ekonomik kalkınmanın gerçekleşmesini sağlamak için devlete yükümlülük yüklediğinden

⁸⁵ Ardıyok, s. 1696; Ateş, Rekabet, s. 332; Badur, s. 27; Müslüm Akıncı, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi, Sayı: 5, Ocak-Şubat- Mart 2001, s. 5. Danıştay 10 Daire, E: 1998/5649, K: 2002/846, K.T: 26.03.2006 (Eğerci, s. 11). Madde gerekçesinde madde hükmünde devlete yüklenen görevler detaylı olarak açıklanmıştır. Maddenin gerekçesine göre; *“Bu madde Devlete üç görev yüklemektedir. Birincisi, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olacaktır. Rekabet koşullarını sağlamanın tabii sonucu ise buna bağlı olan diğer iki görevdir. İkincisi, Devletin piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleri önlemesidir. Bu görev hem özel hem de kamu kesimi için öngörülmektedir. Tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları, hem tüketim hem de hizmetten sektörü de önlemek, konzerenler hâkimiyetini dağıtmak sağlıklı bir toplum, sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmez şartlardır. Tekelciliğin her türlüünün zararından fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzur ve refahı ile de ilgilidir. Üçüncüsü, tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri karteller de yasaklanmıştır. Piyasaların bu şekilde denetlenmesindeki zorunluk, bu denetlemenin anayasal bir direktif olarak düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Rekabetin ortadan kalktığı, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturduğu ve etkilediği üretim - fiyat çizgisinin dışına da taşırabildiği bir toplum olmanın sakıncaları önlenmek istenmiştir.”*

dolayı, dolaylı da olsa devlete rekabetin korunması görevini yüklemiştir. Anayasa'nın tüketicinin korunması başlıklı 172'inci maddesinde yer alan düzenleme uyarınca ise devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder. Bu düzenleme ise rekabetin tüketiciler bakımından önemine vurgu yaparak, rekabetin piyasada oluşturduğu sosyal faydaya değinmiştir.

2. Uluslararası Hukukta Yer Alan Düzenlemeler

Rekabet Kanunu'nun çıkarılmasının diğer bir sebebi ise AB ve Türkiye arasında imzalanan Gümrük Birliği ilişkisi oluşturmaktadır. Avrupa Birliği ile Türkiye arasında imzalanmış olan ortaklık anlaşması çerçevesinde kurulan Ortaklık Konseyi tarafından 06 Mart 1995 tarihli 1/95 sayılı kararı ile gümrük Birliği kurulmuş ve bu karar da 01.06.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kurulan bu birliğin en önemli amaçların biri Avrupa Birliği ile Türkiye arasında rekabet politikalarının ve rekabet hukukunun uyumlaşmasını sağlamak ve bunun için de Türkiye'nin Avrupa Birliği rekabet politikalarını ve rekabet hukukunu benimsemesinin sağlanması gerekir⁸⁶. Gümrük Birliği Kararı'nın 30 ila 36'ıncı maddeleri arasında gümrük birliğinin rekabet kuralları ve 37 ila 41'inci maddeler arasında ise hukukların yaklaştırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının Hukukların Yaklaştırılması başlıklı 39'uncu maddesinin ilk iki fıkrasına göre;

“1. Türkiye Gümrük Birliği ile hedeflenen ekonomik bütünleşmeye ulaşmak amacıyla, rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatının Avrupa Topluluğu mevzuatıyla uyumlu hale gelmesini ve etkin biçimde uygulanmasını sağlayacaktır.

2. Türkiye birinci paragrafta belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmek için;

a. Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden önce, AT Antlaşmasının 85 ve 86. maddelerinde belirtilen koşullar çerçevesinde teşebbüs uygulamalarını yasaklayan bir kanunu kabul edecektir. Aynı zamanda Gümrük Birliğinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Toplulukta yürürlükte bulunan blok muafiyet

⁸⁶ Aslan, Rekabet, s. 16; Aslan, Teori, s. 63; Ateş, Rekabet, s. 155; Güven, Rekabet, s. 76.

mevzuatında yer alan ilkelerin ve AT organlarınca geliştirilen içtihat hukukunun Türkiye’de uygulanmasını sağlayacaktır. Topluluk gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren blok muafiyet mevzuatının değiştirilmesi, iptali veya yeni düzenlemelerin kabul edilmesi ile ilgili işlemleri mümkün olduğu kadar kısa sürede Türkiye’ye haber verecektir. Türkiye eğer gerekliyse, bu bilgilerin verilmesinden itibaren bir yıl içerisinde yasalarını yeni duruma uygun hale getirecektir.

b. Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden önce, belirtilen kural ve ilkeleri etkin biçimde uygulayacak bir rekabet kurumu oluşturulacaktır.”

Bu düzenlemeler gereğince, Türkiye’nin gümrük birliğine uyumu sağlayabilmesi maksadı ile Avrupa Birliği mevzuatını benimsemesi, Rekabet Kurulu kurması ve komisyon ile Rekabet Kurulu arasında işbirliği yapması gerekir⁸⁷. Bunların yanı sıra gümrük birliği kararı ile Türkiye Avrupa Birliği’nin hem mevcut hem gelecek kanun, ikincil mevzuat ve içtihat ve ilkelerine de uygun davranacağı taahhüdünde bulunmuştur⁸⁸. Bu nedenle de uluslararası hukukta yer alan düzenlemeler sebebi ile rekabetin korunmasına ilişkin düzenleme yapma gereği ortaya çıkmıştır.

3. Ekonomik Zorunluluk

Rekabet Kanunu düzenlemesinin yapılmasının sebeplerinden diğeri ise ekonomik zorunluluklardır. Bununla birlikte ekonomik gerekçelerle Rekabet Kanunu çıkarılmasının gerekli olmadığı yönünde doktrinler de bulunmaktadır⁸⁹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, iktisadi sebepler de dikkate alınarak Türk Hukuku’nda rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler yapılması gereklidir⁹⁰. Zira iktisadi etkinliğin sağlanabilmesinin ön koşulunu rekabetçi bir piyasa yapısının varlığı oluşturmaktadır. 1980’li yıllarda tekelleşmenin ve oligopol pazarların yaygın olması, piyasada serbest piyasa ekonomisinin sağlanmasını engellemekteydi. Ayrıca bu

⁸⁷ Aslan, Rekabet, s. 16; Aslan, Teori, s. 64.

⁸⁸ Aslan, Rekabet, s. 16; Aslan, Teori, s. 64; Güven, Rekabet, s. 76.

⁸⁹ Diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, Teori, s. 60 vd; Güven, Rekabet, s. 29 vd; Ateş, Rekabet, s. 77 vd.

⁹⁰ Aslan, Teori, s. 6; Katırcıoğlu, s. 4; Aslan, Türkiye İçin Rekabet Kanunu Önerisi, s. 14 vd. Karş. Akıncı, Ateş, Rekabet Kanunu Üzerine Eleştirisel Bir Bakış-Rekabet Kanununun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Etkisi, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No:20, Ankara 1996, s. 51 vd.

dönemde iktisadi etkinliği sağlayacak teşebbüsleri koruyacak bir mekanizmanın olmaması ise serbest piyasa ekonomisinin varlığını tehlikeye düşürmesinden dolayı ülke kaynakları da savurgan biçimde kullanılmaktaydı⁹¹. Belirtilen bu nedenlerle, serbest piyasa ekonomisinin sağlanabilmesi için Rekabet Hukuku alanında düzenleme yapılması gerekliliği mevcuttur.

B. Rekabetin Korunması Bakımından Hukuk Sistemleri

1. Yasaklama Sistemi

İşletmeler arasında rekabeti sınırlamak maksadı ile yapılan anlaşmaların ve tekellerin, serbest rekabet sistemi ile bağdaşmadığı ve yasaklandığı bu sistemin en tipik örneği Amerikan anti-trust hukukudur⁹². Bu sistemde kamu yararına getirilmiş olan rekabet hukukuna ilişkin sınırlamalar, mahiyetleri nedeni ile başka hiçbir şart aranmaksızın yasaklanmıştır⁹³. Bununla birlikte hiçbir şart aranmaksızın kural olarak yasak olma durumundan kaynaklanan katılık giderek yumuşamaktadır⁹⁴.

2. Kötüye Kullanmayı Yasaklama Sistemi

Kötüye kullanma sisteminin kabul edildiği ülkelerde kartellerin, sınırlayıcı uygulamaların yahut pazara hakim işletmelerin varlığı değil, bu rekabet hukuku süjelerinin piyasayı kontrol altında tutarak, kötüye kullanmaları yasaklanmıştır⁹⁵. Bir diğer ifade ile bu sistemde tekelin varlığına ve birleşme ve devralma sonucunda tekel durumuna gelemeye gelmeye izin verilmekle birlikte, tekelin kötüye kullanılması yasaklanmıştır⁹⁶. İngiliz sisteminde kötüye kullanılmayı yasaklama sistemi kabul

⁹¹ Sanlı, s. 21; Koç, İdari Yaptırım, s. 33.

⁹² Aslan, Rekabet, s. 9; Aslan, Teori, s. 19.

⁹³ Aslan, Rekabet, s. 9; Aslan, Teori, s. 18; Topçuoğlu, s. 94; Badur, s. 22.

⁹⁴ Aslan, Rekabet, s. 9; Aslan, Teori, s. 18; Badur, s. 22; Efem, s. 28; Joliet, René, The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective, La Haye 1967, s. 113.

⁹⁵ Aslan, Rekabet, s. 9; Aslan, Teori, s. 19.

⁹⁶ Aslan, Rekabet, s. 9; Aslan, Teori, s. 19; Özsunay, s. 9; Topçuoğlu, ss. 94–96.

edilmiş olmakla birlikte Avrupa Birliği mevzuatına uyum ile birlikte artık İngiltere’de de Avrupa Birliği ile aynı sistem kabul edilmiş durumdadır⁹⁷.

3. Karma Sistem

Uzlaştırıcı sistem olarak anılan karma sistemde, yasaklanma sistemi ile kötüye kullanmayı yasaklama sistemlerinin eksik yönleri giderilmeye çalışarak her iki sistemi biraraya getirip uygulamayı hedeflemektedir. Bununla birlikte bu sistemde de bazı aksaklıklar mevcuttur⁹⁸. Avrupa Birliği ve Alman rekabet hukuku sisteminde kabul edilmiş bu sistem, daha önce belirtildiği gibi gümrük birliğine uyum çerçevesinde Türk Hukuku’nda da kabul edilmiştir⁹⁹.

VI. REKABETİN HUKUKUNUN KAYNAKLARI

A. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

Rekabet hukukunun temel kaynağı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’dur. Büyük ölçüde Avrupa Birliği Rekabet Hukuku kurallarından ve kısmen de Amerikan Antitröst Hukuku kurallarından örnek alınarak hazırlan Rekabet Kanunu altı kısımdan oluşmaktadır. Rekabet Kanunu’nun birinci kısmında “Amaç, Kapsam, Tanımlar” başlıklı üç madde vardır. Bu kısımda, Kanun’un amacı tanımlanmış, kapsamı belirlenmiş ve kanunda yer alan bazı kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Kanun’un ikinci kısmı üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Kanun’un temelini oluşturan maddi hukuka ilişkin hükümler “Yasaklanan Faaliyetler” başlığı ile yer almakta, ikinci bölümde “Kurulun Yetkileri” başlığı altında çeşitli hükümler içermekte ve son olarak üçüncü bölümde ise İdari para Cezaları başlığı altında idari para cezaları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun’un teşkilat başlıklı üçüncü kısmı altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm Rekabet

⁹⁷ Aslan, Rekabet, s. 9. İngiliz rekabet hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 31 vd.

⁹⁸ Akıncı, Ateş, **Mukayeseli Hukuk Açısından AT ve ABD Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, İstanbul, 2001, s. 25; Budak, Ali Cem, “Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi”, AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, **Uluslararası Sempozyum**, İstanbul 1993, s. 9; Badur, s. 24.

⁹⁹ Özsunay, s. 9; Topçuoğlu, s. 95; Aslan, Rekabet, s. 10.

Kurulu, ikinci bölüm Başkanlık, üçüncü bölüm kurum personeli ile ilgili hükümleri, dördüncü kısımda kurulun incelemelerinde ve araştırmalarında uygulanacak usul hükümleri, beşinci kısımda rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları ve son olarak altıncı kısımda ise son hükümler yer almaktadır.

B. Yönetmelikler

Rekabet Kanunu'nun çeşitli maddelerinde Kurula yönetmelik çıkararak madde kapsamının içeriğini belirleme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca Rekabet Kanunu'nun 62'inci maddesi uyarınca, kanunda belirtilenlerin dışında, Kurumun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları, gelirlerinin tahsili, giderlerinin yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesinde uygulanacak usul ve esaslar, aylık ücretlerde yapılacak değişikliklerin esasları, yabancı uzman çalıştırılmasına ilişkin esaslar, Kurumun satın alacağı menkul ve gayrimenkullerin alımına ve ihale usulüne ilişkin düzenlemeler ve Kurumun muhasebe sistemine ilişkin hükümler Kurulca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmeliklerde düzenlenir. Kanunda kurula yönetmelik çıkarma yetkisi tanıyan maddelere örnek olarak Kanun'un "İdari Para Cezası" başlıklı 16'ıncı maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenecektir. Kanun'un "Kurulun Görev ve Yetkileri" başlıklı 27'inci maddesinin a bendinde yer alan düzenlemeye göre Kurulun görevleri Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamaktır. Kanun'da yer alan bu düzenlemeden hareketle şu yönetmelikler çıkarılmıştır; Rekabet Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği, Rekabet Kurumu Meslek Personeli Yönetmeliği, Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği), Rekabet Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Rekabet Kurumu Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği, Rekabet Kurumu İhale Yönetmeliği ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

C. Tebliğler

Rekabet Kanunu'nun 27'inci maddesinin f fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, göre Rekabet Kurulunun görev ve yetkilerinden bir tanesi de Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri ve gerekli düzenlemeleri yapmaktır. Bu doğrultuda Kurul tarafından çıkarılan tebliğler şunlardır; İdari Para Cezası Alt Sınırının Arttırılmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2018/1), 4054 Sayılı Kanun Uyarınca Anonim ve Limited Şirketlerin Yapacakları Ödemelere İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2017/4), Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2017/3), İdari Para Cezası Alt Sınırının Artırılmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2017/1), Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2016/5), Uzmanlaşma Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2013/3), Özelleştirme Yoluyla Gerçekleştirilen Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No:2013/2), Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2012/2), Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4), Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2010/3), Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ, (Tebliğ No:2010/2), Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/3), Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2008/2), Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2002/2) ve Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulduğuna İlişkin Tebliğ(Tebliğ No: 1997/5).

D. Kılavuzlar

Tebliğlerin açıklanmasını sağlamak ve uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla Rekabet Kurulu tarafından kılavuzlar hazırlanmıştır. Bu kılavuzlar; Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Grup Muafiyeti Tebliği'ni Açıklayıcı Kılavuz, Rekabet Değerlendirmesi Rehberi, Hakim

Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz ile Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz-Menfi Tespit/Muafiyet Bildirim Formudur.

E. Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu tarafından yapılan soruşturma neticesinde verdiği kararlarda vurguladığı ilke ve görüşler Rekabet Kanunu'nun uygulanması bakımından emsal nitelik taşımaktadır. Bu nedenle de Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlar, Kanun'un ve diğer mevzuatın nasıl uygulanacağını göstermesi bakımından uygulamada önem taşımaktadır. Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlara karşı ilk derece mahkemesi sıfatı ile Danıştay tarafından inceleneceğinden dolayı Danıştay tarafından verilen kararlar da uygulama bakımından önem taşır. Danıştay'ın yanısıra Rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçlar bakımından ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ve bu kararlara karşı temyiz müracaatında bulunulduğunda, istinaf mahkemeleri ve Yargıtay tarafından verilen karar da Rekabet Hukuku kaynakları arasında yer alacaktır. Kararların yanısıra Rekabet Kurulu tarafından verilen görüşler de rekabet hukukunun uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, doktrin de rekabet hukuku uygulaması bakımından dikkate alınması gerekmektedir.

VII. REKABET HUKUKUNUN GENEL HUKUK İÇERİSİNDEKİ YERİ VE ŞİRKETLER HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

A. Rekabet Hukukunun Genel Hukuk İçerisindeki Yeri

Rekabet hukukuna ilişkin kanun, yönetmelik ve kılavuzlar dahil olmak üzere dikkate alındığında, bu kurallar emredici nitelik taşırlar. Mevzuatın emredici nitelik taşıması ile kastedilen, uygulanabilme ve etkin yaptırımlar içermesidir¹⁰⁰. Bu özelliği sebebi ile rekabet hukuku kamu hukukuna yaklaştırdığı söylenebilirse de rekabet hukuku kurallarının özel hukuka tabi teşebbüslere sūje olarak yönelmesi söz konusudur. Bir diğ̈er ifade ile rekabet hukuku kurallarının özel hukuka tabi teşebbüslere yönelen kurallardan oluşması ve bu sūjeler arasında ise irade serbestisi ilkesinin hakim olduğu ve tarafların birbirleri ile eşit hukuki konumda olduğu nazara alındığında ise rekabet hukukunun özel hukuk yönünün daha ağır bastığının düşünölmesi mümkündür.

Doktrinde birçok yazar tarafından rekabet hukukunun niteliğı konusunda tartışmalar yapılmıştır. Bir grup yazar rekabet hukuku sınıflandırmasını yaparken klasik özel hukuk-kamu hukuku ayırımından yararlanmıştır. Tan’a göre, rekabet hukukunun kapsamına esas olarak özel hukuk ilişkilerini incelemekle birlikte rekabet hukuku kurallarının idari niteliğı sahip olmasından dolayı kamu hukuku ağırlığının daha fazla olduğu kanaatindedir¹⁰¹. Ateş’e göre, rekabet hukuku kamu hukukunun alanıdır çünkü rekabetin korunmasının ratio legisi kamu menfaatinden kaynaklanmaktadır¹⁰². İnan, rekabet hukukunun inceleme alanında özel hukuk ilişkileri olduğundan şüphe olmamakla birlikte, rekabet hukukuna dair kurallarının ihlal edilmesinden dolayı soruşturma yapılması, yakalanması ve ceza verilmesi söz konusu olduğundan dolayı tereddütsüz kamu hukukuna aittir kanaatindedir¹⁰³.

Akıncı’ya göre ise, rekabet hukuku kurallarının gelişen tüketicilerin korunması faaliyetleri nedeni ile sosyal içerikli bir özel hukuk dalı görümünde

¹⁰⁰ Sanlı, s. 15; Ateş, Rekabet, s. 327.

¹⁰¹ Turgut Tan, “Rekabet Hukuku Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti(Türkiye, Fransa ve İtalya)”, **Rekabet Dergisi**, 2004, Cilt:1, Sayı: 4, s. 3

¹⁰² Ateş, Rekabet, s. 327.

¹⁰³ İnan, Rekabet Hukukunun Diğ̈er Disiplinler ile İlişkisi, ss. 26-27.

olduğu kanaatindedir¹⁰⁴. Sanlı ise, kurallar ve kuralların yöneldiği süjeler bakımından ikili bir yaparak, rekabet hukuku kurallarının kamu hukukuna, rekabet hukuku kurallarının uygulandığı süjeler bakımından ise özel hukuka yaklaşmakla beraber Rekabet Kanunu'nda yer ala idare hukukuna ait mevzuat hükümlerini de dikkate alarak rekabet hukukunun kamu hukukuna daha yakın bir alan olduğu kanaatindedir¹⁰⁵. Poroy/Yasaman rekabet hukukunun amacının rekabet düzeninin korunması olduğundan yola çıkararak, rekabet hukukunu kamu hukukunun bir alt dalı olduğunu belirtmektedir¹⁰⁶.

Diğ r grubu oluşturan bir diğ r ifade ile rekabet hukuku sınıflandırması yaparken, klasik kamu hukuku ve özel hukuk ayrımından bağımsız değ rlendirme yapan yazarlarda bulunduğu belirtilmişti. Tiryakioğlu'na göre rekabet hukuku ekonomik hukukun alt dalı olarak g rmektedir¹⁰⁷. Aslan ise rekabet hukukunun klasik olarak yapılan kamu hukuku özel hukuk ayırım çerçevesinde yorumlamanın isabetli olmadığı ve bu nedenle de rekabet hukukunun kendine has özellikleri olan sosyal hukukun bir dalı olduğu kanaatindedir¹⁰⁸.

Rekabet hukuku kanaatimizce hem özel hukuka hem kamu hukukuna dair özellikler taşımaktadır. Zira, rekabet hukuku haksız rekabeti düzenlemeleri ve hukuki yaptırımlar öngörmeleri bakımından TTK, TBK ve FSEK ile bağılantılıdır. Diğ r yandan ise Rekabet kurumunun idari parasal yaptırımlar uygulaması ve Rekabet Kurulu tarafından uygulanan idari yaptırımların idare hukuku ile bağılantılı olması ve idari yaptırımların yargısal denetime tabi olması sebebi ile idari yargılama hukuku ile cezai sorumluluk doğuran eylemler bakımından ceza hukuku ile menşei bakımından da uluslararası rekabet hukuku kuralları bakımından uluslararası hukuk ile ilişki i erisindedir¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Akıncı, s. 17.

¹⁰⁵ Sanlı, s. 15.

¹⁰⁶ Poroy/Yasaman, s. 17.

¹⁰⁷ Tiryakioğlu, Bilgin, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara 1997, s. 5.

¹⁰⁸ Aslan, Teori, s. 29

¹⁰⁹ Detaylı bilgi için bkz. Koç, İdari Yaptırım, s. 24 vd.

B. Rekabet Hukukunun Ticaret Hukuku İle Bağlantısı

Rekabet Kanunu ile Türk Ticaret Kanun arasında her ikisinin de ticari faaliyet niteliği taşıyan ekonomik ilişkilere yön vermesi sebebi ile yakın ilişki içerisinde olmaları muhakkaktır¹¹⁰. Rekabet Hukuku ile ticaret hukuku arasında öncelikle süjeler bakımından benzerlik içerisinde dir. Ticaret hukukunun süjeleri tacir ve ticari işletmeden oluşurken, rekabet hukukunun süjeleri teşebbüs ve teşebbüs birliği oluşturur. Teşebbüs ve teşebbüs birliği kavramı ise ticaret hukukunun süjesini oluşturan hem tacir hem ticari işletmeyi kapsadığından dolayı ticaret hukukunun süjeleri aynı zamanda rekabet hukukunun süjeleri kapsamındadır¹¹¹. Rekabet Hukuku ile Ticaret hukuku süjelerin yanısıra düzenleme konuları bakımından da paralellik içerir. Bu bağlamda, ticaret hukuku kişiler arasında gerçekleştirilen ticari işletme ile ilgili işlem ve fiilleri düzenler. Rekabet, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren işletmeler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan bir yarış olduğundan dolayı ticaret hayatının rekabet hukukuna ilişkin kurallardan etkilenmesi son derece normaldir.

Ticaret Kanunu'nda rekabete ilişkin düzenleme yer almakla birlikte her iki kanunun rekabete ilişkin düzenlemeleri amaç bakımından farklılık taşımaktadır. TTK'da haksız rekabet ve rekabet yasağına ilişkin olmak üzere iki farklı duruma ilişkin düzenleme yer almaktadır. İlk olarak haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, TTK'nın 54 ila 66'ncı maddeleri arasında yer almaktadır¹¹². Haksız rekabete ilişkin TTK'da getirilen düzenlemelerin amacı rekabet hakkının sınırları çizilerek kanunda belirlenen alanda rekabet edilmesine imkan tanınmaktadır. İkinci olarak ise TTK'da rekabet yasağına ilişkin çeşitli düzenlemeler getirilmiştir¹¹³. Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler tek bir hükümle sınırlı olmayıp, kanunun çeşitli bölümlerine serpiştirilmiştir. Bu kapsamda örneğin acente ile müvekkil arasında 123'üncü maddede, kolektif şirket ortakları bakımından 230 ve 311'inci maddelerde, anonim

¹¹⁰ Ateş, Rekabet, s. 347.

¹¹¹ Ateş, Rekabet, s. 347. Detaylı bilgi için bkz. Aslan, Teori, s. 32 vd.

¹¹² Rekabet Hukuku ile haksız rekabet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, Sabih, "Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara 2003; Erdem, Ercüment, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi", **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler**, İstanbul 2007, ss. 141-157; Aslan, Teori, s. 41 vd.

¹¹³ Rekabet yasağı ile Rekabet Hukuku arasındaki değerlendirme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Can, Ozani "Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlamaları Hukuku İlişkisi", **Rekabet Dergisi**, Ekim-Kasım-Aralık, 2007, Sayı: 32, s. 3-42; Aslan, Teori, s. 43 vd.

şirket yönetim kurulu üyeleri bakımından 396'ncı maddede, paylı komandit şirketin komandite ortağı ile komanditer ortaklar arasında 572'inci maddede ve limited şirket müdürü ile şirket arasındaki rekabete ilişkin düzenlemeler 626'ncı maddede yer almaktadır. Bu düzenlemelerin amacı rekabet serbestisini daraltmak ve hatta bazı durumlarda belirli bir süre için olsa dahi tamamen ortadan kaldırmaktır¹¹⁴. Bunun aksine Rekabet Hukuku mevzuatında yer alan düzenlemelerin amacı ise piyasada rekabetin artmasını sağlamaya yöneliktir. Bu bağlamda Rekabet Kanunu'nun 4, 5 ve 6'ncı maddelerinde rekabetin kısıtlanması engellenmekte tam aksine rekabetin piyasada sürdürülmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte ise TTK'da rekabet yapılması bazı durumlarda tamamen yasaklanmakta bazı hallerde ise sınırlandırılmaktadır¹¹⁵.

Rekabet Kanunu ile TTK'da rekabete ilişkin olarak yer alan bu hükümlerin farklı olmasının ve hatta birbirileri ile çelişiyormuş gibi görünmesinin sebebi, her iki kanunun amaçsal farklılıklar taşımasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda rekabet hukuku bakımından rekabetin niceliği kavramı ön planda tutulurken, ticaret hukukunda düzenlenen haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde ise rekabetin niteliği ön plandadır. TTK'nın 54'üncü maddesinin birinci fıkrasında haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacı bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak ifade edilmiştir. Bu amaçtan hareketle de maddenin ikinci fıkrasında rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır. TTK'da haksız rekabete ilişkin getirilen bu düzenlemeler TTK'nın amacının Rekabet Kanunu'ndan farklı olarak rakiplerin korunması olduğu belirtilmiştir¹¹⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki, rekabet hukukunun hedefi rekabetin bozulmadığı ve kısıtlanmadığı iyi işleyen bir serbest piyasa düzeni sağlanması olduğundan dolayı, rekabet hukuku makro düzeyde rekabetin korunmasını amaçlarken, ticaret hukuku ise mikro düzeyde rekabeti korumayı amaçlar¹¹⁷. Haksız rekabet hükümleri rakiplerin malvarlıklarının yanı sıra şahıs varlığının da korunmasını amaçladığından dolayı haksız rekabete uğrayan kişilerin manevi tazminat davası açmalarına imkan

¹¹⁴ Ateş, Rekabet, s. 348.

¹¹⁵ Ateş, Rekabet, s. 348.

¹¹⁶ Aslan, Teori, s. 42; Ateş, Rekabet, s. 349.

¹¹⁷ Aslan, Teori, s. 41; Ateş, Rekabet, s. 350.

veren düzenleme içermektedir. Rekabet Kanunu’da bu netlikte düzenlemeler mevcut olmayıp, Kanun’un 57’inci maddesinde zarar görenlerin her türlü zararlarının tazmin edilmesinin gerektiğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Doktrinde bu hükümde yer alan her türlü zararın kapsamına manevi zararların girip girmediği tartışmalı olmakla birlikte, bizim da katıldığımız görüşe göre her türlü zarar ifadesi geniş yorumlanmalı ve rekabete aykırılıktan dolayı kişilik hakkı zarar görenlerin manevi tazminat davası açma hakkını haiz olduğu kabul edilmelidir¹¹⁸. Bir diğer farklılık ise her iki kanunda haksız rekabete dair yer alan hükümlerin cezai yaptırım içerip içermediği noktasındadır. TTK’nda haksız rekabete ilişkin haksız rekabete ilişkin hükümlerin ihlali nedeniyle de para cezaları ve hatta hapis cezaları uygulanabilmektedir. Ancak bu yaptırımlar hem ikincil nitelik taşır hem de haksız rekabetin kamu düzenini bozucu hale gelmesi, mahkeme kararına uymama gibi kamu hukuku alanına girdiği hallere münhasırdır. Buna karşılık, Rekabet Hukukunda cezai yaptırım öngörülmemiş, düzenlenen idari para cezaları ise idari bir makam tarafından uygulanır, herhangi bir şikayete bağlı değildir.

TTK’da rekabete ilişkin diğer düzenlemeler ise rekabet yasağına ilişkindir. Kanunda yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin amacı ise belirli süjeler arasında kurulan hukuki ilişkiler sebebi ile öğrenilen ve rekabet avantajı sağlayan bilgi, tecrübe yahut deneyimlerden elde edilen bilgilerin süjelerin birbirine zarar verme maksadı ile kullanılmasının engellenmesidir¹¹⁹. Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler daha önce belirtildiği gibi bu yasaklar genellikle iş ve hizmet ilişkisi nedeni ile taraflar arasında yapılan sözleşmelerden kaynaklanmakta ve sözleşmenin taraflarının menfaatini korumayı hedefleyerek, sosyal ve iş ilişkilerinde güven sağlamaya hizmet etmektedir¹²⁰. Rekabet yasağına ilişkin olarak getirilen bu düzenleme Rekabet Kanunu’nda bulunan birçok düzenleme ile ilişki içerisinde bulunabilir. Zira, piyasada aktif faaliyet gösteren iki teşebbüs arasında rekabet yasağını öngören sözleşme hükümleri Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesinin

¹¹⁸ Ateş, Rekabet, s. 349.

¹¹⁹ Ateş, Rekabet, s. 351. Ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Nomer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul 1999, s. 133 vd.; Nisim Franko, “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **BATİDER**, 1985, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 26; Yasan, Mustafa. “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı”, **DEÜHFD**, Cilt: 7, ss. 409 vd; Mehmet Fatih Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, ss. 119-120; İsmail Kırca, **Ticari Mümessillik**, Ankara 1996, s. 171 vd.

¹²⁰ Ateş, Rekabet, s. 351.

kapsamına girebilmesinin yanısıra, teŖebbüsler arası dikey anlaşma olarak da nitelendirilerek, rekabet yasağı kapsamında değerdendirilmesi mümkündür.



İKİNCİ BÖLÜM

REKABET KANUNU’NUN 16’INCI MADDESİNDE TEŞEBBÜSLER BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIM

I. GENEL OLARAK

Rekabet Kanunu’nun 16’ıncı maddesinin dördüncü fıkrasında teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilebileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Rekabet Kanunu’nun 16’ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise hangi hallerde idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Bu Kanunun 4, 6 ve 7’nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.”* Belirtilen düzenleme uyarınca, anonim şirket rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma sebebi ile idari para cezasına çarptırıldığı takdirde, şirkete idari yaptırım uygulanmasına sebep olan yöneticilerine yahut çalışanlarına da idari para ceza verilmesi mümkündür. Şüphesiz “teşebbüs yahut teşebbüs birliği yöneticileri” kavramına en başta anonim şirket yönetim kurulu üyeleri girer.

Anılan hüküm gereğince anonim şirket yönetim kurulu üyelerine idari para cezası verilebilmesi için gerekli olan koşullar şöyle sıralanabilir: İlk olarak Rekabet Kanunu anlamında teşebbüs yahut teşebbüs birliği söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, kendisine idari yaptırım uygulanacak kişinin teşebbüs yahut teşebbüs birliğinin yöneticisi yahut çalışanı olması gerekir. Üçüncü olarak, idari para cezasının konusu rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma söz konusu olmalıdır. Son olarak ise idari para cezası verilmesine sebep olan olayda yöneticilerin yahut

Çalışanların ihlalde belirleyici etkisi olmalıdır. Bu bölümde anonim şirkete ceza verilebilmesinin koşulları diğer bölümde ise şirket yönetici ve çalışanlarına ceza verilebilmenin koşulları ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. REKABET HUKUKU SÜJESİ OLARAK TEŞEBBÜSLER VE TEŞEBBÜS BİRLİKLERİ

A. Teşebbüs Kavramı

1. Teşebbüs ve İşletme Kavramı

Terminolojik olarak teşebbüs kavramının mı yoksa işletme kavramının mı kullanılması gerektiğine karar verebilmek için önem taşıyan husus, işletme ve teşebbüs kavramlarının kapsamının doğru belirlenmesidir. Doktrinde teşebbüs ve işletme kavramlarının birinin tercih edildiği ve hatta birbirinin yerine de kullanıldığı grlmektedir¹²¹. Teşebbüs sözlük anlamı ile girişimi ifade etmekle birlikte, hukuki anlamı ile teşebbüs bir mal ve ya hizmet üretim faaliyetini ifade eder¹²². Teşebbüs kavramı doktrinde çok çeşitli şekilde tanımlanmıştır. *Türk*'e göre teşebbüs; “*İnsan gereksinmelerini mal ve hizmet üretimi ile karşılamak üzere üretim faktörlerinin, yani emek, doğa ve sermayenin bir girişimci eliyle bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız bir birim*”i ifade eder¹²³. *Arslanlı*, teşebbüsün, işletmeden daha dar kapsamlı olup işletmenin teşebbüs sayılabilmesi için belli bir hacim seviyesine sahip ve devamlı olması gerektiğini kabul etmektedir¹²⁴. *Tekinalp*'e göre, teşebbüsün ilgili mal veya hizmet piyasasında, mal veya hizmet üreten, bunları pazarlayan, aracılık eden, danışmanlıkta bulunan, organizasyon yapan, bütün gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan ancak hukuken bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün

¹²¹ Aslan, teşebbüs kavramı yerine işletmeyi tercih etmektedir. Bununla beraber rekabet hukuku açısından işletme kavramıyla ticaret hukuku yönünden işletme kavramının farklı anlamlarda kullanıldığını ifade etmektedir. Bkz. Aslan, Teori, s. 73 vd.; Aslan, Rekabet, s. 21 vd. Teşebbüs kavramı hakkındaki terminoloji sorunu için bkz. Oğuzkan Güzel, **Rekabet Hukuku'nda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri**, Ankara 2003, Rekabet Kurumu Yayınları, 5 vd.; Pelin Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, İkinci Baskı, Ankara, 2002, Yetkin Yayınları, s. 99.

¹²² Ateş, Rekabet, s. 197; Güzel, s. 11.

¹²³ Türk, Birleşme, s. 8.

¹²⁴ Halil Arslanlı, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 16vd.

oluşturan birimleri ifade eder¹²⁵. *Karayalçın* ise, teşebbüsü belirli mal ve hizmetlerin üretim ve sürümünü piyasa için örgütleyen ve bu amaçla gerekli dış ilişkileri kuran ekonomik-hukuki birim olarak; işletmeyi ise, mal ve hizmet üretimini bir çalışma düzeni içinde yürüten teknik-ekonomik birim olarak ele almıştır¹²⁶. *Aşçıoğlu*'na göre teşebbüs, piyasada mal veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren, bu faaliyetlerinde bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişiler olup, iktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler, ekonomik kararlarını kontrolü altında verdikleri kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturacak ve tek bir teşebbüs sayılacaklardır¹²⁷. *Güven*'e göre, belirli iktisadi, ticari faaliyetleri sürekli olarak yerine getiren, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler teşebbüstür¹²⁸. *Aslan*'a göre teşebbüs, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan, bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip ekonomik varlıklardır¹²⁹. *Günay*'a göre, belirli ekonomik, ticari faaliyetleri sürekli olarak yerine getiren, bağımsız olarak karar verebilen, piyasada mal ya da hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişiler teşebbüstür¹³⁰. *Oktay Özdemir*'e göre ise teşebbüs, mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız bir şekilde ekonomik sürece katılan tüm birimlerdir¹³¹.

¹²⁵ Ünal Tekinalp, Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, **Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı**, İstanbul 1999, s. 781.

¹²⁶ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, 1-Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara, 1968, s.156. Aynı görüşte bkz. Ali Bozer, "Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: I, Sayı: 3, Ankara, 1962, s. 363 vd.

¹²⁷ Gamze, Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara 2000, s. 149. Ayrıca bkz. Zekeriyya Arı, **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları**, Ankara 2004, s. 146, Güzel, ss. 59-61.

¹²⁸ Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 84. Benzer bir tanım Erol tarafından da yapılmakta, ekonomik hayatın içinde yer alan her bir bağımsız birimin Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs sayılacağı belirtilmektedir. Erol, Kemal, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Ankara, 2000, s. 64.

¹²⁹ Aslan, Teori, s. 73; Arslan, Rekabet, s. 24.

¹³⁰ Cevdet İlhan Günay, **Rekabet Kanunu Şerhi**, Açıklama-Rekabet Kurulu Kararları-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat, Ankara 2010, ss. 92-93.

¹³¹ Oktay Özdemir, Saibe, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, 2002, s. 156. İsviçre, Alman ve AB hukuklarında teşebbüs kavramları için bkz. Özsunay, Ergun, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, **Perşembe Konferansları**, Ankara, Şubat 2000, s. 42 vd. İsviçre hukukunda işletme kavramı için ayrıca bkz. Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, 2000, ss. 147-148. Alman hukukunda teşebbüs kavramı için bkz. Altay, Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler**, İstanbul,

İşletme ise genellikle “bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız şekilde bir araya getirilmesi” olarak tanımlanmaktadır¹³². İşletme, Mülga TTK’nın 11’inci maddesinde “*Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır*” şeklinde tanımlanmıştır. Yürürlükteki TTK’da ise ticari işletmenin tanımı, kanunun yine 11’inci maddesinde şu şekilde yapılmıştır; “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*” Ayrıca kanunda çıkarılacak kararname ile de esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki sınırın belirleneceği hükme bağlanmıştır. TTK’da yer alan ticari işletme tanımından hareketle ticari işletmeden söz edebilmek için bulunması gereken unsurlar şöyle sıralanabilir: İlk olarak ticari işletme gelir sağlama amacı gütmeli, ikinci olarak devamlılık arz etmeli, üçüncü olarak bağımsız olarak faaliyetini yerine getirmelidir, son olarak ise bu işletmenin esnaf faaliyetinin sınırlarını aşması gerekir¹³³.

Söz konusu tanımlar uyarınca gelir elde etmek maksadı ile mal veya hizmet üretimini veya piyasaya sürüm faaliyetini örgütleyen birim teşebbüs olarak ifade edilmekte ve teşebbüsün gerçekleştirdiği üretimin yapıldığı teknik birim ise işletmeyi ifade etmektedir¹³⁴. Bu belirleme uyarınca işletme kavramı, teşebbüs kavramı ile aynı muhtevaya sahip olmayıp, teşebbüs işletmeyi de kapsayan bir üst kavramdır¹³⁵. Bir diğer ifade ile teşebbüs kavramı bir ekonomik bütünlük halinde mal ve hizmet üreten birimleri ifade ettiğinden dolayı rekabet hukuku açısından birden fazla işletmeyi bünyesinde barındırmasına engel bulunmamaktadır¹³⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işletme kavramı hukuki yönü ağır basan bir tabir iken, teşebbüs kavramında ise kavramın iktisadi yönü ağır basmaktadır¹³⁷.

2009, s. 592, dn 1397. Alman yargı kararlarında işletme kavramı için bkz. Akın, İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara 2014, s. 47, dn 71.

¹³² Arkan, İşletme, s. 26.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, s. 26 vd.; Bozkurt, İşletme, s. 37 vd.; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Ertan, s. 141 vd.

¹³⁴ Türk, s. 8; Ateş, Rekabet, s. 198.

¹³⁵ Arslan, Rekabet, s. 22; Günay, s. 92; Aslan, Teori, s. 74; Türk, s. 10; Ateş, Rekabet, s. 198; Demirkapı, s. 385. Danıştay, 10. Daire E. 2001/2113, K. 2004/5849

¹³⁶ Aslan, Teori, s. 84; Aslan, Rekabet, s. 24; Ateş, Rekabet, s. 198.

¹³⁷ Karayalçın, mülga TTK’nın kabul edilmesine kadar olan dönemde Alman ve Fransız Hukuklarında olduğu gibi mal veya hizmet üreten ekonomik birimler ile hukuki birimler arasında ayırım yapılmasını sağlamak maksadı ile teşebbüs ve işletme terimlerinin kullanıldığı, ancak Mülga TTK’nun mal ve hizmet üreten birimleri işletme olarak kanunda tanımlaması ile birlikte, işletme teriminin hem hukuki

Belirtilen hususlardan hareketle, ticari işletme hukuku anlamında işletme olarak sayılan ekonomik birim, rekabet hukuku açısından teşebbüs kavramına dahil olduğu halde, rekabet hukuku anlamında teşebbüs her zaman ticari işletme hukuku bakımından işletme sayılmayabilir; başka bir deyişle TTK'nın 11'inci maddesi kapsamında birden fazla işletme rekabet hukuku bakımından tek bir teşebbüs sayılabilir¹³⁸. Danıştay da mevzuatta yer alan diğer kanunlara göre işletme olarak sayılmasa dahi Rekabet Kanunu uyarınca o birimin teşebbüs olarak kabul edilmesine herhangi bir engel bulunmadığı kanaatindedir¹³⁹. Rekabet hukukçularının ve Danıştay'ın teşebbüs kavramını bu şekilde duruma göre birden fazla işletmeyi kapsayan “bir ekonomik bütünlük” olarak değerlendirmelerine karşılık, ticari işletme hukukuna ilişkin eserlerde, TTK'daki ticari işletme kavramıyla teşebbüs kavramı neredeyse eş anlamlı olarak kullanılmakta ve gelir elde etme maksadı ile belirli bir mal yahut hizmetin üretimi yahut piyasaya sürülmesi faaliyeti gerçekleştiren bağımsız birime “teşebbüs” adı verilmektedir. Bu ise aslında kanundaki ticari işletmenin tanımıyla aynıdır. Belirtilen üretim faaliyetinin ifa edildiği münferit birimler ise, bağımsız bir varlıkları olmadığı takdirde ne işletme ne de teşebbüs olarak değerlendirilebilir¹⁴⁰. Örneğin bir işletmenin hammaddeyi işlediği fabrika ile, montaj veya paketlemesini yaptığı fabrika TTK anlamında ayrı ayrı işletme sayılmaz, bunlar işletmenin kapsamına dahil münferit unsurlardır. Rekabet hukuku açısından teşebbüs ise, duruma göre birden fazla (bağımsız) işletmeyi kapsayabilir.

hem de ekonomik terimleri ifade etmek kullanıldığını ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, Yaşar, **Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme**, BTHAE, Ankara 1985, ss. 36-37.

¹³⁸ Ateş, Rekabet, s. 199.

¹³⁹ Arslan, Rekabet, s. 24. Danıştay 10. Daire, E. 2001/2561, K. 2004/5848 T. 29.6.2004 “Başka bir anlatımla, uydu yer istasyonu çalıştırıcılarının 406 sayılı Yasanın 4502 sayılı Yasa ile değişik 2. maddesinin (c) bendi hükmüne göre imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izinlerde öngörülen telekomünikasyon alt yapısının kurulması ve işletilmesi yönünde bir haklarının bulunmaması ve 406 sayılı Yasaya 10.6.1994 tarihli ve 4000 sayılı Yasa ile ilave edilen Ek 18. madde uyarınca işletme lisans ve ruhsatlarının olmaması itibariyle anılan Yasa anlamında işletmeci sayılmamaları, davacının sağladığı olanaklardan yararlanarak piyasada fiilen hizmet satmaları nedeniyle 4054 sayılı Yasa bakımından teşebbüs sayılan uydu yer istasyonu çalıştırıcıları ile davacı arasındaki ilişkinin rekabet hukuku kuralları açısından değerlendirilmesine engel değildir.” Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Son Erişim: 09.08.2018).

¹⁴⁰ Türk, Birleşme, ss. 9-10; Ateş, Rekabet, s. 198.

2. Rekabet Hukuku Anlamında Teşebbüs

Rekabet Kanunu'nun kapsam başlıklı hükmünde, kanunun süje, konu ile kanunun uygulamasının gerçekleşeceği yer bakımından belirleme yapılmıştır. Hükme göre; *“Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.”* Belirtilen düzenleme uyarınca Rekabet Kanunu'nun “teşebbüslere” uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinde teşebbüs tanımı yapılmıştır. Düzenlemeye göre; *“Bu kanunun uygulanmasında; Teşebbüs: Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder.”*

Avrupa Birliği rekabet hukukunda teşebbüs kavramının sınırları, uygulama ile belirlenmiştir. ATAD'a göre teşebbüs, finansman modelinden ve hukuki statüsünden bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunan tüm birimleri içermektedir¹⁴¹. Bir diğer ifade ile teşebbüs kavramı, ulusal hukuk sistemlerindeki hukuki statülerinden bağımsız bir şekilde, ekonomik faaliyet gösteren bütün gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişilerden oluşan grupları kapsayan bir anlama sahiptir¹⁴². Belirtilen tanımdan anlaşıldığı üzere teşebbüs kavramının hukuki şahsiyete bağlanmamış ve ekonomik yönü ön plana çıkarılmıştır¹⁴³. Teşebbüs kavramının tanımlanmasına dair önemli kararlar arasında yer alan “Höfner” kararında teşebbüs kavramı temel olarak iki husus üzerine inşa edilmiştir¹⁴⁴. Bu unsurlardan ilki kuruluş ve ikincisi ise ekonomik

¹⁴¹ ATAD, 17 Şubat 1993, Christian Poucet v Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon (Poucet - Pistre), Aff. ATRGintes 159/91 et 160/91, Rec. 1993, s. I-00637, § 17; ATAD 23 Nisan 1991 Höfner ve Elser/ Macrotron, Rec. 1991 Aff 41/90 s. I-1979 § 21; Claus-Dieter Ehlermann, “Rekabet Hukuku ve Kamu Sektörü”, **Rekabetin Korunması Türkiye ve Avrupa'daki Uygulamalar Semineri** (25 Mayıs 1995), İstanbul Ticaret Odası, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-2, İstanbul, Yayın No: 1996-7, s. 22; Eroğlu, s. 291.

¹⁴² Briggs/Jordan, s. 204.

¹⁴³ Isentyeva, s. 99. Odudu, rekabet hukukuna ilişkin kuralların uygulanabilmesi için ekonomik faaliyetin gerekli oldu kanaatindedir bkz. s. 227.

¹⁴⁴ Höfner and Elser v. Macrotron GmbH, Case C-41/90 ECR I-1979.

faaliyettir¹⁴⁵. Her iki unsur da rekabet hukuku anlamında oldukça geniş bir kapsama sahiptir. Kuruluş, her türlü gerçek ve tüzel kişilerin dâhil olduğu bir yapılanmayı ifade ederken, ekonomik faaliyet ile pazara ürün ve hizmet sunan, devamlılık gösteren ve prensipte de olsa kar elde etme imkânı bulunan tüm faaliyetleri ifade eder.

Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesinde teşebbüsün hukuki statüsünün ne olduğu önem taşımaksızın, piyasada herhangi bir ekonomik ve ticari faaliyette bulunan birimi teşebbüs olarak kabul edilecek şekilde iktisadi yaklaşım ile tanımlanmıştır¹⁴⁶. Bir birimin teşebbüs olarak kabul edilebilmesi için ticari bir faaliyette bulunması ve bu faaliyetini devamlı olarak yerine getirmesi yeterlidir¹⁴⁷. Bu kapsamda teşebbüs sayılabilmek için, gerçek kişi yahut tüzel kişi olmanın, özel hukuka ya da kamu hukukuna ait olmanın yahut gelir ya da kar elde etmek ya da hayır amaçlı olup olmamanın herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁸. Bu belirleme uyarınca, hem özel hem de kamu hukuku tüzel kişilerinin yanında kamu hukuku tüzel kişilerinin de teşebbüs sayılması mümkün olacak, kâr elde etmek için kurulmuş olan işletmenin teşebbüs olarak kabulünün yanı sıra hayır amaçlı kurulmuş olan bir derneğin de teşebbüs olarak kabulü mümkün olabilecektir¹⁴⁹. Bununla birlikte ekonomik bir faaliyeti bulunmayan dini kuruluşların teşebbüs olarak kabul edilme imkanı bulunmamaktadır¹⁵⁰.

Bir birimin teşebbüs olarak kabul edilmesinde hukuki şekil ve faaliyetin türü önem taşımadığından dolayı, hem Türk Hukukuna hem de yabancı hukuk kurallarına göre kurulan tüzel kişiler, tüzel kişiliği haiz olmayan ortaklıkların yanı sıra konsorsiyumlar, konzerne, şahıs işletmeleri, holdingler, kamu yahut özel sermaye tarafından kurulan şirketler, kooperatifler, gümrük komisyoncuları, marka ve patent temsilcileri, doktor ve avukat gibi serbest meslek mensupları, eczacılar, sendika ve kulüpler, meslek birlikleri, spor federasyonları, FIFA, UEFA, sosyal yardım örgütleri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca eser sahibi sayılan kimseler, eser

¹⁴⁵ Townley, s. 3.

¹⁴⁶ Ateş, Rekabet, s. 199.

¹⁴⁷ Tekinalp, Ünal, Avrupa Topluluğunun Hukuki ve İktisadi Sorunları, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasının 85 ve 86. Maddeleri Anlamında İşletme Kavramı, **İktisat ve Maliye**, 1980, C: 26, S: 11, s. 455, Güven, Rekabet, s. 84.

¹⁴⁸ Günay, s. 92; Güzel, s. 59; Ateş, Rekabet, s. 200; Güven, Rekabet, s. 85.

¹⁴⁹ Güzel, s. 59; Ateş, Rekabet, s. 200; Güven, Rekabet, s. 85.

¹⁵⁰ Tekinalp, Grup İçi Teşebbüsler, s. 781; Güven, Rekabet, s. 85.

sahibi ve komşu hak sahiplerinin mali haklarının korunmasını sağlamak maksadı ile kurulan meslek birlikleri de teşebbüs kavramının kapsamı içerisinde yer almaktadır¹⁵¹.

Bu noktada değinilmesi gereken son bir husus ise, teşebbüs sayılabilmek için gerçek kişinin vatandaşlığı, tüzel kişinin tabiiyeti de önem taşımayıp, Türk vatandaşı veya Türk tabiiyetinde olup olmadıklarına bakılmaksızın teşebbüs olma şartlarını taşıyan Türk ve yabancı tüm gerçek ve tüzel kişilere Rekabet Kanunu uygulanacaktır¹⁵².

3. Teşebbüs Kavramının Unsurları

Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinden hareketle ekonomik birimin teşebbüs sayılabilmesi için iki unsur bulunması gerekir. Bunlar; iktisadi faaliyette bulunmak ve iktisaden bağımsızca karar verebilmektir¹⁵³.

a. İktisadi Faaliyette Bulunmak

aa. İktisadi Faaliyetin Tanımı ve Kapsamı

Rekabet Kanunu'nun teşebbüsü tanımlayan 3'üncü maddesinde teşebbüsün unsurlarından ilki olarak iktisadi/ekonomik faaliyet kriterine yer verilmiştir.

¹⁵¹ Güzel, ss. 59-61; Ersin, Mehmet Akif, Rekabet Kanununun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulunun Yetkileri, *Rekabetin Korunması Türkiye ve Avrupa'daki Uygulamalar Semineri*(25 Mayıs 1995), İstanbul Ticaret Odası, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-2, İstanbul, Yayın No: 1996-7, s. 42; Tekinalp ve Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, s. 391; Özsunay, **Rekabet Kanunu 4054 Sayılı Kanunla Öngörülen Düzen Üzerine Bazı Gözlemler**, s. 227; Tekinalp, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasının 85 ve 86. Maddeleri Anlamında İşletme Kavramı, s. 452; Tekinalp, Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, s. 781; Eroğlu, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programların Korunması, s. 142-144; Öztürk, Pınar, Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi, **Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul 1998, s. 493; Aslan, Rekabet, s. 21; Güven, Rekabet, s. 85.

¹⁵² Güzel, s. 59; Ateş, Rekabet, s. 201.

¹⁵³ Aşçıoğlu Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 147; Sanlı, Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, s. 29; İnan/Kiper, s. 9; Ateş, Rekabet, s. 201. . Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-12/114-29, KT: 13.3.2001, "4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 3. maddesinde teşebbüs; "piyasada mal veya hizmet üreten pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Buna göre teşebbüs tanımında iki kriter ortaya çıkmaktadır: 1. Fonksiyonel Ölçüt: Piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama, satma diğer bir deyişle piyasada ekonomik faaliyet gösterme, 2. Şekli Ölçüt: Bağımsız karar verebilme ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 11.08.2018).

Fonksiyonel ölçüt olarak da ifade edilen bu kriter, pazarda ürün yahut hizmet sunma veya pazarlama gibi ekonomik faaliyetlerde bulunmak olarak ifade edilmektedir¹⁵⁴. Teşebbüs olarak nitelendirmede ekonomik birimin yürüttüğü faaliyetin ekonomik faaliyet olması gerekli olup, üretim, pazarlama, dağıtım gibi ekonomik faaliyet konularından herhangi birini gerçekleştirilmesi teşebbüs sayılması bakımından yeterli olarak kabul edilecektir¹⁵⁵.

İktisadi faaliyet ile kastedilen, ticarete konu olan mal veya hizmetlerin, üretim aşamasından başlayıp tüketim aşamasına kadar devam eden tüm süreçte yapılan iktisadi amaçlı değişik işlemlerin bütünüdür¹⁵⁶. Rekabet Kanunu'nda iktisadi faaliyette bulunma kriteri bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu bağlamda herhangi bir mal veya hizmet piyasasında üretim, satış, pazarlama, dağıtım yahut aracılık gibi ekonomik faaliyet sürecinin herhangi bir aşamasında faaliyette bulunmak ve yapılan bu faaliyetten gelir elde edilmesi imkânının bulunması yeterlidir¹⁵⁷.

Avrupa Birliği Hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında, iktisadi faaliyet kavramı Avrupa Birliği Hukuku bakımından da geniş yorumlanmakta, bu nedenle kâr elde etmek yahut kar elde edilmesi maksadı ile faaliyette bulunmak teşebbüs sayılmanın koşulu olarak aranmamaktadır¹⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki, iktisadi faaliyette bulunularak tatmin edilmesi amaçlanan ihtiyacın niteliği önem taşımayıp, maddi ve manevi tüm ihtiyaçların giderilmesi iktisadi faaliyet kapsamı içerisinde yer alacaktır. Bu bağlamda insanların günlük ihtiyaçları arasında yer alan yeme, içme, barınma ve giyinme ihtiyaçlarını karşılayan mal yahut hizmetlerin iktisadi faaliyet sayılmasının yanı sıra, insanların inanç, ibadet yahut eğlence gibi ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayan faaliyetler de iktisadi faaliyet kapsamı içerisinde yer alacaktır¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Günay, s. 92; Aslan, Rekabet, s. 22; Güzel, 59; Ateş, Rekabet, s. 201; Güven, Rekabet, s. 87.

¹⁵⁵ Günay, s. 92; Güzel, s. 59; Ateş, Rekabet, s. 202; Waelbroeck/Frignani, s. 34.

¹⁵⁶ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler, s. 109.

¹⁵⁷ Aslan, Teori, s. 22;

¹⁵⁸ L. Ritter, F. Rawlinson, W. D. Braun, **EEC Competition Law: A Practitioner's Guide**, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2000, The Hague, s. 1377; M. Waelbroeck A. Frignani, **European Competition Law** (Volume IV of the Mégret Commentary) Transnational Publishers, Inc. Ardsley, NY, 1999, ss. 35-36; Sanlı, Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, s. 30, Aslan, Teori, s. 75.

¹⁵⁹ Ateş, Rekabet, s. 202. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 12-57/1538-55,1 KT: 15.11.2012, "Ankara Taşçı, Mezarıcı Ustaları Sanatkarları Esnaf Odası'nın; kendisine ait internet sitesinde var olan fiyat listesi ve duyurusundaki hususlardan, ilgili Oda Yönetim Kurulu kararlarından ve Oda'ya üye olan veya olmayan diğer teşebbüs sahiplerinin ifadelerinden, mermer mezar lahiti yapımı için fiyat listesi

Son olarak belirtilmesi gereken husus ise, ekonomik birimin iktisadi faaliyette bulunmasının tespitinde yürütülen faaliyetin sürekli faaliyet niteliği taşıması gerekli olup, sürekli nitelik taşımayan bir diğer ifade ile arızı olarak yapılan faaliyetler iktisadi faaliyetler olarak nitelendirilemeyecektir¹⁶⁰.

aaa. İktisadi Faaliyet Konuları

Teşebbüs tarafından ifa edilen iktisadi faaliyetin konusu mal veya hizmet olabileceği gibi haklar da iktisadi faaliyete konu teşkil edebilecektir¹⁶¹. Rekabet Kanunu'nda mal ve hizmetin tanımına da ayrıca yer verilmiştir. Kanun'un 3'üncü maddesi uyarınca mal, ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşyayı ifade eder. Aynı hükümde yer alan düzenleme uyarınca hizmet ise bir bedel veya menfaat

ve katalog yayınladığı ve bu fiyat listesinin uygulanmasını zorunlu tuttuğu, söz konusu zorunluluğu sağlamak amacıyla üyelere bu yönde taahhüt aldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Oda'nın 2011 yılında fiyat listesini uymadığı anlaşılan üyelere herhangi bir savunma ya da resmi bir karar almadan 15 gün mezarlığa girmeme cezası verdiği, söz konusu cezayı şifahi bildirdiği, cezaya direnen mermer mezar ustalarına ya psikolojik baskı uygulandığı ya da mezarlığa girmelerine engel olunduğu tespit edilmiştir. Gözlemlenen diğer bir husus ise, Oda'ya gelen tepkiler ve mermer mezar ustalarının fazlalığı nedeniyle fiyat listesinin uygulanıp uygulanmadığının tespitinin ve cezanın uygulanmasının zor oluşudur. Ayrıca, zaman zaman yaşanan adli olaylar nedeniyle 2012 yılı içerisinde anılan ceza sistemi yumuşatılmış, verilen birkaç cezanın takibi ve infazı yapılmamıştır. Konuya ilişkin olarak, Oda'nın tabi olduğu 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun "Fiyat Tarifelerinin Tespit Şekli" başlıklı 62. maddesinde, odaların fiyat tarifeleri düzenleyebileceği, ancak anılan tariflerin azami hadleri göstereceği ifade edilmektedir. Oda'ya ait Ana Sözleşme'nin "Yönetim Kurulunun Görev Yetkileri" başlıklı 16. maddesinin (I) bendinde ise azami haddenden bahsedilmemekte, sadece ücret tarifelerine uyulup uyulmadığının kontrol etme görevi Yönetim Kurulu'na verilmektedir. Yukarıda yer verilen Kanun'a göre, Oda'ya, mal ve hizmetlerin alım ve satım fiyatını belirleme yetkisi verilmemiştir. Oda'ya bağlı esnaf ve sanatkarlar, kanunen azami fiyat tarifelerini aşmamak kaydıyla üretecekleri mal ve hizmetlerin fiyatlarını özgürce belirleme yetkisine sahiptir. Kaldı ki 4054 sayılı Kanun anlamında rekabetin sağlanabilmesi için piyasa da mal ve hizmet üreten teşebbüslerin ekonomik kararlarını özgürce kendilerinin verebilmesi önemlidir. Oysa Oda, sözü edilen kanunların aksine, odaya bağlı mermer mezar ustalarının üretecekleri ürünlerin satış fiyatını belirlemekte, bu fiyat tarifesine uyulmasını zorunlu tutmakta, imkanları doğrultusunda tarifelere uyulup uyulmadığını denetlemekte ve herhangi bir resmi prosedür uygulamadan cezalandırmaya çalışmaktadır. İşaret edilen hususlar neticesinde Oda'nın fiyat tarifesi yayınlarak bu fiyat tarifesinin uyulmasını zorunlu tutması eyleminin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal niteliği taşıyabilecek bir eylem olduğu anlaşılmakla birlikte, sözü edilen uygulamanın denetimi ve cezaların 2012 yılında uygulanmaması, dolayısıyla fiilen sonlandırılmış olması, önceki senelerde ceza verilen ve cezası infaz edilen mermer mezar ustalarının da toplam mezar mermer ustaları içerisinde sınırlı sayıda oluşu, bu nedenle de rekabet üzerinde zararlı etkilerinin sınırlı düzeyde kaldığı hususları nazara alınarak, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı, ancak bu konuda Oda'ya 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş gönderilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 11.08.2018).

¹⁶⁰ Ateş, Rekabet, s. 210; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 114.

¹⁶¹ Ateş, Rekabet, s. 203; Aslan, Teori, s. 75.

karşılığında yapılan bedenî, fikrî veya her ikisi beraber olan faaliyetleri ifade etmektedir.

Söz konusu tanımlar uyarınca ancak belirli bedel yahut menfaat karşılığında pazarlanan mallar ya da bedeni veya fikri hizmetler iktisadi faaliyet kapsamındadır¹⁶². Bu belirleme neticesinde ticarete konu olmayan mallar ve karşılığında bedel yahut menfaat elde edilmeyen hizmetler Rekabet Kanunu kapsamında olmayacaktır¹⁶³. Zira, iktisadi faaliyetleri belirleyen belki de en önemli husus gelir temin elde etmeye imkan veren bir faaliyetin bulunmasıdır. İktisadi faaliyetlerin bireysel olarak yahut bir organizasyon çerçevesinde yürütülüp yürütülmediği önem taşımamaktadır¹⁶⁴.

Her ne kadar Rekabet Kanunu'nda iktisadi faaliyetin kapsamı belirlenirken mal ve hizmetler belirtilmiş ve tanımlanmış olmakla birlikte, haklar da iktisadi faaliyete konu olabildiği için, konusu hak olan faaliyetleri de iktisadi faaliyet saymak mümkündür¹⁶⁵. Bu bağlamda, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf yetkisini haiz olmadığı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikteki haklar iktisadi faaliyetin konusunu oluşturamazken, mülkiyet hakkı ile intifa, rehin ve üst hakkı gibi sınırlı ayni hakların ve fikri mülkiyet haklarının yanısıra bir şeyin kullanılması yahut kullandırılması hakkını konu alan kiralama, lisans, karz, ariyet ve leasing hakları da iktisadi faaliyete konu olabilir¹⁶⁶.

¹⁶² Ateş, Rekabet, s. 204.

¹⁶³ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler, s. 109; Aslan, Rekabet, s. 22; Ateş, Rekabet, s. 204.

¹⁶⁴ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler, s. 109; D. G. Goyder, EEC Competition Law, Oxford, 1988, s. 80.

¹⁶⁵ Ateş, Rekabet, s. 205; Aslan, Teori, s. 75.

¹⁶⁶ Ateş, Rekabet, s. 205. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 02-13/126-53, KT: 8.3.2002 “Bir hizmetin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilme ölçütü Kanun’un 3. maddesine uygun olarak “serbestçe alım satım, yani ticarete konu olma”, “piyasada işlem görme”, “karşılığında bir bedel veya menfaat alınması” kriterleri kullanılmalıdır. TSE/TSEK marka müracaatları üzerine TSE tarafından yapılan incelemelerle ilgili olarak, firmalara her bir inceleme görevlisi için görevli olduğu gün başına inceleme ve mühendislik ücreti, firmaca karşılanmayan ulaşım, iâşe ve ibade masrafları, muayene ve deney masrafları, muayene, deney ve belge ücreti fatura edilmektedir. TSE'nin standartlara uygunluk değerlendirmesi sonrasında uygun bulunduğu takdirde TSE/TSEK markalarına ilişkin marka kullanım sözleşmeleri imzalanmakta ve bu markaların kullanılmasının karşılığı olarak markanın üzerine konulduğu ürünlerin brüt satış tutarı üzerinden marka kullanma ücret çizelgesine göre hesaplanan bir bedel ödemektedir. Bu durumda, TSE'nin hem TSE/TSEK marka kullanım sözleşmeleri öncesinde yaptığı standarda uygunluk değerlendirmesi hem de TSE/TSEK markalarının kullanılması karşılığında ücret alması nedeniyle yapılan hizmet 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan “karşılığında bir bedel sağlanması” kriterini karşılamış olmaktadır. Bu nedenle TSE tarafından bir bedel karşılığında yapılan belgelendirme hizmeti iktisadi bir faaliyettir. Buna dayanarak TSE de Kanun’un 3. maddesinde “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde yer alan tanım uyarınca teşebbüs olarak değerlendirilmelidir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.08.2018).

İktisadi faaliyetin ilgili olduğu sektörler Rekabet Kanunu kapsamında sınırlandırılmamıştır. Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesinin gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir; *“Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir.”* Kanunun 3'üncü maddesinin gerekçesinde ise *“Bir bedel veya menfaat karşılığı yapılan fikri, bedeni veya her ikisi beraber yapılan faaliyetler hizmet olarak tanımlanırken, tanım, en geniş anlamıyla bankacılık, sigortacılık, para, kredi, sermaye, bilgi ve sair unsurları da içermektedir. Kuşkusuz, toplu pazarlık esasının kabul edildiği emek piyasası bu tanımın dışındadır.”* Belirtilen ifadelerden hareketle, teşebbüs olması için gerekli olan kriterleri haiz olan ekonomik birimler faaliyet gösterdiği sektöre bakılmaksızın teşebbüs olarak kabul edilecektir¹⁶⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, hizmet piyasalarının tümü bu kanun kapsamında olmakla birlikte emek piyasaları kanunun kapsamı içerisinde yer almamaktadır. Bu kapsamda, herhangi mal yahut hizmetin üretimine veya ticaretine yönelik olarak yapılan faaliyetin iktisadi faaliyet olarak tanımlanmasının yanısıra, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, çevre gibi sosyal hizmetler de iktisadi faaliyet konusu teşkil etmeyecektir¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Güzel, s. 60; Ateş, Rekabet, s. 206.

¹⁶⁸ Ateş, Rekabet, s. 206. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 09-22/455-113, KT: 13.5.2009 *“Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışları, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemleri Kanun kapsamına girer”* denilerek Kanun'un kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, şikâyet konularının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle, Diyanet İşlerinin şikâyet konusu faaliyetleri gerçekleştirirken teşebbüs niteliğini haiz olması gerekmektedir. *“Teşebbüs” kavramı ise, Kanun'un 3. maddesinde “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda, “iktisadi faaliyet” ve “iktisadi bağımsızlık” olmak üzere iki unsur ön plana çıkmaktadır. Diyanet İşleri, Hac ve Umre İle İlgili İşlerin Diyanet İşleri Başkanlığınca Yürütülmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı ile hac ve umre seyahatlerini düzenlemekle görevlendirilmiştir. Söz konusu Karar, hac ve umre seyahatlerinin Başkanlık veya Başkanlık gözetiminde A grubu seyahat acenteleri tarafından gerçekleştirilmesini*

bbb. İktisadi Nitelik Taşımayan Faaliyetler

İktisadi nitelik taşıyan faaliyetleri, diğer faaliyetlerden ayıran temel kriterin gelir elde etmek amacı olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu durumda gelir temin etmek amacıyla yapılan bütün faaliyetler iktisadi faaliyet olarak nitelendirilebilecekken, gelir temin etmeye yönelik olmayan faaliyetler iktisadi nitelik taşımazlar.

aaaa. Sosyal Hizmetler

Rekabet Kurulu sosyal hizmetlere ilişkin faaliyetlerin iktisadi nitelik taşımayan faaliyetler kategorisi içerisinde yer aldığı kanaatindedir. Kurul buna gerekçe olarak, sosyal güvenlik sistemine katılımın zorunlu olması, ilgili faaliyetlerin bütünüyle sosyal nitelikli olması ve sigortalıya sunulan hizmetlerin kendisi için ödenen primle orantılı olmaması koşullarını ileri sürmektedir. Bu koşullar nedeni ile de sosyal hizmetlerin ekonomik faaliyet sayılamayacağından dolayı Rekabet Kanunu kapsamında olmadığı ve teşebbüs sayılmayacağı ifade edilmiştir¹⁶⁹.

hükme bağlarken, aynı zamanda Diyanet İşlerine ilgili piyasalarda Bakanlıklararası Hac ve Umre Kurulu ile birlikte bir takım idari görevler de yüklemiştir. Bu Karara dayanarak Başkanlık, her yıl hac ve umre seyahati düzenleyecek firmaların taşınması gerekli koşulları belirlemekte; bu koşulları sağlayan seyahat acenteleri gibi umre taleplerini toplamakta ve Başkanlık organizasyonu ile gidecek hacı adayları için gerekli organizasyonu gerçekleştirmektedir. Başkanlık gerçekleştireceği hac veya umre organizasyonlarındaki hizmetlerin sunumunda, maliyetlerle beraber %5 oranında ihtiyat akçesini de içeren bir fiyat uygulamaktadır. Diyanet İşlerinin ilgili Bakanlar Kurulu Kararı ile kendisine verilen idari görevleri yerine getirirken teşebbüs sayılamayacağı aşikârdır. Bununla birlikte, hacı adaylarının hac ve umreye götürülmesine yönelik sunulan hizmetin özel seyahat acenteleri tarafından sunulan hizmet ile benzer nitelik taşınması, bu seyahat acentelerine ilgili ürün pazarlarında ikame/rakip olması ve maliyetlerin yanı sıra az da olsa bir ihtiyat akçesi de içeren bir fiyatlandırma politikası takip edilmesi itibarıyla Başkanlık tarafından sunulan hac ve umre seyahat organizasyonu hizmetlerinin iktisadi faaliyet olarak nitelendirilebileceği kanaatine varılmıştır. Öte yandan, Başkanlık söz konusu hizmetlerin sunumunda başkaca bir kurum veya iktisadi bütünlüğe tabi olmaması nedeniyle iktisaden bağımsızdır. Bu çerçevede, iktisadi bir faaliyeti iktisaden bağımsız bir şekilde gerçekleştiren Diyanet İşleri hac ve umre seyahatleri organizasyonu bakımından 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüstür.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.08.2018).

¹⁶⁹Aslan, Rekabet, s. 22; Güzel, s. 63; Günay, s. 206; Ateş, Rekabet, s. 208; Whish, ss. 86-87. Emekli Sandığı Bakımından bkz. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 03-44/501-221 KT: 19.6.2003 “Emekli Sandığının sigorta hizmetlerinin, - Sosyal güvenlik sistemine katılımın zorunlu olması, İlgili faaliyetlerin bütünüyle sosyal nitelikli olması, - Sigortalıya sunulan hizmetlerin kendisi için ödenen primle orantılı olmaması koşullarının tümünün varlığı nedeniyle “ekonomik faaliyet” sayılamayacağına, 2. Sigorta faaliyeti dahilinde yapılan ilaç bedelinin geri ödenmesine ilişkin referans fiyat uygulamasının da ekonomik faaliyet olarak kabul edilemeyeceğine, 3. Yatarak tedavi gören hastaların ilaçlarının hastane eczanelerince sağlanmasının referans fiyat, ilaç bedeli üzerinden %2.5 oranında indirim yapılması ve reçetenin arkasına kupür yapıştırılması uygulamalarından muaf tutulmasının, bu durum Maliye Bakanlığı ile sigortacılık bağlamında ekonomik faaliyette bulunmayan

bbbb. Kamu Gücüne Dayanılarak Yapılan İşlem ve Eylemler

Kamu yararının sağlanabilmesi için kamu gücüne dayanılarak yapılan ve ekonomik faaliyet olarak nitelendirilemeyecek işlem ve eylemleri Rekabet Kanunu kapsamında yer almayacaktır¹⁷⁰. Zira bu tür faaliyetler, devlet tarafından genellikle toplum sağlığı, adalet, milli savunma gibi devletin temel görev ve fonksiyonlarının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilmektedir¹⁷¹. Bu bağlamda, TBMM, yargı mercileri, bakanlıklar gibi kuruluşlar teşebbüs sıfatını haiz değildirler¹⁷². Bunun yanı sıra devletin ekonomik faaliyet olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan işlem ve eylemlerine Rekabet Kanunu'nun uygulanma imkanı bulunmamakla birlikte, devletin bizzat kamu teşebbüsü olarak yahut tesis ettiği özel haklar veya imtiyazlara dayanarak ifa ettiği faaliyetlerin iktisadi faaliyet olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁷³.

Emekli Sandığının takdirleriyle gerçekleştiğinden, 4054 sayılı Rekabet Kanunu kapsamında bir teşebbüs davranışı olmadığına” karar verilmiştir. Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.08.2018).

¹⁷⁰ Ateş, Rekabet, Rekabet, s. 208.

¹⁷¹ Ateş, Rekabet, s. 208.

¹⁷² Güven, Rekabet, s. 95. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 04-47/624-155, KT15.7.2004, “Şikayet konusu uygulamanın, 4054 sayılı Rekabet Kanunu kapsamında “teşebbüs” niteliğinde olmayan T.Cilt: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun çıkardığı bir yönetmeliğe dayanması nedeniyle, teşebbüslerce yapılan bir rekabet ihlali niteliğinde olmadığına, dolayısıyla önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına Kurul oybirliği ile karar vermiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.08.2018).

¹⁷³ Güven, Rekabet, s. 100 vd.; Ateş, Rekabet, s. 209. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-12/114-29, KT: 13.3.2001, “Kanun'da ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında üretim, satış, pazarlama ve dağıtım gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyet göstermek ekonomik faaliyet unsuru açısından yeterlidir. Ayrıca, faaliyeti yürütenin hukuki niteliği de önem taşımamaktadır, gerçek veya tüzel, kamu veya özel ekonomik faaliyette bulunan bütün aktörler teşebbüs kabul edilmektedir. 4054 sayılı Kanun'da kamu teşebbüslerinin Kanun uygulamasına muhatap olup olmayacakları konusunda herhangi bir bilgiye yer verilmemekle birlikte, Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde "Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir...” denilmek suretiyle kamuya ait teşebbüslerin de kanun kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Genel ekonomik menfaate yönelik hizmetlerin ise telefon, su, elektrik, doğalgaz, posta, demiryolu ve havayolu ulaşımı, iş ve işçi bulma hizmetleri gibi hizmetleri kapsadığı genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim, Türk hukukundaki uygulamaya bakıldığında Yargıtay tarafından verilmiş olan, "Taraflardan biri olan idarenin, evveliden, bir takım şartları hazırlayarak bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin bu şartları zımnen kabul etmesi suretiyle hizmetten faydalanması tecelli ve tezahür eden ve özel hukuk alanında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu sözleşmeler de onların tamamen aynıdır. Bunlar özellikle, ticari ve sınai niteliği daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakil vasıtaları, su, havagazı, telefon, radyo, televizyon gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır. Bu teşebbüsler

cccc. Kişisel İhtiyaçların Karşılanmasına Yönelik Faaliyetler İle Sürekli Olmayan Ticari Faaliyetler

Ekonomik faaliyet kriterinin gerçekleştiğinden bahsedebilmek için yürütülen ekonomik faaliyetin kişisel ihtiyaç ölçüsünü aşması gerekir¹⁷⁴. Bunun yanı sıra, Rekabet Kanunu'nda açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, Rekabet Kanunu kapsamında bir teşebbüsün varlığından söz edebilmek için, ilgili iktisadi faaliyetlerin sürekliliği bir diğer ifade ile iktisadi faaliyetin kesintisiz bir şekilde icra edilmesi şartı aranacaktır¹⁷⁵. Süreklilik, işin ebedi olarak yürütülmesi anlamına gelmemektedir. Sürekliliğin tespitinde önemli olan husus, süreklilik kasıt ve niyetinin varlığıdır. Süreklilik niyeti ile ifade edilmek istenilen ise münferit iş yahut işlemlerin yapılması değil, söz konusu iş veya işlemlerin faaliyet konusu ya da meslek olarak yürütülmesinin söz konusu olmasıdır¹⁷⁶.

b. İktisaden Bağımsız Karar Verebilme

aa. İktisadi-Ekonomik Bağımsızlık Kavramı

Rekabet Kanunu kapsamında teşebbüs sayılmak için iktisadi faaliyette bulunmak tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda iktisadi faaliyette bulunan

Devlet (Kamu idaresi) ya da mahalli idareler veya kamu kurumları tarafından işletildiği vakit, bunların ticari bir teşebbüs teşkil edeceği, bu kurumlarla fertler arasındaki ilişkilerin özel hukuk kurallarına tabi olacağı ve bunun sonucu olarak anılan işler karşısında ferdin durumunun tamamen akdi nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir." şeklindeki kararda (Yargıtay 4. H.D.;16.6.1975, E.975/3743-K.975/7667) sözü edilen faaliyetlerin ekonomik faaliyet olarak nitelendirildiği görülmektedir. 4054 sayılı Kanun'da kamu teşebbüsünün tanımı yapılmamış ve kapsamı belirlenmemiştir. Kamu teşebbüsleri devletten ayrı bağımsız bir yasal kişiliğe sahip olabilecekleri gibi merkezi, bölgesel veya yerel idare içerisinde de yer alabilirler. Merkezi veya yerel kamu idarelerinin kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda, kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayrık tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekir. Bu açıklamalardan sonra ASKİ'nin faaliyetlerinin ekonomik faaliyet niteliği taşıyıp taşımadığı ve sonuç olarak ASKİ'nin teşebbüs sayılıp sayılmayacağının değerlendirmesine geçilecek olursa, yukarıda açıklandığı ve Yargıtay içtihadında da belirtilmiş olduğu gibi iktisadi nitelik taşıdığı şüphe taşımayan su dağıtımı ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmekle görevli olan ASKİ'nin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekmektedir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 22.08.2018).

¹⁷⁴ Korah, s. 46 vd.; Odudu, s. 217 vd.; D. G. Goyder, EEC Competition Law, Oxford, 1988, s. 80.

¹⁷⁵ Sanlı, Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, s. 31; Tekinalp ve Tekinalp, s. 330; Ateş, Rekabet, s. 210; Güven, Rekabet, s. 85.

¹⁷⁶ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 114.

süjenin kendi kararlarını bağımsız olarak verebilmesi gereklidir¹⁷⁷. Şekli ölçüt olarak da ifade edilen bu kıstas, ekonomik birimin iktisadi faaliyetini yürütürken, iktisadi faaliyetine ilişkin olarak bir başka teşebbüsün iznine ihtiyaç duymaksızın kendi başına karar alabilme özgürlüğüdür¹⁷⁸. Rekabet Kanunu’nda bağımsızlık bağımsız karar verebilmek ve iktisadi bakımdan bir bütün teşkil etmek olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamda rekabet kanunu bağlamında iktisadi bağımsızlıktan bahsedebilmek için teşebbüs olarak nitelendirilebilecek hukuk süjesinin iktisadi faaliyetlerini yürüttüğü esnada yatırım faaliyetleri, üretim, alım, satım, dağıtım, fiyatlandırma politikalarında başka bir teşebbüsten izin almaya yahut aldığı kararları onaylatmaya ihtiyaç duymaksızın kendi başına karar verebilme özgürlüğünü ifade eder¹⁷⁹.

Rekabet Kurulu bir kararında ekonomik bağımsızlığı şu şekilde tanımlamıştır; *“Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir”*¹⁸⁰.

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus ise, “bizzat karar verme”nin kişisel karar verme yeteneği olmayıp teşebbüs adına karar alabilmeyi ifade ettiğidir. Bu noktada küçük ve kısıtlıların teşebbüs niteliğini haiz olup olamayacakları değerlendirilmelidir. TTK’nın 13’üncü maddesine göre, küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmayacak ve tacir sıfatı, temsil edilene ait olacaktır. Bu düzenleme uyarınca TTK hükümlerine göre tacir sayılacaklarından dolayı, Rekabet Kanunu hükümleri uyarınca da teşebbüs sayılabilecek nitelikte faaliyette bulunan küçük ve kısıtlılar teşebbüs niteliğini haiz olmalıdır¹⁸¹. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, teşebbüs kavramı bakımından bizzat karar alma zorunlu bir unsur teşkil etmemektedir.

¹⁷⁷ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 110; Sanlı, s. 29; Türk, s. 13; Ateş, Rekabet, s. 212.

¹⁷⁸ Türk, s. 31; Güzel, s. 67; Ateş, Rekabet, s. 212.

¹⁷⁹ Türk, s. 31; Ateş, Rekabet, s. 212.

¹⁸⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-12/114-29, KT: 13.3.2001.

¹⁸¹ Ateş, Rekabet, s. 213.

bb. Ekonomik Bütünlük-Hukuki Bağımsızlık

aaa. Genel Olarak

İktisadi faaliyette bulunan ekonomik birim, eğer iktisadi kararlarını tek başına karar veremeyip, başka bir teşebbüs tarafından alınan kararlar ile iktisadi politikalarını yönlendiriyor yahut bir başka teşebbüsün kontrolüne tabi olarak karar alıyor ise, bu halde bu ekonomik bütünlük içinde olduklarından hareketle farklı tüzel kişilikleri olsa dahi Rekabet Hukuku bakımından tek teşebbüs olarak kabul edilirler¹⁸². Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da, kararlarında ekonomik birlik oluşturan bir şirketler grubunun öğeleri, bağımsızlığa sahip olmayıp, tek bir kontrol altında idare edildikleri durumlarda, hepsini birden tek bir teşebbüs olarak kabul etmektedir¹⁸³.

bbb. Ekonomik Bütünlüğün Tespitine Yönelik Mevzuat Hükümleri

Ekonomik bütünlüğün tespiti, rekabet hukuku açısından ihlal olup olmadığının belirlenmesinde önem taşımaktadır. Bu bağlamda Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hukuka aykırı olabilmesi için bu eylemlerin birden fazla bağımsız teşebbüs arasında gerçekleşmesi gerektiğinden ve aynı ekonomik bütünlük içerisinde bulunan teşebbüsler tek teşebbüs sayılacağından bunlar arasında yapılan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar nedeniyle cezalandırılabilmeleri mümkün değildir¹⁸⁴. Zira bu halde ekonomik bütünlük içerisinde bulunan teşebbüslerin faaliyetleri tek teşebbüs işlemi olarak kabul edilmektedir. Rekabet Kurulu'nun 17.7.2001 tarihinde verdiği kararda bu husus şu şekilde vurgulanmıştır; *“TKKMB, 1581 sayılı Kanun'undaki tanıma göre; “üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumak ve özellikle meslek ve geçimlerini*

¹⁸² Günay, s. 93; Güzel, s. 59; Ateş, Rekabet, s. 213. Ekonomik bütünlük kavramının Türkiye uygulaması bakımından detaylı bilgi için bkz. Tokatlı, s. 65 vd.

¹⁸³ Ward, s. 376. Konuyla ilgili kararlar için bkz. 69/195/EEC: (IV/22548 - Christiani&Nielsen), ATRG L 165, 5 Temmuz 1969, s.12-14; 70/332/EEC: (IV/24055 – Kodak), ATRG L 147, 7 Temmuz 1970, s. 24-27; 86/398/EEC, (IV/31.149 – Polypropylene), ATRG L 230, 18 Ağustos 1986, s.1-66, § 99.

¹⁸⁴ Sanlı, Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, s. 29; Günay, s. 93; Tokatlı, s. 65; Aslan, Rekabet, s. 23; Ateş, Rekabet, s. 214.

sağlamak” amacıyla kurulmuş bir birliktir. Ayrıca TKKMB, her yıl düzenli olarak gübre alım satımı yapmakta ve gübre üretimi, pazarlaması ile satışı yapan ticari bir şirketi (Gübretaş) kontrol etmektedir. 4054 sayılı Kanun’un 3. maddesinde teşebbüs, “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri” olarak tanımlanmaktadır. Ticari bir işletmenin kontrolünü elinde bulunduran TKKMB’nin, gübre alım-satımı yapmak suretiyle ekonomik faaliyette bulunması sebebiyle, bu şikayet konusu çerçevesinde Kanun’un anılan maddesi anlamında bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Gübretaş’ın hisselerinin çoğunluğuna TKKMB’nin sahip olması, yönetiminin de çoğunluğunu TKKMB yöneticilerinin oluşturması, dolayısıyla TKKMB’nin Gübretaş’ı kontrol etmesi nedeniyle, TKKMB ile Gübretaş’ın bağımsız birer teşebbüs olarak değil, ekonomik bütünlük içerisinde bulunan tek bir teşebbüs olarak ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

Rekabet Kanunu’nun 6’ncı maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması durumunun tespitinde ve 7. madde kapsamında hakim durum tespitinde, hukuken farklı tüzel kişiliklere sahip olsalar dahi tek bir irade tarafından yönetildiklerinden ciro ve pazar payları hesabı birlikte yapılacaktır¹⁸⁵. Aynı durum Rekabet Kanunu’nun 7’inci maddesi uyarınca birleşme veya devralma yoluyla hakim duruma geldiği yahut hakim durumunu güçlendirip güçlendirmedeğinin tespitinde tek irade tarafından yönetilen ekonomik birimler tek bir teşebbüs olarak kabul edilecek ve ciro ile pazar payları buna göre hesaplanacaktır¹⁸⁶.

Ekonomik bütünlüğün tespitinde çeşitli kriterlerden hareket edilmektedir. Bu kapsamda Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 8. maddesinde cironun hesaplanmasında dikkate alınacak teşebbüslere ilişkin olarak getirilen düzenleme ekonomik bütünlüğün tespitinde dikkate alınan düzenlemedir. Hükme göre; “Bu Tebliğin 7 nci maddesinin uygulanması bakımından, her bir işlem tarafının cirosunun hesaplanmasında aşağıdakilerin ciroları toplamı esas alınır:

a) İlgili teşebbüs,

¹⁸⁵ Aslan, Rekabet, s. 23; Ateş, Rekabet, s. 215.

¹⁸⁶ Ateş, Rekabet, s. 215. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocadağ, s. 50 vd.; Tokatlı, s. 66 vd.; Güzel, s. 67 vd.

- b) İlgili teşebbüsün doğrudan ya da dolaylı olarak;*
- 1) sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına sahip olduğu veya*
 - 2) oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine sahip olduğu veya*
 - 3) denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip olduğu veya*
 - 4) işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,*
- c) İlgili teşebbüs üzerinde (b) 'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan kişi veya ekonomik birimler,*
- ç) (c) 'de sayılanların, (b) 'de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,*
- d) (a)-(ç) 'de sayılanların, (b) 'de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler.”*

Söz konusu düzenleme uyarınca, ekonomik bütünlüğün tespitinde teşebbüs üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkı, kontrol yapısı, oy hakkı ve yönetimle ilgili sahip olunan hususlar önem taşımaktadır. Zira, bünyesinde birleşme devralma işleminin gerçekleştirildiği teşebbüslerin yanı sıra, bu teşebbüse çeşitli hak ve yetkiler ile bağlı olan teşebbüsler de eşik analizi hesaplamasına dahil edilmektedir¹⁸⁷. Ayrıca maddenin bu bendinde getirilen işlerini idare etme kriteri/etki prensibi ile birlikte tarafın üçüncü kişiler ile ortak kontrol edilen şirketler de kapsama dahil edilmiştir. Bu bağlamda, hukuki, fiili yahut dolaylı veya doğrudan kontrol hallerinde ekonomik bütünlükten söz edilebilecektir¹⁸⁸.

ccc. Ekonomik Bütünlüğün Tespitinde Kullanılan Kıstaslar

Teşebbüs tanımında yer alan ekonomik bütünlüğün tespitine yönelik en önemli kriterlerden biri bağımsız karar verebilme kriteridir. Bu bağlamda piyasada gösterdiği iktisadi faaliyetlerin akıbetine ilişkin olarak bağımsız karar veremeyen teşebbüsler, iktisadi faaliyetlerine ilişkin kararlarını birlikte verdiği teşebbüsler veya kontrolüne tabi olarak verdiği teşebbüs ile birlikte ekonomik bütünlük oluştururlar ve

¹⁸⁷ Tokatlı, s. 67.

¹⁸⁸ Tokatlı, s. 69; Ateş, Rekabet, s. 216. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tokatlı, s. 67 vd.

bu nedenle de Rekabet Hukuku bakımından tek teşebbüs gibi değerlendirilir¹⁸⁹. Ekonomik bütünlüğün tespitinde bağımsız karar verebilme kıstasının yanısıra mülkiyet, kontrol yapısı yahut yönetimle ilgili hususlar da kıstas olarak kullanılmaktadır¹⁹⁰. Buna örnek olarak, bir şirketin diğer şirketin hisselerinin tamamını yahut yarıdan fazlasını elinde bulundurması halinde, yahut bir şirketin diğerinin üzerinde imtiyazlı oy hakkına sahip olması, esas sözleşme ile şirket organlarında temsil edilme hakkı tanınması, azınlık hakları, hakimiyet sözleşmeleri, yönetim sözleşmeleri yahut oy sözleşmeleri gibi sözleşmeler vasıtası ile mülkiyet hakkı taşıyan haklar dışında kontrol yetkisi tanınması halinde de ekonomik bütünlüğün var olduğu kabul edilmektedir¹⁹¹.

Bu bağlamda örneğin, yavru ortaklığın yaptığı rekabet ihlali nedeni ile bağlı bulunduğu ana ortaklığın da bu ihlalden sorumlu tutulabilmesinin yanı sıra, ihlal teşkil ettiği iddia edilen işlemin birbirinden bağımsız teşebbüsler arası gerçekleştirilmesi gereken birleşme veya devralma gibi bir işlem olduğu takdirde bu işlem birbirinden bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşmediğinden rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmeyecektir¹⁹². Bu husus teşebbüs tanımının yer aldığı Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir; *"Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, bir yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir"*. Aynı şekilde aynı holdingin bünyesinde ticari faaliyette bulunan, ekonomik olarak bu holdinge bağlı olmakla birlikte iki ayrı anonim şirket olarak kurulmuş olan şirketler arasında gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar da hukuken bağımsız iki tüzel kişilikleri olmasına rağmen ekonomik bağımsızlıkları

¹⁸⁹ Günay, s. 93; Güzel, s. 59; Ateş, Rekabet, s. 215. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 04-66/952-230, KT: 19.10.2004 *"4054 sayılı Kanun, teşebbüsler arası iktisadi davranışlara yönelik düzenlemeler ihtiva etmektedir. Teşebbüs kavramı ise Kanun'un 3. maddesinde: "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler ile bağımsız karar 3 verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanım uyarınca iktisadi faaliyette bulunmak ve bağımsız karar alabilme yetisine sahip olmak teşebbüs kavramının asli unsurlarını teşkil etmektedir. Şikayet konusu teşebbüsler Oyakbank A.Ş. ve Tukaş A.Ş. ise OYAK Grubu kontrolü altında faaliyet gösteren şirketlerdir. 100 Bir başka ifadeyle anılan şirketler 4054 sayılı Kanun kapsamında ayrı birer teşebbüs olarak değerlendirilememektedir.... Şikayet konusu teşebbüsler Oyakbank A.Ş. ve Tukaş A.Ş. 'nin, OYAK Grubu 120 kontrolü altında faaliyet gösteren şirketler olmaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında ayrı birer teşebbüs olarak değerlendirilemeyeceklerine, bu nedenle söz konusu şirketlerin anılan Kanun'un 4. maddesine aykırı eylemler içinde bulunamayacağına.... oybirliği ile karar verilmiştir."* Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.08.2018).

¹⁹⁰ Ateş, Rekabet, s. 216; Tokatlı, s. 21 vd.

¹⁹¹ Güven, Rekabet, s. 91; Ateş, Rekabet, s. 216; Tokatlı, s. 75 vd.

¹⁹² Kocadağ, s. 9 vd.; Güven, Rekabet, s. 86.

bulunmaması sebebi ile rekabet hukukuna tabi olan birleşme veya devralma olarak kabul edilmeyecektir¹⁹³. Bununla birlikte istisnai de olsa bağlı teşebbüsün ekonomik anlamda bağımlılığı olmasına rağmen, ana teşebbüsten bağımsız olarak karar alma imkanı tanındığı takdirde teşebbüsün bağımsızlığı söz konusu olur¹⁹⁴.

Bağlı ortaklık ile ana ortaklığın arasında bağlantının olup olmadığının tespitinde perdeyi kaldırma teorisinden yararlanılarak sorumlu olan teşebbüse ulaşılmaktadır. Bir diğer ifade ile teşebbüsler arasında sanki bir perde varmış gibi aralarında bulunan bu perde kaldırılır ve bu perdenin arkasında olan ve diğer teşebbüsün kontrolünü elinde bulunduran esas teşebbüse ulaşılır ve ulaşılan ana teşebbüsün ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ve bu nedenle de rekabet ihlali nedeni ile sorumlu tutulması yönündeki iddiası dinlenmez¹⁹⁵.

ddd. Teşebbüs İle Bağlantılı Olan Muhtelif Süjelerin Durumu

Piyasada Rekabet Hukuku süjesi olarak aktif faaliyet gösteren teşebbüsler bazı ekonomik faaliyetlerini kendisi ile aynı yahut farklı yerde bulunan şube, bölge müdürlüğü, temsilcilik, acente, gibi bazı birimler teşebbüs adına yahut kendi adına faaliyette bulunmaktadır. Bu nedenle teşebbüs ile belirtilen bu birimler arasındaki ilişkinin niteliği önem taşımaktadır.

aaaa. Şube

Şube, ticari işletmenin faaliyetlerinin yürütülmesinin yaygınlaştırılması ve tek merkezden yönetimin meydana getirdiği zorlukları gidermek maksadı ile işletmenin alt seviyesinde kurulan işyerleridir¹⁹⁶. Şubenin temel olarak üç unsuru vardır. Bunlar, merkeze bağlı olma, dış ilişkilerde bağımsızlık ve yer ve yönetim ayrılığıdır¹⁹⁷. TTK'da şubenin tanımı yapılmamış olmakla birlikte, şubeye ilişkin çok çeşitli özel

¹⁹³ Güven, Rekabet, s. 88; Ateş, Rekabet, s. 216.

¹⁹⁴ Güven, Rekabet, s. 86; Tokatlı, 70 vd.

¹⁹⁵ Tekinalp ve Tekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 387; Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 5 vd.; Seven/Göksoy, s. 2455 vd.; Güven, Rekabet, s. 92; Ateş, Rekabet, s. 216.

¹⁹⁶ Arkan, s. 35; Ateş, Rekabet, s. 217. Şube için ayrıntılı bilgileri için bkz. Arkan, s. 35 vd.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 170 vd.; Bozkurt, İşletme, s. 59 vd. ; Ferhat Kayış, **Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlı Hüküm ve Sonuçlar**, İstanbul, 2019.

¹⁹⁷ Şubenin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kayış, s. 96 vd.

hükümler sevk edilmiştir. Bu kapsamda, şubeler kendi bulundukları yer ticaret siciline tecil ve ilan edilecek (TTK 40/3) ve kendi kurdukları muhasebe sistemleri içerisinde kendi müşterisi ile kendi namına hukuki ilişkiye girecek ve teşebbüse yönelik açılan davalarda taraf olma hakkını haiz olacaktır. Şubeye kanunda bu neviden özellikler tanınmış olmakla birlikte, şube teşebbüs niteliğini haiz değildir. Bunun gerekçelerinden ilki şubenin teşebbüs merkezine (ticari işletmeye) bağlı olmasıdır. Bir diğer ifade ile şube ticari işletmenin bir parçası olarak merkeze bağlı olduğundan teşebbüs ya da ticari işletme sıfatını haiz değildir¹⁹⁸. Diğer bir husus, şubenin TTK'nın 48'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ticaret unvanının ticari işletmenin şubesi olduğunu belirterek kullanma zorunluluğu altında olmasıdır. Şubenin teşebbüs sıfatını haiz olmadığını gösteren diğer bir delil ise ticari işletmenin devri halinde şube de işletmenin devri kapsamına dahil olacaktır. Son olarak belirtilelim ki, işleme politikasını belirleme yetkisi merkeze ait olup, şubenin faaliyetlerinden doğan tüm kar, zarar ve borçlar merkeze aittir¹⁹⁹. Sonuç olarak, şube merkezden ayrı işletme politikası belirleyemediği, ettiği kar ve zararın merkeze ait olması, ayrı bir ticaret unvanı olmaması ve işletme devrinde şubenin de merkezle birlikte devir kapsamında olması nedenleriyle teşebbüs sayılmaz²⁰⁰.

Şubenin yanısıra, merkezin ticari hayatında bulunan başka ekonomik birimler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, merkeze bağlı şekilde ticari faaliyette bulunan üretim tesisi, ve bölge müdürlükleri de ticari hayatlarını esas teşebbüse bağlı yürüttükleri ve onun kontrolünde karar aldıkları için tek başlarına teşebbüs sayılmazlar. Bu birimler de esas teşebbüsle birlikte tek bir teşebbüs olarak kabul edilirler²⁰¹.

bbbb. Bağımlı Tacir Yardımcıları

Bağımlı tacir yardımcılarını taciri temsil etme yetkisine sahip olup olmaması bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekir. Taciri temsil etme yetkisi bulunmayan

¹⁹⁸ Arkan, s. 38; Ateş, Rekabet, s. 217.

¹⁹⁹ Ateş, Rekabet, s. 217; Berzek, Genel İlkeler, s. 8; Sümer, Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015, s.17; Bahtiyar, Ticari İşletme, ss. 24-25; Arkan, Ticari İşletme, s.31. Bkz. Konya Otogar-Metro Turizm, RKK No:18.08.2004, 04-55/751-188.

²⁰⁰ Ateş, Rekabet, s. 218.

²⁰¹ Ateş, Rekabet, s. 219; Karahan, Ticari İşletme Hukuku, ss.18-24.

bağlı tacir yardımcıları arasında ticari işletmede faaliyet gösteren, tacirin emir ve talimatı altında çalışan işçiler yer almaktadır. Bunlara muhasebe biriminde çalışanlar, fabrikada üretim faaliyetini yürütenler, şoför, sağlık görevlisi vs. gibi yardımcı hizmetleri yerine getirenler örnek olarak gösterilebilir. Bu kimselerin ortak yönü taciri temsil yetkilerinin bulunmamasıdır. Bağlı tacir yardımcıları grubunda yer alan bir diğer grupta ise taciri temsil etme yetkisine sahip olan ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacıdır²⁰².

Ticari temsilci, TBK'nın 548'inci maddesinin birinci fıkrasında, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılan kimse olarak ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise ticari temsilci, açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz. Bunun yanı sıra izleyen maddelerde ticari temsilcinin yetkisinin şube yahut birlikte temsil kaydıyla sınırlanabileceğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Ticari vekil ise; TBK'nun 551'inci maddesinin birinci fıkrasında bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişi olarak tanımlanmış ve ticari vekilin yetkisinin, işletmenin olağan bütün işlemlerini kapsadığı, ancak, açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamayacağı, kambiyo taahhüdünde bulunamayacağı, dava açmaya ve açılmış davayı takip etmeye yetkili olmadığı belirtilmiştir.

Pazarlamacı ise, TBK'nın 448 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

Ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacı işletme sahibinin yahut yasal temsilcisinin talimatları altında çalıştıkları, ücretlerini bağlı oldukları işletmeden aldıkları ve bağlı olduğu teşebbüs ile rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduklarından dolayı teşebbüs sıfatını haiz değildirler. Bu bağlamda, her ne kadar

²⁰² Bağımlı tacir yardımcılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, s. 171 vd; Bozkurt, İşletme, 359 vd; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 676 vd.

dış ilişkide taciri temsil yetkisini haiz olsalar da, işletme sahibinin talimatlarına uymakla yükümlü olduklarından ayrı bir teşebbüs teşkil etmeleri söz konusu değildir²⁰³.

Ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacının yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı bağımsız bir teşebbüs sayılma imkanı bulunmamakla birlikte, Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesi anlamında teşebbüs yöneticisi yahut çalışanı kapsamında yer alıp, rekabet hukuku bakımından süje oluşturmaları mümkün olabilir²⁰⁴. Aynı durum taciri temsil etme yetkisi bulunmayan bağımlı tacir yardımcıları için de geçerlidir.

cccc. Bağımsız Tacir Yardımcıları

Bağımsız tacir yardımcıları, bağımlı tacir yardımcılarından farklı olarak tacire hizmet akdi ile bağlı olmayan, tacirin işletme organizasyonu dışında faaliyet gösteren, meslek olarak icra ettikleri faaliyetlerinin kapsamında tacir için de aracılık yahut tacir hesabına işlemler yapan ve faaliyetlerini bağımsız olarak icra eden kimselerdir²⁰⁵.

aaaaa. Simsar

Simsar, TBK'nın 520 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK'nın 520'inci maddesinin birinci fıkrasında simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşme şeklinde tanımlanmıştır²⁰⁶. Tanım dikkate alınarak simsarlık sözleşmesinin unsurları şu şekilde belirlenebilir; İlk olarak simsar bağımsız tacir yardımcısıdır. İkinci unsur simsar ile simsarlık hizmetinden yararlanan tacir arasındaki ilişki geçici nitelik taşımaktadır. Üçüncü olarak, simsarlık sözleşmesinin akdedilmesi ile birlikte simsar

²⁰³ Ateş, Rekabet, s. 220.

²⁰⁴ Ateş, Rekabet, s. 220.

²⁰⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan, s. 675.

²⁰⁶ Simsarlık sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Bozkurt, Tamer, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık, Ankara 2007; Arkan, Ticari İşletme, s. 191 vd.; Bozkurt, Ticari İşletme, s. 377 vd.; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Nomer ve Ertan, s. 722 vd.

aracılık faaliyetinde bulunmayı üstlenmektedir. Son olarak ise simsarın aracılık faaliyetini meslek olarak ve belirli bir ücret karşılığında gerçekleştirmesi gerekir.

Bağımsız tacir yardımcıları arasında yer alan simsarın teşebbüs sıfatı bakımından değerlendirme yapıldığında simsar teşebbüs sıfatını haizdir. Çünkü, yukarıda simsarın unsurları ifade edilirken belirtildiği üzere, simsar sözleşme yapılmasına aracılık ettiği teşebbüsten bağımsız olarak hareket ettiğinden dolayı teşebbüs sayılmak için gerekli olan iktisadi ve ekonomik bağımsızlığa sahiptir²⁰⁷.

bbbb. Acente

Acente, TTK'nın 102 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir. Teşebbüs kavramını tanımlarken belirttiğimiz üzere, Rekabet Hukuku bakımından acenteyi bağımsız bir teşebbüs olarak kabul edebilmemiz için hem hukuki hem de iktisadi bağımsızlığın söz konusu olması gerekir. TTK'nın 102'inci maddesinde acentenin tanımı yapılırken hukuki bağımsızlığa sahip olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, iktisadi bağımsızlığa sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Zira, acentenin müvekkilin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü bulunması, acentenin yaptığı işlemlerden doğan her türlü hak ve borçların müvekkili üzerinde doğması, acentenin faaliyetlerini yürütmesi bakımından iktisadi bağımsızlığa sahip olmadığını göstermektedir²⁰⁸. Acentenin iktisadi bağımsızlığa sahip olmadığının kabul edilmesinin sonucu olarak acente, Rekabet Hukuku bakımından müvekkili olduğu teşebbüs ile birlikte aynı iktisadi bütünlük içerisinde tek bir teşebbüs olarak değerlendirilir. Bunun Rekabet Hukuku kuralları bakımından çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Acentenin iktisadi bağımsızlığa sahip olmamasının kabul edilmesinin ilk sonucu, acentenin rakip sayılmaması ve bunun sonucu olarak da acente ile

²⁰⁷ Ateş, Rekabet, s. 221.

²⁰⁸ Ateş, s. 222; Saraç, ss. 727-728; Aslan, Rekabet, s. 285. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tahir Saraç, 6102 Sayılı Ticaret Kanunun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 61 (2), Ankara, 2012, s. 727 vd.

müvekkil arasında kurulan sözleşme ilişkisinde rekabetin kısıtlanmasından söz edilememesidir. Bu nedenle de acente ile müvekkil arasında yapılacak olan sözleşmelere Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde düzenlenen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar nedeni ile işlem yapılması mümkün değildir²⁰⁹.

Acentenin iktisadi bağımsızlığa sahip olmaması ve bu nedenle ayrı bir teşebbüs ve rakip sayılmaması, acentelik ilişkisine Rekabet Hukuku kurallarının hiçbir şekilde uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir²¹⁰. Bu bağlamda, acentelik sözleşmesi rekabeti sınırlama amacı taşıdığı yahut bu şekilde bir amaç taşımaya dahi rekabeti sınırlayıcı bir etki gösterdiği takdirde acentelik ilişkisine Rekabet Hukuku kuralları uygulanabilir²¹¹. Şöyle ki: Rekabet hukuku bakımından acentelik sözleşmesi, rakipler arasındaki “yatay” anlaşmalardan farklı, “dikey” bir

²⁰⁹ Saraç, ss. 728-729; Aslan, Rekabet, s. 285.

²¹⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 02-29/339-139, KT: 16.5.2002 “Yukarıda, rekabet kuralları uygulanırken, teşebbüsler arasında var olan ve rekabeti kısıtlayıcı işbirliği durumlarının bir çeşidi olan anlaşmaların yazılı olmasının gerekmediği, sözleşme gibi şekil şartına bağlı olmadığı, çeşitli içtihatlardan da örnekler verilerek belirtilmişti. Soruşturma konusu anlaşmanın taraflarının Kanun’un 3 üncü maddesi anlamında teşebbüs olmaları, tarafların kendilerini anlaşmayla bağlı hissetmeleri ve ticari kararlarını birlikte almaları sonucunda, rekabet hukuku uygulamasında anlaşma sayılmanın koşullarının yerine geldiği görülmektedir. Bir anlaşmanın Rekabet Kanunu’nun 4 üncü maddesi uyarınca hukuka aykırı ve yasak sayılması için rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıması veya bu etkiyi doğurması yahut doğurabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Liman A.Ş. ile Densay A.Ş. arasındaki anlaşmanın rekabeti engellemek dışında makul hiçbir amacının olamayacağı ve piyasadaki etkisinin de rekabeti tamamen ortadan kaldırmak şeklinde görüldüğü yukarıdaki bölümlerde açıkça gösterilmiştir. Densay A.Ş. ile Liman A.Ş. arasındaki anlaşmanın bir sonucu olarak liman sözleşmelerine Densay A.Ş. ile ilgili hükmün eklenmesi ve takip eden uygulamaların, rekabeti asıl olarak gemi acenteliği pazarında bozduğu, Çukurova Limanı’nın Densay A.Ş. dışındaki acentalara kapatıldığı tespit edilmiştir. Liman A.Ş. ile yük sahipleri arasındaki “dikey ilişki”yi kuran liman sözleşmesinde Densay A.Ş.’nin acente olarak belirlenmesi, rekabet hukukunda “bağlama” (tying) olarak tanımlanan ve bir mal veya hizmet ile birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması anlamına gelen ihlale bir örnektir. Gemi acentalarının limana değil, armatöre ve/veya yük sahibine hizmet verdiği ve ücretinin bunlar tarafından ödendiği hususu göz ardı edilerek soruşturma konusu anlaşma sonucunda yük sahibi ve armatörlerin çalışacakları acenteyi seçme özgürlüğü ellerinden alınmaktadır. Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında haklarında soruşturma açılan teşebbüslerin 4054 sayılı Rekabet Kanunu’nun 4 üncü maddesini ihlal ettikleri açıktır. Bu nedenle aynı Kanun’un 16’ncı maddesinin 2’inci fıkrası uyarınca cezalandırılmaları gerekmektedir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.08.2018).

²¹¹ Saraç, ss. 730-731. Yazar bu durumlara örnek olarak beş müvekkilin, kendileri arasında rekabete duyarlı bilgi değişimini sağlamak üzere, bir başka deyişle koordinasyon etkisi doğuracak şekilde aynı acenteyi atamaları 48, acentenin acentelik faaliyetine ilave olarak kendi menfaatine de önemli miktarda işlem yapıyor olması 49, acentenin, müvekkilin ürününü temin etme koşuluyla müşteri olarak kendi kendileri ile sözleşme imzalamaları 50 veya sürekli olarak inhisar hakkı içeren (münhasır) veya rekabet etmeme yükümlülüğü içeren acentelik sözleşmeleri yaparak piyasanın büyük bir kısmına sahip olması, yani müvekkilin yaptığı sözleşmelerin piyasayı kapatma etkisine yol açması hallerini vermiştir.

anlaşma olarak nitelendirilmektedir²¹². Diğer bir ifade ile acentelik ilişkisine Rekabet Hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı ve acentelik ilişkisinin Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında olup olmadığının tespitinde acentenin kimin nam ve hesabına hareket ettiğine ve ayrıca acentenin ilgili faaliyete ilişkin olarak mali veya ticari herhangi bir risk alıp almadığına bakılmaktadır. Yapılan bu değerlendirme sonrasında acentenin müvekkili adına yaptığı yahut yapılmasına aracılık ettiği sözleşme nedeniyle acente kendi üzerine mali yahut ticari risk almamışsa, acente ile müvekkil arasındaki ilişki Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamı dışında olacaktır²¹³. Bu halde acentenin ifa ettiği faaliyetler müvekkilin ekonomik faaliyetlerinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, acente kendi üzerine mali yahut ticari risk aldığı takdirde acentelik sözleşmesi Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamına değerlendirilmesi ve muafiyet tanınması gündeme gelecektir. Acentenin kendi üzerine mali yahut ticari risk almasından kastedilen ise, acentenin, acentelik faaliyetini icra edebilmesi için çalışan masrafları, işyeri kira bedeli gibi olağan işletme giderleri dışında, olağan dışı yahut önemli derecede mali katkı yahut risk üstlenmiş olmasıdır²¹⁴. Bu noktada

²¹² Topçuoğlu, Acentelik, s. 137; Karakurt, s. 148 vd.

²¹³ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10-44/774-256, KT: 17.6.2010 "Acenteye, akdedilen sözleşmelerle getirilen sınırlamalar genellikle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmemektedir. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına tespitinde belirleyici olan faktör, acentenin müvekkili adına yapmış olduğu ya da aracılık ettiği sözleşmeden dolayı herhangi bir mali veya ticari risk alıp almadığıdır. Acente, acentelik hizmeti nedeniyle herhangi bir mali ya da ticari riski taşııyorsa, bu ilişki 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamı dışında olacak ve acentenin alış veya satış faaliyeti müvekkilinin faaliyetlerinin bir parçası olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla müvekkil, acentenin bu alandaki ekonomik faaliyetlerini belirleyebilme hakkını elde edecektir. Aksi durumda ise, acentenin, tüm risklere kendisi katlanmakta olduğundan, yapmış olduğu yatırımların geri dönüşünü sağlayabilmesi için kendi pazarlama stratejisini özgürce belirleyebilmesi gerekmektedir.1 Bu bağlamda Migros'un incelemeye konu bayilik (franchise) sisteminin acentelik niteliği taşıyıp taşımadığı önem kazanmaktadır. Migros bayilerinin anılan riski taşıyıp taşımadığı, Migros ile bayileri arasındaki ilişkinin ve faaliyet gösterilen pazarın kendine özgü özellikleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Franchise mağazalarında satılan ürünlerin tümünün mülkiyetinin Migros'a ait olması, ürün alımı faturalarının Migros adına kesilmesi, ödemenin Migros tarafından yapılması, stokta olan ve/veya satılamayan, arızalı veya son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin Migros tarafından geri alınması, bu geri alım uygulamalarının Migros'un kendi mağazası için geçerli olanla birebir aynı olması gibi hususlar bayinin, bayilik ilişkisinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesini gerektirecek türden riskleri üstlenmediğine işaret etmektedir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.08.2018). Ayrıca bkz. Rekabet Kurulu'nun 15.7.2004 tarihli ve 04-47/614-151 sayılı kararı.

²¹⁴ Saraç, ss. 732-736; Güven, Rekabet, s. 88. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 08-69/1121-437, KT: 04.12.2008 "Xerox Türkiye'nin ana bayileri ile yaptığı "Bayi Sözleşmesi"nin (...) maddesinden söz konusu taraflar arasındaki ilişkinin, bayilerin Xerox Türkiye tarafından atanan faaliyetlerle ilgili olarak ticari veya mali riskleri bizzat taşımaları nedeniyle rekabet hukuku bağlamında acentelik ilişkisi olmayıp bayilik ilişkisi arz ettiği ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamı içerisinde yer aldığı anlaşılmıştır" Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 27.08.2018). Rekabet

acente eğer müvekkil ile olan ilişkisinde ticari ve mali riskler kendisine ait ise teşebbüs sayılacak, risk taşıyor ise ekonomik bütünlük gereği müvekkil teşebbüs olarak kabul edilecektir²¹⁵.

Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzda²¹⁶ Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına belirleyici faktör olan riskin tespitinde her bir olayın kendi özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirileceği ve teşebbüsler arasındaki hukuki ilişkinin değerlendirilmesinin yanısıra pazarın ekonomik durumunun da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanısıra örnek kabilinden yani sınırlı sayıda olmaksızın bazı haller belirtilmiş ve belirtilen bu hallerden bir ya da daha fazlası söz konusu olduğunda, taraflar arasındaki ilişkinin Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında ele alınacağı ifade edilmiştir²¹⁷. Buna göre;

Kurulu Kararı, KS: 05-88/1221-353, KT: 29.12.2005 “Sonuç olarak Turkcell abone merkezlerinin faaliyetleri iki gruba ayrılmaktadır. Birinci grupta acentelik hizmeti niteliğinde olan aktivasyon hizmetleri; ikinci grupta ise bayilik hizmeti niteliğinde olan ve yeniden satıcı sıfatıyla yapılan hizmetler yer almaktadır. Bu nedenle Turkcell'in TAM'larla yaptığı sözleşmeler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 27.08.2018).

²¹⁵ Bu husus 2002/2 Sayılı 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği için çıkarılan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzun 10. paragrafında şu şekilde belirtilmiştir “Müvekkil hesabına aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmelere ilişkin olarak acenteye getirilen sınırlamalar genellikle Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmadıkları için, prensip olarak muafiyet rejiminin de konusu değildir. Akdedilen anlaşmanın adının acentelik anlaşması olması, bu anlaşmanın kendiliğinden Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmadığı anlamına gelmemektedir. Burada, teşebbüsler arasındaki ilişkinin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olup olmadığını belirleyen faktör, acentenin, müvekkili tarafından atandığı faaliyetlerle ilgili olarak ticari veya mali bir risk alıp almadığıdır. Şayet, acente müvekkili adına yapmış olduğu ya da aracılık ettiği sözleşmeden dolayı herhangi bir mali veya ticari risk almamışsa, acente ile müvekkil arasındaki ilişki Kanun'un 4. maddesi kapsamı dışındadır. Böyle bir durumda, acentenin alış veya satış faaliyeti müvekkilin faaliyetlerinin bir parçası olarak değerlendirilir. Müvekkil teşebbüs, kendisine ilişkin acentelik hizmeti nedeniyle, mali ve ticari riskleri taşımasının karşılığında, acentenin bu alandaki ekonomik faaliyetlerini belirleyebilme hakkını elde edecektir. Aksi durumda ise, acente tüm bu risklere kendisi katlanmaktadır ve dolayısıyla yapmış olduğu yatırımların geri dönüşünü sağlayabilmesi için kendi pazarlama stratejisini özgürce belirleyebilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, söz konusu sözleşme Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilir ve Tebliğ kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulabilir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 27.08.2018).

²¹⁶ Kabul Tarihi:29.03.2018, Karar Sayısı:18-09/179-RM(1)

²¹⁷ Sayılan davranışların tahdidi olmadığına örnek olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Saraç, s. 738 vd. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 05-88/1221-353, KT: 29.12.2005 “Turkcell'den alınan fatura örnekleri incelendiğinde, ön ödemeli kartların mülkiyetinin distribütörlere ve onlardan bayilere geçtiği ve kart ücretlerinin Turkcell tarafından gelir olarak tahakkuk ettirildiği gözlenmektedir. Dolayısıyla ön ödemeli kartların dağıtımını ve satımını yapan bayilerin bu işlemlerde sadece aracılık ettiği ve herhangi bir ticari risk üstlenmediği şeklindeki iddiaların geçerliliği kalmamaktadır. Çünkü ön ödemeli kartların dağıtımını yapan bayilerin kartı mülkiyetine aldığı ve bu kartların bedeli ölçüsünde ticari risk altına girdiği yukarıda da belirtildiği gibi faturalardan görülmektedir. Sonradan ödemeli kartlarda da sim kartların mülkiyetinin bayiye aynı şekilde geçtiği; dolayısıyla aynı derecede olmasa da yine bir ticari risk üstlenildiği görülmektedir. ... Bu nedenle Turkcell'in TAM'larla yaptığı sözleşmeler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr

- Taşıma masrafları da dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin alım veya satımına ilişkin masraflara acentenin katkıda bulunması.

- Acentenin satış arttırma faaliyetlerine doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunmaya zorunlu tutulması²¹⁸.

- Stokta tutulan sözleşme konusu malların finansmanı ya da kayıp malların maliyeti gibi riskleri acentenin taşıması²¹⁹ ve satılmayan ürünleri acentenin müvekkile iade edememesi²²⁰.

(Son Erişim: 30.08.2018). Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10- 68/1445-545, KT: 28.10.2010 “Metro Organizasyon tarafından soruşturma aşamasında Kuruma tevdi edildiği üzere Trakya bölgesindeki hatlarda Volkan Metro (26 Aralık 2007 tarihli), Tekirdağ Metro (3.4.2008 tarihli), Fatih Turizm (29.01.2010 tarihli) ve Berk Metro (9.6.2009 tarihli) ile Metro Organizasyon arasında acentelik sözleşmeleri akdedilmiş durumdadır. Söz konusu sözleşmelerden Volkan, Berk ve Fatih Turizm’e ilişkin olan sözleşmeler, bu firmalara F1 ve F2 Yetki belgelerine dayanarak Metro Organizasyon adına yolcu biletlerinin satış işlemleri ile diğer acentelik hizmetlerini yürütmeleri konusunda yetki veren standart tip sözleşmelerdir. Tekirdağ Metro ile yapılan acentelik sözleşmesinde diğerlerinden farklı olarak, acentelik sözleşmesinin 2. maddesinde sözleşmenin konusu yolcu biletlerinin Metro adına acente tarafından satılması ve yolcu taşıma işleminin de bizzat acente tarafından gerçekleştirilmesi olarak belirlenmiştir. Yine diğer sözleşmelerden farklı şekilde, acentelik sözleşmesinin özel hükümlerine ilişkin maddesinin altıncı fıkrasında acentenin Metro dışında başka bir firma ile Metro’nun muvaffakiyetini almadan sözleşme yapmayacağı, muvafakat almadan sözleşme yaptığı takdirde Metro’nun hiçbir ihbar ve ihtara gerek kalmaksızın tek taraflı fesih hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. ... Metro Organizasyon’un acentelik sözleşmesine ilişkin hükümler aynı teşebbüslere isim kullanma hakkı tanıyan yönetim kurulu kararları ile birlikte değerlendirildiğinde Metro Organizasyon tarafından bu teşebbüsler ile gerçekleştirilen işbirliğinin Karayolu Taşıma Kanunu’nda belirtilen acentelik ilişkisinden daha ileri bir nitelik arz ettiği anlaşılmaktadır. ... Metro Organizasyon’un mevcut sisteminde ise işbirliği gerçekleştiren teşebbüsler acentelik sözleşmesinin yanı sıra Metro unvanını kullanma hakkını elde etmekte veya bu yükümlülük altına girmektedirler. ... Metro Organizasyon’un isim hakkını kullanarak işbirliği gerçekleştirdiği teşebbüslere kendi adına bilet satma yetkisi verdiği Bütünleşik Sistemi de bu anlamda bir dikey ilişkidir. Esasen bu durumun tüm acentelik sözleşmelerinin doğasında olan bir durum olduğu açıktır. Fakat yukarıda da izah edildiği üzere Metro Organizasyon sistemi içerisinde olan firmalar bunun ötesinde yetki ve yükümlülüklerle sahiptirler. İşbirliği gerçekleştiren teşebbüsler Metro Organizasyon unvanını kendi unvanlarına eklemenin ve Metro adına taşımacılık yapmanın yanı sıra sadece işbirliği yapılan güzergâhları için değil, internet sistemi sayesinde Metro’nun Türkiye’de faaliyet gösterdiği herhangi bir hat için bilet satabilme yetkisini haiz olmaktadırlar. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde Metro Organizasyon’un sistemi normal bir acentelik ilişkisinden ziyade dikey bütünleşik bir sistem yaratma özelliği ile dikkat çekmektedir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²¹⁸ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 06-04/59-17, KT: 26.1.2006 “Acenteler, faaliyetlerini belirli bir komisyon ya da ücret karşılığında yapan teşebbüslerdir. Diğer bir ifadeyle acentelerin geliri ürünlerin alımı ve tekrar satımı arasındaki fiyat farkından oluşmaz. Bu durum acentelerin ticari risk almamalarını sağlayan bir unsurdur. ... Bunların yanı sıra, yukarıda belirtildiği üzere, her ne kadar sözleşme ile bayilerin süresi içinde dağıttığı veya satışa sunulduğu halde satılmayan ürünleri Doğan Dağıtım’a iade edilebileceği düzenlenmiş ise de, sözleşmenin aynı maddesi ile (m. 5) bunun belirli bir iade marjına tabi kılınmış olması ve buna uyulmaması durumunda Doğan Dağıtım ya da yayınevının uğrayacağı zarardan bayinin sorumlu tutulması da, bayinin sözleşmelere sadece aracılık etmekle kalmayıp pazarlama, satış geliştirme faaliyeti sebebiyle ticari bir risk almakta olduğunu da ortaya koymaktadır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²¹⁹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 06-04/59-17, KT: 26.1.2006 “Acenteler, faaliyetlerini belirli bir komisyon ya da ücret karşılığında yapan teşebbüslerdir. Diğer bir ifadeyle acentelerin geliri ürünlerin alımı ve tekrar satımı arasındaki fiyat farkından oluşmaz. Bu durum acentelerin ticari risk

- Acentenin satış sonrası hizmet, tamir veya garanti hizmeti vermekle yükümlü tutulması²²¹.

- Acentenin, söz konusu pazarda faaliyet gösterebilmek bakımından gerekli olabilecek ve sadece bu pazarda kullanılabilecek yatırımlar yapmak zorunda bırakılması²²².

- Satılan ürünün sebep olduğu zararlardan dolayı üçüncü kişilere karşı acentenin sorumlu olması²²³.

almamalarını sağlayan bir unsurdur. ...Bunların yanı sıra, yukarıda belirtildiği üzere, her ne kadar sözleşme ile bayilerin süresi içinde dağıtıldığı veya satışa sunulduğu halde satılmayan ürünleri Doğan Dağıtım'a iade edilebileceği düzenlenmiş ise de, sözleşmenin aynı maddesi ile (m. 5) bunun belirli bir iade marjına tabi kılınmış olması ve buna uyulmaması durumunda Doğan Dağıtım ya da yayınevinin uğrayacağı zarardan bayinin sorumlu tutulması da, bayinin sözleşmelere sadece aracılık etmekle kalmayıp pazarlama, satış geliştirme faaliyeti sebebiyle ticari bir risk almakta olduğunu da ortaya koymaktadır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²²⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-26/292-162, KT: 17.07.2000 "...Satılmayan malı iade etme olanağı olsa dahi, bir bayinin, bayilik sözleşmesi gereği "dağıtım şirketinin veya başbayinin dağıtımını üstlendiği yayınların teşhir ve satışını sağlamak ve bu yayınları yeteri kadar bulundurmakla yükümlü" olduğu, elinde bulundurduğu yayınlar için teminat verme zorunluluğu ve paranın zaman maliyetinin bulunduğu dikkate alındığında, bayilerin satamadıkları mallara ilişkin olarak ticari risk aldıkları anlaşılmaktadır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²²¹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 05-44/634-166, KT: 08.07.2005 "Mevcut sözleşmeler çerçevesinde çözüm ortağı firmanın ücretsiz kurulum ve servis yükümlülüğü bulunmaktadır. ... Çözüm Ortaklığı Sözleşmesi ile firmalara getirilen söz konusu yükümlülük ve Dikey Rehberi'nin ilgili ifadeleri bu çerçevede değerlendirildiğinde, çözüm ortaklarının acentelik sıfatının devam ettiği görülmektedir. Çünkü çözüm ortaklarına, yapacak oldukları garanti kapsamındaki ücretsiz servis hizmeti için Türk Telekom tarafından ayrıca servis bedeli ödenmektedir. Bunun dışında, çözüm ortaklarına, kendi satacakları ADSL ürünleri (modemler) için 2 yıllık bir garanti yükümlülüğü getirilmekte ve kurulum-servis hizmetinin Firma tarafından sağlanması durumunda, bina içerisindeki bağlantılar ve modem ayarlarından kaynaklanan arızalardan çözüm ortağı firma sorumlu tutulmaktadır. Bu yükümlülük de sözleşmenin ilgili maddesinde belirtildiği ve yukarıda yer verildiği üzere sadece Türk Telekom tarafından getirilmiş bir yükümlülük olmayıp, 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile teşebbüslere getirilmiş bir sorumluluktur". Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²²² Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10-52/1056-390, KT: 05.08.2010 "Dikey anlaşmalara ilişkin kılavuzun acentelik sözleşmelerine ilişkin 10. paragrafında "teşebbüsler arasındaki ilişkinin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olup olmadığını belirleyen faktör, acentenin, müvekkili tarafından atandığı faaliyetlerle ilgili olarak ticari veya mali bir risk alıp almadığıdır." denilmektedir. Biletix, bilet satışlarına aracılık ederken futbol kulüplerine alelaide acentelik hizmetinin çok ötesinde hizmetler sunmaktadır. Özellikle internet ve çağrı merkezi aracılığı ile gerçekleştirilen bilet satışlarında aracılık hizmetlerine, kullanılan altyapı ile değer katılmaktadır. Yine de Biletix'in satılmasını üstlendiği biletlerin pazar başarısı anlamında bir risk üstlendiği de bir gerçektir. Dolayısıyla bilet fiyatlarının futbol takımları tarafından belirlenmesi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında bir sakınca yaratmamaktadır. Buna karşılık, elektronik satış platformu geliştirilmesi ve işletilmesi ve bu platform kullanılarak bilet satışlarına aracılık edilmesi başlı başına ticari bir faaliyettir ve acentelik sınırlarını aşan ticari yatırımlar yapılmasını ve riskler alınmasını bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıca konuya ilişkin analiz çerçevesinde dikkate alınması gereken bir diğer husus, sözleşmelere göre Biletix'in sunduğu hizmetin fiyatını kararlaştırılan bir takım sınırlar çerçevesinde serbestçe belirleyebildiğidir. Dolayısıyla inceleme konusu anlaşmaların, acentelik sözleşmeleri olarak değil hizmet satış sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

- Müşterilerin sözleşmenin şartlarını yerine getirmemesinden dolayı, acentenin, komisyonunu alamamasının dışında başka bir sorumluluk taşıması.

Acentenin bağımsız tacir olup olmadığı kılavuzda sınırlı olmayan hallerden birinin varlığı ile tespit edildiği takdirde, acentelik sözleşmesinden değil, bağımsız dağıtıcıdan bahsedilecektir. Ancak, acentenin varlığını tespit noktasında çeşitli tereddütler olduğu takdirde risk analizi yapılmalı ve bu analiz neticesine göre karar verilmelidir²²⁴.

cccc. Komisyoncu

Komisyonculuk faaliyeti TBK'nın 532'inci ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Komisyonculuk, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir²²⁵. Tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere komisyoncu taciri temsil yetkisini haiz olan tacir yardımcısı olup, işlemleri kendi adına yapar. Yapılan işlemlerden doğan hak ve borçlar komisyoncunun bizzat kendisine ait olup, müvekkilin hak ve borçların muhatabı olabilmesi için komisyoncunun yapılan işlemde doğan hak ve borçları müvekkile devretmesi gerekir. Komisyonculuk faaliyeti belirli bir ücret karşılığında yapılır ve kural olarak süreklilik arz etmez.

Komisyoncunun teşebbüs sıfatını haiz olup olmadığı bakımından değerlendirme yapıldığında; komisyoncu, icra ettiği işlemlerde hak ve borçlar kendisine ait olduğundan komisyonculuk faaliyetini sürekli olarak yapması şartıyla teşebbüs sayılacaktır²²⁶.

²²³ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 05-44/634-166, KT: 08.07.2005 “Dikey Rehberinde yer alan bu ifade aynen Komisyon Duyurusu’nda da yer almakla birlikte, bu Duyuruda, ayrıca, acenteye böyle bir sorumluluğun, ancak kendi kusuru varsa, yüklenebileceği belirtilmiştir. Buna göre, Çözüm Ortaklığı Sözleşmesinin 9. maddesinin (b) bendinde “Firma’nın kusurundan dolayı ortaya çıkabilecek ve üçüncü şahıslar tarafından açılacak her türlü dava, zarar veya ziyan taleplerine karşı, Firma sorumlu olacak, Türk Telekom bu kabil dava, şikâyet ve benzeri konulara hiçbir şekilde taraf ve muhatap olmayacaktır” şeklinde yer alan sorumluluğun, Komisyon Duyurusu’nda belirtildiği gibi çözüm ortağının kusuru bulunması halinde geçerli olması, Türk Telekom ile Firmalar arasındaki söz konusu ilişkiyi acentelik kapsamı dışına çıkarmamaktadır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²²⁴ Güven, s. 89; Saraç, s. 740.

²²⁵ Komisyoncu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, Ticari İşletme, s. 232 vd.; Bozkurt, Ticari İşletme, s. 423 vd.; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Nomer ve Ertan, s. 740 vd.

²²⁶ Ateş, Rekabet, s. 221.

ddddd. Gerçek Kişilerin Ekonomik Bütünlük Bakımından Değerlendirilmesi

Ekonomik bütünlük kavramı bakımından gerçek kişilerin durumu özel bir önem taşımaktadır; zira Rekabet Kanunu'nun özellikle 4'üncü, 6'ıncı ve 7'inci maddelerinin uygulanmasında gerçek kişilerin ekonomik bütünlüğünün tespitinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Ekonomik bütünlüğün tespiti bakımından Rekabet Kurulu'nun aynı soyadını taşıyan gerçek kişileri grup olarak tanımladığı kararlarının²²⁷ yanısıra, bir aileye ait olan ve beş farklı üyesinin eşit paylara sahip olduğu şirketin, bu ortaklardan birinin kontrol ettiği diğer bir şirket ile ekonomik bütünlük oluşturduğunu kabul eden kararları da mevcuttur²²⁸. Hatta Rekabet Kurulu bir kararında aynı soyadını taşımadıkları halde aradaki ekonomik ve ailevi bağlar sebebi ile teşebbüs sahiplerinin grup olarak nitelendirilmesi kanaatine ulaşmıştır²²⁹.

Rekabet Kurulu'nun Gıdasa- MSG kararında gerçek kişilerin ekonomik bütünlük halinin tespiti için gerekli olan koşullar şu şekilde belirlenmiştir; *“Ekonomik bütünlük olgusunun tanımlanması için izlenebilecek yol şu şekilde olmalıdır: 1) Kişiler ve/veya gruplar arasında ekonomik ve ailesel bağların bulunup bulunmadığının tespiti, 2) Ekonomik bağların temelleri, niteliği, büyüklüğü ve*

²²⁷ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 02-61/759-307, KT: 04.10.2002 *“Ortak kontrolün varlığı için şirketin her stratejik kararı üzerinde veto hakkına sahip olunmasının gerekmemesi, stratejik kararlardan bir ya da birkaçını içeren veto haklarının yeterli olması nedeniyle, bildirim konusu devralma işlemi öncesinde Parıltı A.Ş.'nin kontrolü Sofra Yemek A.Ş. ile Aydın ailesi arasında paylaşılmakta, diğer bir deyişle tarafların ilgili teşebbüs üzerinde ortak kontrolleri bulunmaktadır.”* Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²²⁸ Ateş s. 225. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 07-85/1039-401, KT: 08.11.2007 *“Buna göre, eski hissedarlardan sadece Hüseyin Güzel bütün hisselerini satmak yoluyla Misbis hissedarlığından çıkmaktadır. Anılan şahsın daha önce sahip olduğu 4.830 adet hissesi İbrahim Halit Çizmeci tarafından satın alınırken, bakiye 30 hisseden 10 hisse Caner Acar, 10 hisse Ertan Acar, 5 hisse Şemsi Kopuz ve 5 adet hisse İlhan İlmik tarafından satın alınacaktır. Yukarıdaki tabloda “Diğer Hissedarlar” olarak görülen şahısların toplam hissesi ancak %0,12 oranına tekabül etmekte ve belirleyici bir nitelik taşımamaktadır. Öte yandan, devralma ile birlikte İbrahim Halit Çizmeci %69,88 oranıyla çoğunluk hisseyi elde etmiş olacaktır.... Mevcut dosya bakımından, İbrahim Halit Çizmeci'nin tek başına Misbis'in çoğunluk hissesini satın alacak olması itibarıyla, işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (b) bendi anlamında bir devralma işlemidir.”* Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

²²⁹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-03/10-3, KT: 09.01.2001 *“Hisse Devir ve Temlik Sözleşmesinin, 'Sözleşmenin Konusu' başlıklı 3. maddesinde “İşbu Sözleşme'nin konusu; Satıcılar'ın hissedar oldukları yukarıda sicil numarası ve adresi yazılı Şirket'in toplam sermayesinin %70 ine tekabül eden beherinin nominal değeri 1.000.000 TL olan hisselerini bütün hak ve vecibeleriyle birlikte aşağıdaki şartlara uygun olarak Alıcılar'a devir ve temlik...” denilmek suretiyle, tamamı Koç Grubu'na bağlı olan alıcılara, Bilkom'un %70 hissesinin devredildiği belirtilmektedir.”* Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.08.2018).

bunların -varsa- bağımsız faaliyetlerle karşılaştırılması, 3) Bu tespitlere dayanarak kişilerin çıkar birliği (unity of interest) içinde olup olmadıklarının tespiti. Bu sistematik çerçevesinde elde edilen tüm bilgiler birlikte değerlendirilerek ilgili gerçek kişiler ve/veya grupların bir ekonomik bütünlük içinde yer alıp almadıkları belirlenmelidir.²³⁰”

Ekonomik bütünlüğün tespitinde aile bağları yönünde yapılan değerlendirmelerde çıkar birliği kavramının önem taşıdığı Rekabet Kurulu kararlarında vurgulanmaktadır²³¹. Rekabet Kurulunun bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir; “MMEKA Makine İthalat Pazarlama ve Ticaret A.Ş. hissedarlarından Mehmet Kazancı, Esin Kazancı, Begüm Kazancı ve Mustafa Kurnaz'ın Kazancı Holding A.Ş. ve dolayısıyla Aksa Elektrik Perakende Satış A.Ş. ile aynı ekonomik bütünlük içinde olduğuna ve 4054 sayılı Kanun kapsamında tek bir teşebbüs olarak kabul edilmesine” karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu yukarıda değinilen kararda AGS-Mercan kimya kararına da atıfta bulunarak ekonomik bütünlüğün tespitinde aile bağlarının tespitinin yeterli olduğunu belirtmekle birlikte, istisnai hallerde kardeşlerin kontrolü altında bulunan şirketlerin farklı teşebbüsler olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmiş ve bu nitelendirmenin de yalnızca şekil üzerinden değil, yapılandırmanın zamanlamasının, uygulanma biçiminin ve sonuçlarının da esasa olan etkisi dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir²³².

Daha önce de değindiğimiz Rekabet Kurulu’nun 08-12/130-46 sayılı kararında, aile bağları ve çıkar birliğinin tespitinde şu ölçütlerin kullanılmasını gerektiğini belirtmiştir;

“-“Teşebbüs”, “ekonomik bütünlük”, “kontrol” gibi kavramların değerlendirmesinde sadece şekil ve yapı değil, esasın da dikkate alınması gerektiğini, - Bu değerlendirmelerde “bağımsız karar verebilme” ve kararlar üzerinde “belirleyici etki”nin önem kazandığını,

- Hukuki veya fiili olarak gerçekleşecek belirleyici etki bakımından sadece somut ve gerçekleşmiş belirleyici etki unsurlarının değil, potansiyel olarak belirleyici etki uygulama olanağını veren unsurların da değerlendirmeye alınması gerektiğini,

²³⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 08-12/130-46, KT: 7.2.2008.

²³¹ Ateş, Rekabet, s. 226; Karamustafaoğlu, s. 252.

²³² Ateş, Rekabet, s. 226; Karamustafaoğlu, s. 252.

- Potansiyel olarak belirleyici etki uygulama olanağını, başka bir ifadeyle dolaylı kontrolün varlığını ortaya koymak için finansal kaynak ya da ailesel bağların yeterli olduğunu söylemek mümkündür.”

Belirtilen bu kıstaslarla birlikte değerlendirme yapıldığında sonuç olarak, Rekabet Kurulu gerçek kişiler bakımından ekonomik bütünlük tespiti yaparken tek teşebbüs, kontrol ve ekonomik bütünlük gibi şekli hususların yanısıra esasa ilişkin verileri de dikkate almakta ve aile bağlarının da bu noktada teşebbüs üzerinde kontrol sağlayan hususlardan biri olduğu kanaatine varmaktadır²³³. Sonuç olarak ifade edilebilir ki, Rekabet Kurulu bakımından ayrı tüzel kişiliğe sahip olan teşebbüsler aile bağları nedeni ile aynı ekonomik birlik ve bu nedenle de tek bir teşebbüs olarak kabul edilme imkanı mevcuttur²³⁴.

4. Teşebbüs Türleri

Rekabet Hukuku uygulaması bakımından teşebbüsleri dört başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar, gerçek kişiler, tüzel kişiler, tüzel kişiliği olmayan topluluklar ve son olarak ise kamu tüzel kişileridir.

a. Gerçek Kişiler

İktisadi bir faaliyeti bağımsız olarak yürüten gerçek kişinin rekabet hukukunun süjesi olması ve teşebbüs sayılması mümkündür²³⁵. TTK'nın 15'inci maddesinde esnaf tanımı yer almaktadır. Hükme göre; “İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır. Ancak, tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medenî Kanununun 950'nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanır.” Rekabet hukuku bakımından teşebbüs olarak kabul edilen gerçek kişinin tacir olması

²³³ Ateş, Rekabet, s. 227; Karamustafaoğlu, s. 252.

²³⁴ Karamustafaoğlu, s. 253.

²³⁵ Güzel, s. 62; Ateş, Rekabet, s. 227.

gerekli olmayıp, esnafların da teşebbüs olarak kabulü mümkündür²³⁶. Bunun sebebi rekabet hukuku bakımından teşebbüs sayılmak için iktisadi bir faaliyetin bağımsız olarak yürütülmesi olup, bedeni yahut sermaye esaslı faaliyet göstermenin rekabet hukuku açısından önem taşımamasıdır²³⁷. Bu kapsamda faaliyetini bedeni çalışmasına dayanarak sürdüren gerçek kişi başkasının emir ve talimatı ile bağlı olmaksızın bağımsız olarak faaliyetini sürdürdüğü takdirde teşebbüs sayılacaktır²³⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki, gerçek kişilerin faaliyetlerini bağımsız olarak yürütmeleri gerekli olup, iş yahut hizmet akdi çerçevesinde faaliyet gösteren gerçek kişilerin teşebbüs olarak kabulüne imkan bulunmamaktadır²³⁹. Esnafların yanısıra Gelir Vergisi Kanunu'nun 65'inci maddesinde faaliyetleri tanımlanan ve 66'ncı maddesinde serbest meslek erbabı olarak sayılan; gümrük komisyoncuları, borsa ajan ve acenteleri, noterler, avukatlar, müşavirler, dış protezcileri, müzik sanatçıları ve rehberler şeklinde örnek kabilinden sayılan kişiler ile mesleğini serbest olarak yürüten eczacılar, doktorlar, mimarlar, mühendisler vb. yürüttükleri ekonomik faaliyetler nedeniyle, teşebbüs olarak kabul edilebileceklerdir. Rekabet Kurulu'nun kararları da incelendiğinde fırıncıların²⁴⁰, minibüsçülerin²⁴¹, kamyoncu esnafının²⁴², eczacıların²⁴³, seslendirme sanatçıların²⁴⁴, mimar ve mühendislerin²⁴⁵ teşebbüs sayılması gerektiği yönünde pek çok karar mevcuttur.

²³⁶ Güzel, s. 62; Ateş, Rekabet, s. 228; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 122.

²³⁷ Güzel, s. 62; Ateş, Rekabet, s. 228.

²³⁸ Ateş, Rekabet, s. 228.

²³⁹ Ateş, Rekabet, s. 228.

²⁴⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-32/338-192, KT: 29.08.2000.

²⁴¹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-4/33-15, KT: 25.01.2000.

²⁴² Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-21/191-49, KT: 26.04.2001. “Haydarpaşa Gümrük Bölgesi ile Erenköy Gümrük Bölgesi'nde faaliyet gösteren teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerine, Halkalı Gümrük Sahası'nda faaliyet gösteren teşebbüs birliklerinin eylemlerinin ise Kanun'un 6. maddesine aykırı oldukları iddialarıyla ilgili soruşturma açılmıştır” ifadesi kullanılarak kamyoncu esnafının teşebbüs ve teşebbüs birliği sıfatını haiz olduğu kanaatine varılmıştır. Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).

²⁴³ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-8/72-34, KT: 24.02.2000. “Dolayısıyla, resmi kurumlara yapılan satışlarda ortak bir iskonto oranı uygulaması, 6643 sayılı “Türk Eczacıları Birliği Kanunu”nda TEB Merkez Heyeti'ne verilen bir görevin yansımaları olup 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi anlamında bir teşebbüs birliği kararının uzantısı olarak kabul edilmemiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).

²⁴⁴ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 05-44/636-168, KT: 08.07.2005. “Seslendirme sanatçıları da ekonomik faaliyetleri itibarıyla, Kanun'un 3. maddesinde yer verilen “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün 210 teşkil eden birimleri” şeklindeki tanım çerçevesinde teşebbüstürler..... Her biri iktisadi faaliyette bulunmak suretiyle teşebbüs olan seslendirme sanatçılarından oluşan Ses-Bir, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri” şeklindeki tanım uyarınca, bir teşebbüs birliğidir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).

Bu noktada değinilmesi gerekli olan son bir husus ise; taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine dayanması halinde iş görme edimini ifa eden kimsenin teşebbüs sıfatını haiz olup olamayacağının değerlendirilmesidir. Burada önem taşıyan husus ise eser sözleşmesi kapsamında edim ifasında bulunan kimsenin hizmet akdine kıyasla daha fazla bağımsız hareket yetisine sahip olmasıdır. Bu nedenle de kanaatimizce eser sözleşmesi kapsamında edim ifasında bulunan kimsenin somut olayın koşulları da nazara alınması koşulu ile teşebbüs sayılmasına engel bulunmamaktadır^{246 247}.

b. Tüzel Kişiler

Tüzel kişiler, hak kazanma ve borç altına girme ehliyetine sahip olup, ortak bir amacın devamlı olarak gerçekleştirilmesi sağlamak maksadı ile gerekli şekilde örgütlenmiş kişi yahut mal topluluklarıdır. Tüzel kişilerin teşebbüs olarak kabulü için de önemli olan husus iktisadi bir faaliyetin bağımsız olarak ifa edilmesi olup, tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi yahut kamu hukuku tüzel kişisi olması önem taşımadığı gibi, tacir sıfatına sahip olması da aranmaz²⁴⁸. Rekabet Kurulu kararlarında da şirketlerin, kooperatiflerin²⁴⁹, vakıfların²⁵⁰, spor kulüplerinin²⁵¹ teşebbüs sayılması gerektiği yönünde birçok kararı mevcuttur.

²⁴⁵ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10-21/281-105, KT: 04.03.2010.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Rekabet, s. 229 vd.

²⁴⁷ Gerçek kişiler bakımından Avrupa Birliği Komisyonu tarafından verilen kararlar için bkz. Official Journal L 157, 15/06/1978- RAI/UNITEL, Official Journal L 6, 13.1.1976- AOIP/Beyard.

²⁴⁸ Günay, s. 92; Aslan, Rekabet, s. 24; Ateş, Rekabet, s. 230; Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 115 vd. Bu husus Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesinin gerekçesinde de vurgulanmıştır.

²⁴⁹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10-01/8-6, KT: 06.10.2010 “4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihalden söz edebilmek için öncelikle bir teşebbüsün/teşebbüs birliğinin varlığı aranmaktadır. Kanun'un 3. maddesinde teşebbüs, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere teşebbüs kavramının ana unsurları ekonomik faaliyette bulunma ve ekonomik bağımsızlıktır. Bir başka deyişle, Kanun, iktisadi faaliyette bulunan bir birimin teşebbüs olabilmesi için bağımsız karar verebilmesini ve ekonomik olarak bir bütün oluşturmasını aramaktadır. Bu nedenle bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler, ayrı hukuki kişilikleri olmasına rağmen kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa, bu teşebbüsle tek ekonomik bütünlük oluşturmakta ve rekabet hukuku bakımından bu ana teşebbüsle birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmektedir. Tarım Kredi Kooperatifleri Teşkilatının örgütlenişi çerçevesinde ekonomik bütünlük kavramı değerlendirildiğinde, 1581 sayılı Kanun ve ilgili anasözleşmeleri gereğince bizzat veya iştirakleri aracılığıyla ekonomik faaliyette bulunan ancak yine anılan 530 düzenlemeler ile kooperatifler ve bölge birlikleri bakımından bağımsız karar verebilme kabiliyetleri kısıtlanmış ve ortağı oldukları üst birliklerin talimatlarıyla bağlı kılınmış özel hukuk tüzel kişilikleri karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, ayrı hukuki kişilikleri bulunmasına rağmen örgütlenişleri ve faaliyetleriyle ilgili olarak bağımsız karar veremeyen

c. Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Kendilerine Özel veya İnhisari Haklar Tanınmış Olan Teşebbüsler

Teşebbüs kavramının kapsamına özel hukuk tüzel kişilerinin yanısıra kamu tüzel kişileri de girebilir. Bu bağlamda devlete ait bir teşebbüs piyasada işletmeci

kooperatiflerin ve bölge birliklerinin ayrı ayrı teşebbüs niteliği taşıdıklarından bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla, hiyerarşik yapılanma çerçevesinde kooperatifler, bölge birlikleri ve Merkez Birliğinden oluşan Tarım Kredi Kooperatifleri Teşkilatının, kontrolüne sahip olduğu şirketler ile birlikte tek ekonomik bütünlük oluşturduğu, diğer bir deyişle rekabet hukuku anlamında teşebbüs niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).

²⁵⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 04-77/1096-276, KT: 02.12.2004, Rekabet Kurulu Kararı, KS: 12-35/1000-312, KT: 26.06.2012. *“Uluslararası Savunma Sanayii Fuarı’nın hazırlık, organizasyon ve icrası için gerekli hizmetleri sunacak yüklenici firmanın seçimine ilişkin ihalede TÜYAP’ın, İDTM ve TSKGV ile birlikte, İstanbul Fuarcılık’ın ihaleden elenmesi yönünde danışıklı hareket ettiği iddiası değerlendirilmiştir. TÜYAP ile danışıklı hareket ettiği öne sürülen İDTM fuar alanı işletmeciliği pazarında faaliyet göstermekte, TSKGV ise ihaleyi düzenleyen teşebbüs olarak yer almaktadır. Dolayısıyla her üç teşebbüs de birbirine rakip değildir”* ifadesi ile Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı teşebbüs olarak kabul edilmiştir. Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).

²⁵¹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-63/645-171, KT: 25.12.2001, Rekabet Kurulu Kararı, KS: 11-54/1385-495, KT: 27.10.2011. *“4054 sayılı Kanun’un yukarıda yer verilen maddelerinden anlaşılacağı üzere, ülkemizde rekabet hukuku kurallarının uygulanması bakımından kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında bir ayrıma gidilmediği gibi sektörel bir istisna da öngörülmemiştir. Dolayısıyla, spor sektöründe faaliyet gösteren kulüplerin veya federasyonların, teşebbüs veya teşebbüs birliği statüsüne sahip olmaları ve bu statüleri çerçevesinde iktisadi rekabeti bozucu nitelikte bir eylemde bulunmaları halinde, bu eylemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim gerek Kurulun gerekse dünyadaki çeşitli rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin spor sektörüne ilişkin uygulamaları incelendiğinde, sportif faaliyetlerin salt sportif yönünün yanında, iktisadi bir yönünün de bulunduğu genel olarak kabul edildiği ve bu sektörde faaliyet gösteren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin rekabeti bozucu nitelikteki eylemlerinin rekabet hukuku incelemelerine konu edildiği görülmektedir... Başvuru konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için, öncelikle iddia edilen şike eylemini gerçekleştiren spor kulüplerinin, söz konusu eylemleri, teşebbüs veya teşebbüs birliği statüsü çerçevesinde gerçekleştirmesi gerekmektedir. 4054 Kanun’un 3. maddesinde yer verilen teşebbüs tanımına göre, rekabet hukuku bakımından teşebbüs statüsünün iki temel koşulu, iktisadi faaliyette bulunma ve bağımsız karar verebilmedir. Spor kulüplerinin teşebbüs statüsü bu çerçevede incelendiğinde, 5253 sayılı Dernekler 130 Kanunu kapsamında bir dernek veya TTK hükümleri çerçevesinde bir şirket olarak kurulan spor kulüplerinin, üyelerinden veya ortaklarından bağımsız bir tüzel kişiliğe ve iradeye sahip olmaları nedeniyle bağımsız karar verme yeteneğini haiz oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Spor kulüplerinin iktisadi bir faaliyette bulunup bulunmadığı hususunun ise, inceleme konusu eylem özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir... Spor kulüplerinin faaliyetleri bu çerçevede değerlendirildiğinde, kulüplerin bilet satışı, yayın haklarının satışı, reklam ve sponsorluk haklarının satışı ve futbolcu transferi gibi alanlardaki faaliyetleri, doğrudan mal veya hizmet satışına yönelik iktisadi faaliyetlerdir. Dolayısıyla spor kulüplerinin bu alanlardaki faaliyetleri esnasında teşebbüs statüsüne sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, spor kulüplerinin söz konusu faaliyetleri gerçekleştirirken teşebbüs statüsüne sahip olması, bu kuruluşların sporla ilgili tüm faaliyetlerinde teşebbüs statüsünü taşıyacağı anlamına gelmemektedir. Spor kulüpleri tarafından gerçekleştirilen sportif müsabakalar, son tahlilde şampiyonluk primi elde etmek veya yayın havuzundan daha fazla pay almak gibi birtakım kazanç beklentilerini içinde barındırsa bile söz konusu kazançlar, doğrudan mal veya hizmet üretimi, satımı veya pazarlanması neticesinde elde edilen kazançlar olmayıp, sportif başarıya bağlı olarak elde edilen kazançlardır. Dolayısıyla, belirli bir iktisadi kazanç beklentisini içinde barındırsa bile sportif müsabakaların birer iktisadi faaliyet olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).*

statüsünde faaliyette bulunduğu takdirde rekabet hukuku kurallarına tabi olacaktır²⁵². Bu noktada önem taşıyan husus, devlete ait bir teşebbüsün Rekabet Hukuku uygulamasına tabi olabilmesi için teşebbüs sıfatını haiz olması önemli olup, tüzel kişiliğe sahip olup olmamasının yahut finanse edilme şeklinin herhangi bir önemi bulunmamasıdır²⁵³. Önemli olan husus ekonomik faaliyetini sürekli ve bağımsız karar olarak yerine getirmesidir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 106'ncı maddesinde kamu teşebbüslerinin rekabet hukukuna ait kurallara tabi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 106'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca Kamu teşebbüsleri ve üye devletlerin özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak üye devletler, bu Anlaşma'da yer alan özellikle 30 ve 101 ila 109'uncu maddelerde öngörülen kurallara aykırı hiçbir tedbir alamaz ve mevcut olanları da devam ettiremez. Maddenin ikinci fıkrasında ise, genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli veya mali nitelikli tekelleştirici teşebbüslerin, bu tür kurallar kendilerine verilmiş olan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemedikçe rekabet hukuku kurallarına tabi olacağı düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, devletin kamu teşebbüsü olarak faaliyette bulunduğu haller ile devletin kamu otoritesi olarak faaliyette bulunduğu durumlar birbirinden farklı olup, devletin ekonomik olmayan bir diğer ifade ile kamusal ihtiyaçlar sebebi ile ulusal güvenliğin sağlanması, adaletin tesis edilmesi faaliyetleri ekonomik nitelik taşımadığından Rekabet Hukuku kuralları kapsamında yer almazlar²⁵⁴. Bu bağlamda, Yasama Organı, Bakanlar Kurulu, Başbakanlık²⁵⁵ ve Bakanlıklar²⁵⁶, mahkemeler²⁵⁷

²⁵² Güven, Rekabet, s. 100.

²⁵³ Güven, Rekabet, s. 100; Selçuk, İlmütluhan, **AT Anlaşması'nın 86. maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar Türk Rekabet Hukukuna Etkileri**, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s.9 vd.; **Köksal**, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, ss. 16-17; Ege, Yavuz, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet", **Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu**, 5 Mart 2002, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 26; Ateş, Rekabet, s.237.

²⁵⁴ Güven, Rekabet, s. 101; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s. 119.

²⁵⁵ Ateş, dn. 505.

²⁵⁶ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-56/562-133, KT: 22.11.2001 "*Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, T.C.Sağlık Bakanlığı'na hologramlı şirink üreticisi özel şirketlerin, dönüşümlü polikarbonat su damacanalarına yönelik şirink üretme ve satma faaliyetlerini durdurulduğu, bu uygulamaya uyulmaması halinde yaptırım uygulanacağını belirtildiği, bu uygulama ile paralel olarak şirink üreticisi şirketlerin elinden alınan üretim, dağıtım ve satma hakkını kendi kurduğu Vakfa hasrederek ve piyasadaki satış fiyatı da ayrıca tespit edilerek, fiyatın serbest rekabet koşulları altında belirlenmesinin önüne geçildiği anlaşılmaktadır. Dosya mevcudu bilgilerden, Promodirekt Ltd.'in başvurusuna cevaben T.C.Sağlık Bakanlığı'nın yaptığı açıklamada, 181 sayılı Bakanlığın Teşkilat ve*

ve belediyeler²⁵⁸ tüzel kişiliğe sahip olup olmadığına bakılmaksızın Rekabet Kanunu kapsamında kabul edilmeyecek ve teşebbüs sayılmayacaktır²⁵⁹. Ancak, belirtilen kamu kurum ve kuruluşları piyasada iktisadi nitelikte faaliyet ifa ettikleri takdirde teşebbüs sayılacaktır²⁶⁰.

Kamu iktisadi teşekkülleri ile kastedilen, iktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşlarıdır. İktisadi devlet teşekkülü 233 Sayılı KHK'da sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsü olarak tanımlanmıştır. Kamu İktisadi Kuruluşu ise sermayesinin tamamı devlete ait olan, tekel niteliği taşıyan mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü kamu hizmeti sebebi ile de ürettiği mal ve hizmetleri imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsleridir.

Devletin bazı işletmelere özel ve inhisari haklar tanıdığı olması onların teşebbüs olarak kabulüne engel değildir²⁶¹. Genel ekonomik menfaate hizmet eden

Görevleri Hakkında KHK'nin 43. maddesine dayanarak TÜRKSEV ile protokol imzaladığı ve yapılan bu protokol ile hologramlı şirink yapma ve yaptırma yetkisinin bu Vakfa verildiği, bu Vakıf dışında hiç bir kişi ya da kuruma yetki verilemeyeceği gibi, kullanma yetkisinin de satılamayacağı belirtiltiği anlaşılmaktadır. Söz konusu KHK'nin 43. maddesi ise "Bakanlık kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir." şeklindedir. Bu çerçevede, şikâyet edilen taraf olan T.Cilt: Sağlık Bakanlığı'nın, 4054 sayılı Kanun'a aykırı uygulamalarının dayanağı olarak gösterilen ilgili KHK kapsamında anılan düzenlemeye gidip gidemeyeceği ve bu KHK'den kaynaklanan haklarını aştığı iddiasının muhatabının Rekabet Kurumu olmadığı, mevzuatın gösterdiği ilgili makamlara başvurulması gerektiği kanaatine varılmıştır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).

²⁵⁷ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 11-16/292-94, KT: 17.03.2011 "Şikâyet dilekçesinde, avukatların ticari taksiler ile hacze çıkamadıkları, savcılarının icra müdürlerini ATGV tarafından işletilen araçları kullanmaya yönlendirdiği ve bu nedenle ATGV araçlarının haciz işlemlerindeki ulaştırma hizmetlerinde tekel haline geldikleri ifade edilmektedir. Ancak, savcı ve icra müdürleri 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs olmadıklarından haciz işlemlerinde avukatların sadece ATGV araçlarını kullanmaya zorlanması davranışı Kanun'un 4. veya 6. maddesi kapsamında değerlendirilemez."

²⁵⁸ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10-42/727-234, KT: 10.06.2010 "Başvurunun konusunu Fethiye ilçesinde hafta sonu sadece iki berbere çalışma izni verilmesine ilişkin bir belediye encümeni kararı oluşturmaktadır... Bu çerçevede, başvurunun konusunu belediye encümeninin idari bir kararının oluşturduğu anlaşıldığından, konuya yönelik olarak işlem yapılmasına gerek bulunmadığı; bununla birlikte pazardaki rekabeti engelleyebilecek nitelikte eylemlerden kaçınılmasını teminen, Muğla Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği ve Fethiye Esnaf ve Sanatkarlar Odasına görüş bildirilmesinin yerinde olacağı kanaatine varılmıştır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.09.2018).

²⁵⁹ Güzel, s. 63; Köksal, Tunay, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar**, Rekabet Kurumu, 2002, s.90; Ateş, Rekabet, s. 233.

²⁶⁰ Ateş, Rekabet, s. 233. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 12-10/329-99, KT: 08.03.2012 "İlgili ürün pazarının "düğün/toplantı salonu işletmeciliği hizmetleri pazarı", ilgili coğrafi pazarın ise "Zonguldak ili Alaplı ilçesi" olarak tanımlandığı söz konusu olaya ilişkin tespitler kapsamında, Zonguldak ili Alaplı ilçesinde düğün/toplantı salonu işletmeciliği hizmetleri 60 pazarında sürekli olarak faaliyet gösteren üç adet teşebbüsün bulunduğu anlaşılmıştır (YAMANLAR, YILMAZLAR, Alaplı Belediyesi)" Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.09.2018).

²⁶¹ Günay, s. 94; Aslan, Rekabet, s. 24; Ateş, Rekabet, s. 236; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s. 120. (Danıştay Kararları Üzerine Verilen) Rekabet Kurulu Kararı, KS: 12-10/328-98, KT:

kamu teşebbüsleri ile kastedilen, belirli bir konuya ilişkin olarak kamu menfaatine hizmet eden konularda, bir veya birden fazla teşebbüse inhisari nitelikte haklar tanınmasıdır²⁶². Bu şekilde inhisari haklar tanınmasının sebebi ise, rekabetin sınırlandırılmasına göre daha üstün nitelikte ve genellikle toplum sağlığı bakımından risk taşıyan malların üretiminde olduğu gibi daha üstün bir kamusal yararın söz konusu olmasıdır²⁶³. Öğretide bir teşebbüsün genel ekonomik menfaate hizmet etmekle görevlendirildiğinin kabulü için çeşitli koşulların araması gerektiği belirtilmektedir. İlk koşul, tüm tüketicilere eşit biçimde hizmet etmekle görevli olması gerekir. İkinci olarak tekel olmanın ayrıcalıklarından yararlanması gerekir. Üçüncü olarak, sunulan hizmetin devlet tarafından yapılacak derecede önen taşınması gerekir. Ve son olarak yapılan hizmetin koşullarına ilişkin olarak düzenleme yapma yetkisinin hükümet tarafından verilmiş olması gerekliliği olarak belirtilmiştir²⁶⁴. Genel ekonomik menfaate hizmet eden kamu teşebbüsleri, tamamı ile Rekabet Kanunu uygulamasından muaf olmayıp, rekabet hukuku kurallarının uygulanması

08.03.2012. “Mevcut konumu ile TTAŞ, ses iletişimi ve telekomünikasyon altyapısı konusunda 2004 yılına kadar yasal tekel hakkına sahip, hizmetlerini imzalamış olduğu görev sözleşmesi çerçevesinde yürüten, özel hukuk hükümlerine tabi, sermayesinin tamamı Hazineye ait olan ve herhangi bir Bakanlık, Kurum ve Kuruluşa bağımlı olmaksızın kararlarını verebilen, KİT mevzuatına tabi olmayıp sadece Meclis denetimi altında faaliyet gösteren bir anonim şirkettir. Bu sebeple TTAŞ, 4054 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde yer alan teşebbüs tanımı kapsamında “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bütün teşkil eden” bir tüzel kişiliktir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.09.2018).

²⁶² Aslan, Rekabet, s. 25; Ateş, Rekabet, s. 236; Köksal, s. 29; Güven, Rekabet, s. 104. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal, Tunay, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:8, Ankara 2002, Tezcan, Ercüment, Avrupa Birliği’ndeki Yeni Gelişmeler Işığında Kamu Teşebbüsleri, Münhasır veya Özel Haklar ve Kamu Hizmeti, **Amme İdaresi Derneği**, Cilt: 33, Sayı: 4, Aralık 2000; Ege, Yavuz, Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 9, Ocak-Şubat- Mart 20002, s. 13-19; Tan, Turgut, Rekabet Hukuku Uygulamam Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti(Türkiye, Fransa ve İtalya), **Rekabet Dergisi**, Ekim-Kasım-Aralık, 2000, S.4 s. 3-42; Akıllıoğlu, Ethem, Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri ile Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart,2005, Sayı: 21, s. 22-57; Selçuk, İlmutluhan, Türk Rekabet Hukukunda Devlet Tekelleri ve Münhasır Haklar, **Rekabet Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran, 2004, S.18, s. 11-61; Selçuk, İlmutluhan, **AT Antlaşmasının 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar Türk Rekabet Hukukundaki Yeri**, RK Yayını, Ankara 2003; Ege, Yavuz, Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri: Yasal Tekeller ve Rekabet, **Kamu Tekelleri Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu**, 5 Mart 2002, RK Yayını, Ankara 2002; Özkan, Ahmet Fatih, Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları, **Rekabet Dergisi**, 2009, C.10(3), s. 115-209.

²⁶³ Aslan, Rekabet, s. 25; Ateş, Rekabet, s. 236.

²⁶⁴ Aslan, Rekabet, s. 25.

onların faaliyetlerini yerine getirmelerini engellemediği sürece rekabet hukuku kurallarına tabi olacaklardır²⁶⁵.

Hal böyle olmakla birlikte, Rekabet Kanunu'nun 2'inci maddesinin gerekçesinde, *"Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlara hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir."* ifadesi yer almaktadır. Bu yönü ile kanunkoyucu genel ekonomik menfaate hizmet etme görevi bir teşebbüse verilmesi halinde teşebbüsün ifa edeceği kamu menfaati rekabetin korunması ile

²⁶⁵ Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s. 42; Ateş, Rekabet, s.238; Tekinalp, Ünal, **Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu**, 5 Mart 2002, Ankara, Rekabet Kurumu, ss. 59-61; Öz, Gamze Aşçıoğlu, "Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku", **Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002**, C.I, s. 303; Aslan, Rekabet, s. 59; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s. 120; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 37; Arı, s. 150; Aslan, Rekabet, s. 25; Ateş, Rekabet, s. 237. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-17/150-39, KT: 06.04.2001. *"I-1. Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin, "Ankara İli şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarı"nda başka teşebbüslerin satış yapmasını engelleyecek şekilde kendisine sağlanan tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığına ve böylece 4054 sayılı Rekabet Kanunu'un 6. maddesini ihlal ettiğine; 2. Bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle aynı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin, 1998 mali yılı sonunda net kömür satışlarından oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden takdir edilen, 41.023.000.000.- (Kırkbirmilyarıymmüçmilyon) TL. idari para cezası ile cezalandırılmasına; 3. Kuruluş amacı Ankara halkına ucuz ve kaliteli kömür temin etmek olan Belko Ltd. Şti.'ne; kömür satış fiyatlarının, rekabetçi piyasalardaki fiyatlar ile kıyaslanabilir makul seviyelere indirilmesi gerektiğinin, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bildirilmesine 4054 sayılı Kanun'un 51/2. maddesine göre OYÇOKLUĞU ile; II. 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi çerçevesinde, Ankara Valiliği'ne, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na, İçişleri Bakanlığı'na, Çevre Bakanlığı'na, Sağlık Bakanlığı'na ve Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanlığı'na, ilgili REKABET KURUMU 61 pazardaki rekabet ortamının nasıl tesis edileceğine dair Rekabet Kurulu görüş ve önerilerinin bildirilmesine"* karar verilmiştir. BELKO'ya dair bir başka kararda ise Danıştay şu hususları vurgulamıştır; Danıştay Onuncu Daire, Esas No:2001/4817, Karar No: 2003/4770 *"BELKO'nun durumu ele alındığında, teşebbüsün yasal olarak sağlanmış bir tekel hakkının olduğu ve pazarın yeni girişlere mutlak anlamda kapalı olduğu görünmektedir. Üstelik başta fiyatlama olmak üzere gerçekleşmesi olası olumsuzlukları önüne geçilmesi için yasal düzenlemelerin yapılmadığı, fiyatlama stratejisinin tamamen teşebbüsün kendi takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır. BELKO'nun belirtilen durumu nedeniyle, uyguladığı fiyatlamanın, rekabetin işleyişine, pazara yeni teşebbüslerin girişine bir katkısı olamayacağından, BELKO'nun hakim durumunu kötüye kullanarak tüketicinin zararına ve piyasada haksız kaynak aktarımına yol açacak şekilde aşırı fiyat uyguladığının tesbiti halinde rekabet düzenlemesinin asli amacına aykırı olacak bu eyleme rekabet kuralları aracı lığıyla müdahale edilmesinde sakınca bulunmamaktadır."* Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.09.2018).

korunmak istenilen menfaatten daha üstün olduğu takdirde, rekabet hukukuna dair kurallar ikinci derecede önem arz edecektir²⁶⁶.

d. Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklar

Rekabet hukuku kuralları açısından teşebbüs olarak kabul edilebilmek için tüzel kişiliğe sahip aranmadığından, bir grup kimsenin yahut malın biraraya gelmek/getirilmek sureti ile meydana gelen topluluğun teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkündür²⁶⁷. Bu noktada adi şirketin, miras şirketinin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre eseri birlikte meydana getiren kimselerin, patent ve faydalı model, tasarım, yalı iletken topoğrafyalar gibi fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan bir fikri ürünü birlikte meydana getiren birden fazla kişinin, dernek, vakıf, şirket veya kooperatiflerin tüzel kişilik kazanmadan önceki aşamalarında birarada bulunan kimseler tüzel kişiliği haiz olmayan topluluklardır. Gerçek kişilerin yanısıra tüzel kişiliği haiz olan şirketler, dernekler, vakıflar, kooperatifler gibi birden fazla belediye yahut il özel idaresi gibi kamu tüzel kişileri arasında da tüzel kişiliği olmayan yeni bir topluluğun oluşması mümkündür. Bu halde Rekabet Kurulu kararlarında da belirtildiği üzere, bu tip toplulukların da teşebbüs yahut teşebbüs birliği olarak kabul edilmesi mümkündür²⁶⁸.

²⁶⁶ Ateş, Rekabet, s. 238. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 09-47/1166-298, KT: 14.10.2009. “TMO Ana Statüsü 4. maddesinde belirtildiği üzere, TMO’nun kurulma amacı, yurtda hububat fiyatlarının üreticiler yönünden normalin altına düşmesini ve “tüketici halk” aleyhine anormal derecede yükselmesini önlemek, bu ürünlerin piyasasını düzenleyici tedbirler almak ve gerektiğinde Bakanlar Kurulu Kararı ile hububat dışındaki diğer tarım ürünleri ile ilgili verilecek görevleri yürütmektir. Bu madde uyarınca TMO, hububat grubuna giren pirinçle ilgili piyasayı düzenleyici tedbirleri kendisi almakta iken, bakliyat grubunda olan kırmızı mercimekle ilgili olarak piyasayı düzenleyici bir tedbir alabilmesi için Bakanlar Kurulu tarafından kendisine yetki verilmesi gerekmektedir.... TMO’nun faaliyet amacının hububat fiyatlarının üreticiler yönünden normalin altına düşmesini ve tüketici aleyhine anormal derecede yükselmesini önlemek olduğu, dolayısıyla ortaya çıkan fiyat maliyetin altında olsa bile buradaki amacın rakiplerin dışlanması değil, genel ekonomik menfaatin sağlanması olduğu kanaatine varılmıştır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.09.2018).

²⁶⁷ Ateş, Rekabet, s. 234.

²⁶⁸ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 99-13/99-40, KT: 04.03.1999. “BİAK, tüzel kişiliği bulunmayan, Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan okurluk araştırmalarına benzer nitelikte bir araştırmayı gerçekleştirme ve finanse etme amacı ile biraraya gelen reklam ajansları, reklamverenler ve mecra kuruluşları temsilcilerinden oluşan, projenin işletilmesinden ve koordinasyonundan sorumlu kuruldur.... Satışa arz ettikleri gazete, dergi ve işlevleri gereği ifa ettikleri hizmet nedeniyle basın kuruluşlarının bir teşebbüs olduklarına kuşku bulunmamaktadır. BİAK üyesi diğer kuruluşlar olan Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği de yine teşebbüslerden oluşan ve tüzel kişiliği haiz teşebbüs birlikleridir. Dolayısıyla BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulunduran bir teşebbüs birliğidir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.09.2018). Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, Aslan,

e. Teşebbüs Birliği Kavramı

aa. Tanım

Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesi kapsamında düzenlenen idari para cezasının muhatabı olan diğer bir rekabet hukuku süjesi ise teşebbüs birliğidir. Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinde teşebbüs birliği, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler olarak tanımlanmıştır²⁶⁹. Avrupa Birliği hukukunda, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 105'inci maddesinde teşebbüs birliklerinin rekabete aykırı kararlarını yasaklamış olmakla birlikte, teşebbüs birliğinin tanımı yapılmamıştır. Teşebbüs birliği Komisyon ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında, teşebbüs birliklerinin salt teşebbüslerden oluşabileceği gibi, teşebbüs birliklerinin biraraya gelmesiyle oluşturdukları üst birlikler federasyon, konfederasyon şeklinde de olabileceği ifade edilmiştir²⁷⁰.

bb. Unsurları

Teşebbüs birliği bakımından kanunda yapılan tanım değerlendirildiğinde, rekabet hukuku kuralları bakımından teşebbüs birliği olarak kabul edilebilmek için gerekli olan şartlar şunlardır; İlk olarak en az iki teşebbüsün varlığı gereklidir. İkinci

“Rekabet Kurumunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, Haziran 2000, Sayı: 2, s. 3-36.

²⁶⁹ Topçuoğlu, m. 3'deki tanımın yetersiz olduğu, zira kendi ihtiyarları dışında kanunen oluşturulmuş odalar yahut birliklerin de Kanunun uygulama alanı içine gireceğini söylemektedir. Bkz. Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.183. Topçuoğlu, teşebbüs birliğini: “hukuken ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız, “teşebbüs” niteliği taşıyan, genel olarak üyeler arasındaki menfaatlerin korunması amacıyla yönelik ve hukuki bir ilişkiye dayanan (tüzük, sözleşme vs.), iradi veya kanunla kurulmuş her türlü kişi topluluğu” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Topçuoğlu, Metin, Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.50, S.4, 2001, s.164; Aslan ise, teşebbüs birliğini: “teşebbüslerin ortak mesleki amaçlara ulaşmak için oluşturdukları tüzel kişiliği olan ya da olmayan sürekli birliklerle, kamu tüzel kişiliğine ya da özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olacak şekilde kanunla kurulan her türlü birliklerdir” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Aslan, Yeni Bir Kanun Önerisi, s. 13. Teşebbüs birlikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Özden, **Profesyonel Meslek Birlikleri**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Yayın No: 0151, Ankara 2004.

²⁷⁰ Bu yönde kararlar için bkz. Re Cecimo/Komisyon, L 69/13 (1969) ABRG, (1969) CMLR D1; Donk-CBR, (1978), 2 CMLR 194; FRUBO / Komisyon, 71/74 (1975) ABKD 563; ANSEU/NV.International Belgium AZ/Komisyon, birleşik dava 96-102-104-105-108/82 (1983) ABKD 3369, (1984) 3, CMLR 276.

olarak, teşebbüslerin belirli bir amacı gerçekleştirmek gayesi ile biraraya gelmiş olması gerekir. Son olarak ise teşebbüslerin sürekli olarak biraraya gelmiş olması aranır.

aaa. Birden Fazla Teşebbüsün Varlığı

Teşebbüs birliğinden bahsedebilmek için gerekli olan ilk koşul, teşebbüs birliğini meydana getirecek birden fazla teşebbüsün varlığıdır. Bu bağlamda Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinde teşebbüslerin oluşturduğu birliklerden bahsetmek için en az iki teşebbüsün varlığı gerekli olup, tek teşebbüsün kanun anlamında teşebbüs birliği oluşturması mümkün değildir²⁷¹. Bu bağlamda teşebbüs birliğinden bahsedebilmek için teşebbüs birliğini oluşturan süjelerin teşebbüs sıfatını haiz olması gerekir. Bir diğer ifade ile teşebbüs birliğini meydana getiren süjelerin ekonomik faaliyette bulunması ve iktisaden bağımsız karar verebilme yetisine sahip olması gerekir²⁷². Teşebbüs unsurlarını taşımayan örneğin bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunmayan işletmeler arasında kurulan fiili yahut hukuki birliktelikler teşebbüs birliği olarak değil, konzern yahut holding olarak nitelendirilecektir²⁷³.

Bu bağlamda, işverenin emir ve talimatları altında bedeni yahut fikri emeği ile hizmet sunan işçi ve memur sıfatını haiz kimseler rekabet hukuku kuralları bakımından ekonomik faaliyet ve bağımsızlık kriterini sağlamadığından dolayı teşebbüs sayılmadıkları için işçi ve memur sendikaları da teşebbüs birliği olarak kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte, gerçek kişiler yahut tüzel kişilerce kurulup kurulmadığı önem taşımaksızın işveren sendikaları ve üst kuruluşları ile birden fazla teşebbüs birliğinin biraraya gelerek federasyon yahut birden fazla federasyonun biraraya gelerek oluşturduğu konfederasyonlar da rekabet hukuku kuralları bakımından teşebbüs birliği sıfatını haiz olacaktır²⁷⁴.

²⁷¹ Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s. 123; Ateş, Rekabet, s. 244.

²⁷² Ateş, Rekabet, s. 244.

²⁷³ Sanlı, Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, s. 38; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s. 123; Ateş, Rekabet, s. 244; Güzel, s. 65.

²⁷⁴ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 183; Akıncı, s. 178; Ateş, Rekabet, s. 244. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10-56/1078-407, 26.08.2010 “*Şikayet tarihleri itibarıyla sayıları yaklaşık 19.000 olan eczacıların çoğunluğu eczane sahibidir. Eczane sahibi olmayan eczacıların bir kısmı ecza depolarının sahibi veya mesul müdürü konumundayken, geriye kalanlar sağlayıcı firmaların yanı sıra Sağlık Bakanlığı ve üniversiteler gibi kurumlara bağlı olarak çalışmaktadır. Görülmektedir ki, eczacıların büyük çoğunluğu pazarda hizmet sunumunda bulunan birimlerin (eczanelerin veya ecza*

bbb. Belirli Bir Amacın Varlığı

Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinde teşebbüslerin belirli bir amaç çerçevesinde biraraya gelmiş olmasını aramaktadır. Bu bağlamda teşebbüs birliğinden söz edebilmek için üyeleri arasında dayanışma ve işbirliğinin sağlanması yahut faaliyetlerini devam ettirdikleri alanda yaşanan sorunların çözümü gibi amaçlarla biraraya gelmeleri gerekmektedir²⁷⁵.

Rekabet Kanunu'nda teşebbüs birliği tanımı yapılırken teşebbüs birliğinin amacı konusunda herhangi bir konu sınırlandırılması yapılmadığından, doktrinde teşebbüs birliğini biraraya getiren amacın önem taşımadığı kabul edilmektedir²⁷⁶. Bu nedenle de teşebbüslerin bir araya gelmesiyle güdülen amacın ticari nitelik taşıması gerekmediği gibi, teşebbüs birliğinin ticari ve ekonomik faaliyette bulunması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu bağlamda teşebbüslerin biraraya gelmesindeki amacın sosyal, sportif, bilimsel yahut hayır amaçlı olması da mümkündür. Burada belirtmek gerekir ki, teşebbüs ile teşebbüs birliği arasındaki en belirgin fark, iktisadi faaliyet unsurudur; zira teşebbüs sıfatını haiz olabilmek için iktisadi faaliyette bulunması zorunlu olduğu halde, teşebbüs birliğinin doğrudan ekonomik amaç gütmesi şart değildir. Bununla birlikte, teşebbüs birliği de bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunuyor yahut üyeleri adına ticari nitelikte faaliyet gösteriyorsa kendisi de aynı zamanda teşebbüs olarak değerlendirilebilir²⁷⁷. Bu durumda birden fazla teşebbüs, iktisadi ve ticari nitelik taşıyan bir teşebbüs birliği olarak bir araya geldiği takdirde meydana gelen oluşumun teşebbüs olarak nitelendirilmesi sonucunda, Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında teşebbüsler arasında gerçekleştirilen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yahut kanunun 7'inci maddesi kapsamında yoğunlaştırmaya sebep olan birleşme yahut devralma işlemi söz konusu olabilir²⁷⁸.

depolarının) sahibi veya temsilcisi konumundadır. Buna bağlı olarak, eczacı odaları ve bunların üst kuruluşu olan TEB'in bünyesinde, teşebbüslerin iradesi temsil edilmektedir. Bu çerçevede, TEB ve bağlı eczacı odalarının 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliği olduğu açıktır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 15.09.2018).

²⁷⁵ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 124; Ateş, Rekabet, s. 245.

²⁷⁶ Akıncı, s. 283; Aslan, s. 371; Ateş, Rekabet, s. 245.

²⁷⁷ Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 283; Aslan, Teori, s. 371; Ateş, Rekabet, s. 246.

²⁷⁸ Ateş, Rekabet, s. 246. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 08-34/456-161, 20.05.2008 "...Aküçev'in, Kanun'un 7. ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(c) maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için gereken "ortak kontrolün varlığı, bağımsız iktisadi varlık olma, rekabeti kısıtlayıcı amaç ya da etkinin

Teşebbüs birliğinin kendisini meydana getiren teşebbüslerden bağımsız olarak hukuki statüleri gereğince sahip olabileceği işlevlerden birinin iktisadi faaliyet oluşturmaya örnek olarak kooperatifler ve fikir ve sanat eserleri sahipleri tarafından kurulan telif birlikleri gösterilebilir. Rekabet Kurulu da çeşitli kararlarında kooperatifleri²⁷⁹ ve telif meslek birliklerini teşebbüs olarak kabul edilebilmesinin yanı sıra, eser sahibi meslek birliklerinin de teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkündür²⁸⁰.

ccc. Herhangi Bir Şekilde Gerçekleştirilen Birlikteliğin Devamlılığı

Teşebbüs birliğinin varlığından bahsedebilmek için, rekabet hukuku anlamında teşebbüslerin bir araya gelmesi ile meydana gelen bir gruplaşma ve fiili birlikteliğin mevcut olması gerekir. Bu noktada önem taşıyan husus, teşebbüslerin

olmaması” koşullarından sadece ilkinin haiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Aküçev kuruluş sözleşmesinin, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında kurucu taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayan ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olan bir işbirliği anlaşması olduğu sonucuna ulaşılmıştır..... “AKÜDER Atık Yönetim Planı”nda ve bu plan çerçevesinde yapılacak tüm sözleşmelerde gerekli değişikliklerin yapılarak gerekçeli kararın tebliğini takip eden 60 gün içinde Rekabet Kuruluna tevsik edilmesine, bu süre içinde de rekabeti ortadan kaldıran faaliyetlerden kaçınılmasına, Aküçev Atık Akü Toplama ve Taşıma San. ve Tic. A.Ş.’nin ana sözleşmesinde düzenlenen faaliyet konusunun değiştirilmesine ya da hukuki varlığının sona erdirilmesine, buna ilişkin işlemlerin gerekçeli kararın tebliğini takip eden 60 gün içinde yapılarak, Rekabet Kuruluna tevsik edilmesine, karar verilmiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018).

²⁷⁹ Ateş, Rekabet, s. 246. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 08-05/59-16, 16.01.2008 “Kooperatiflerin; hissedarları adına pazarlama faaliyetlerinde bulunduğu, fiyat tespiti yaptığı, fiziki zorunluluklar nedeniyle sıra ve havuz sistemlerinin uygulandığı bilinmektedir. Rekabet Kurulunun önceki kararlarında da, kooperatiflerin birbirleri ile fiyat tespitine yönelik anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri bulgusuna dayanarak cezalandırıldıkları haller bulunmakla birlikte, kooperatiflerin kendi hissedarlarına yönelik yukarıda değinilen faaliyetlerine ilişkin herhangi bir karar alınmamıştır. Dolayısıyla Kooperatiflerin eylemlerinin Rekabet Hukukuna uyarlılığı değerlendirilirken kendi hissedarlarına yönelik fiyat belirlemelerinin Rekabet Hukuku hükümlerine herhangi bir aykırılık içermediği değerlendirilmiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018).

²⁸⁰ Ateş, Rekabet, s. 247. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 02-27/290-118, 07.05.2002 “FSEK uyarınca hak sahipleri; müzik eserleri sahipleri, yapımcıları ve yorumcuları olarak çeşitli mali haklara sahip olan veya asıl iştiğal konusu bunlar olmamakla birlikte miras, satın alma vb. yollarla bu hakları devralmış olan gerçek veya tüzel kişilerdir. Hak sahipleri, gerek tek başlarına, gerekse meslek birlikleri aracılığıyla bu hakları ticari faaliyete konu etmeleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun açısından teşebbüstürler. MESAM, MÜYAP, MÜYORBİR ve RATEM de FSEK uyarınca eser sahiplerinin ve komşu hak sahiplerinin haklarının takip ve tahsili için kurulmuş meslek birlikleridir. Bu açıdan bakıldığında bunların da “teşebbüs birlikleri” olduğu söylenebilir. Meslek birliklerinin üyelerinin haklarını kullanma biçimi, üyeler adına sözleşme yapılması, elde edilen bedelin bir kısmının doğrudan meslek birliğinin geliri olması, üyelerin kendi eserlerinin bedelini tayin etme imkanlarının olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kâr amacı gütmemeseler dahi üyeleri adına ticari faaliyette bulundukları ve elde edilen gelirin üyeler arasında paylaştırıldığı görülmektedir. Bu nedenle, meslek birliklerinin 4054 sayılı Kanun’un 3. maddesi kapsamında “teşebbüs” olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018).

belirli amaçlar için sürekli veya en azından süreklilik niyetiyle bir araya gelmeleridir. Rakiplerin ortak sorunları veya piyasa koşullarını görüşmek için ya da rekabeti kısıtlamak için ortak karar almak amacı ile bir defalık bir araya gelmeleri birlik olarak nitelendirilemez. Birliği, biraraya gelmelerden süreklilik unsuru ayırmaktadır²⁸¹. Önemli olan beraberliğin uzun dönem için planlanmış olması olup, aksi takdirde bu beraberlik, uyumlu eyleme yönelik bir toplantı olarak nitelendirilecektir²⁸². Değinilmesi gerekli olan diğer bir husus ise özellikle tüzel kişiliğe sahip olmayan fiili birlikteliklerin devamlılığının tespiti hususudur. Zira, süreklilik niyeti olmaksızın, evlilik törenleri, doğum ve ölüm törenleri gibi süreklilik niyeti olmadan ve belirli periyodlarda yapılan etkinlikler teşebbüs birliği sayılmaya imkan vermemekle birlikte bu haller diğer koşulların mevcudiyetinin ispatı halinde sosyal temasın varlığına karine teşkil ederler²⁸³.

cc. Teşebbüs Birliğinin Türleri

Rekabet Kanunu kapsamında teşebbüs birliği sayılabilmek için özel hukuk yahut kamu hukuku mevzuatı çerçevesinde kurulmuş tüzel kişiliğe sahip olmaları yahut kanunla veya iradi olarak kurulmuş olmaları ve hatta tüzel kişiliği haiz olup olmamaları önem taşımamaktadır. Teşebbüs birlikleri bakımından birçok tasnif yapmak mümkündür. Örneğin, teşebbüs birliklerini tüzel kişiliğe sahip olup

²⁸¹ Topçuoğlu, Teşebbüs, s. 135; Akıncı, s. 283.

²⁸² Sanlı'ya göre, sürekli olmayan fiili birliktelikler "teşebbüs birliği" olarak değil, koşulları gerçekleştiği takdirde ancak "uyumlu eylem" kapsamında mütalaa edilebilir. Kerem Cem Sanlı, **Topluluk Hukuku, Kamu Hizmeti ve Rekabet**, 2000, s. 38. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-35/392-219, 18.09.2000 "Ankara Valiliği'nden edinilen bilgiye göre, söz konusu derneğin kurulması amacıyla Valiliğe kuruluş bildirisi vermek suretiyle herhangi bir girişimde bulunulmamış ve dernek organlarını oluşturmak amacıyla herhangi bir toplantı yapılmamıştır. Dolayısıyla, soruşturma kapsamında yapılan araştırmalar çerçevesinde elde edilen bilgiler ışığı altında, Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği adında tüzel kişiliği haiz bir derneğin varlığına ilişkin hukuki bir belge bulunamamıştır. Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde teşebbüs birliği, "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri" ifade edeceği hüküm altına alınmıştır. Ankara'daki oluşuma bakıldığında, tüzel kişiliği haiz olmasa bile en azından bir teşebbüs birliği gibi davranan ve düzenli olarak toplanıp kararlar alan bir yapılanmaya da rastlanmamıştır. Bu nedenle, soruşturmanın hukuken ve fiilen var olmayan Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği'ne ilişkin kısmında herhangi bir teşebbüs birliği karar ve eyleminden söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018).

²⁸³ Ateş, Rekabet, s. 248.

olmamasına göre, kamu veya özel hukuk tüzel kişiliği olup olmadığına göre, yahut kanunla kurulup kurulmadığına göre ayrımlara tabi tutmak mümkündür²⁸⁴.

Kanunla kurulup kurulmadıkları bakımından ayırım yaptığımızda bir grup teşebbüs birlikleri Anayasa'nın 135'inci maddesi uyarınca kanunla kurulup kamu tüzel kişiliği sıfatını haizdirler. Kamu kurumu niteliğindeki teşebbüs birlikleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belirli bir mesleğe mensup olanların ortak ihtiyaçlarını gidermek, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlük ve güven esaslı meslek disiplini ve ahlakını korumak amacı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişilikleridir²⁸⁵. Bu tanım uyarınca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kanunla kurulan, organlarını kendi üyeleri arasından seçen, kuruluş amaçları çerçevesinde özerk bütçeye sahip olarak faaliyet gösteren kuruluşlardır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi içerisinde yürütülen ekonomik faaliyetin niteliğine göre mesleki birlikler ve iktisadi ticari birlikler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mesleki birlikler avukatlık, eczacılık, doktorluk gibi serbest meslek mensuplarının bağımsız iktisadi faaliyet olarak mesleklerini icra edebilmeleri için üye olmak zorunda oldukları örgütleri ifade etmektedir²⁸⁶. Gerçek kişilerin teşebbüs sayılması konusunda ifade edildiği gibi, mesleğini bağımsız şekilde icra ederek iktisadi faaliyette bulunan gerçek kişiler de teşebbüs niteliğini haiz olduklarından dolayı bu meslek mensupları gruplarında yer alan avukatlar için barolar, doktorlar için tabip odası, eczacılar için eczacılar odası, mühendis ve mimarlar için mimar ve mühendisler odası bu meslek gruplarının teşebbüs birliğini oluşturmaktadır²⁸⁷.

İktisadi birlikler ise ağırlıklı olarak ticaret, sanayi, tarım, denizcilik gibi sektörlerde faaliyette bulunan teşebbüslerin üye olmak zorunda oldukları teşebbüs

²⁸⁴ Ateş, Rekabet, s. 249.

²⁸⁵ Güven, Ders Kitabı, s. 79.

²⁸⁶ Ateş, Rekabet, s. 253. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Elçin, Sezin, Profesyonel Hizmet Faaliyetleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları-Dünya Örnekleri, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart, 2006, Sayı: 25, s. 29-52; Özden, Mehmet, **Profesyonel Meslek Birlikleri**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2004; Çokgezen, Murat/Toksoy, Fevzi, Profesyonel Mesleklerde Regülasyon, Dereğülasyon ve Rekabet Hukuku, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı**, Yayınlanmamış Tebliğ Metni, 16.05.2013, Ankara.

²⁸⁷ Ateş, Rekabet, s. 253.

birliklerini ifade eder²⁸⁸. Bu kapsamda örneğin sanayi odası, ticaret odası, ziraat odası iktisadi faaliyetin piyasada gerçekleştirilmesi maksadı ile üye olunması gerekli olan teşebbüs birlikleridir. Esnaf ve sanatkarlık faaliyetini ifa edenlerin de kendi meslek dalı için kurulmuş olan dernek yahut oda şeklinde kurulmuş olan yarı resmi teşebbüs birliklerine üye olmaları gerekmektedir. Rekabet Kurulu kararlarında bu niteliği haiz birliklerin üyeleri teşebbüs, birlikler ise teşebbüs birliği olarak nitelendirilmektedir²⁸⁹.

²⁸⁸ Ateş, Rekabet, s. 254.

²⁸⁹ Ateş, Rekabet, s. 254.. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 02-04/40-21, 22.01.2002 “TMMOB Şehir Plancıları Odası 31.5.2001 tarih ve 2306 sayılı birinci yazılı savunmasında; “4054 sayılı Kanundaki tanımlardan yola çıkarak TMMOB ve bağlı odaların teşebbüs birliği olduğu ve üyelerinin de teşebbüs oldukları tespitleri yanlış temellere dayanmaktadır. Zira TMMOB ve bağlı odalar...6235 sayılı Kanun ile Yasama Organı tarafından kurulmuştur ve ...üyeleri arasında kamuda görevli personeli de bulunmaktadır.” denilmiştir. TMMOB ve TMMOB Şehir Plancıları Odası’nın savunmalarında, yapı sürecinin kamusal bir faaliyet olduğu, yapı sürecinde yer alan mimar ve mühendislerin kamu hizmeti ifa ettikleri, serbest meslek mensubu mimar ve mühendislerin Ticaret Odası üyesi ve işletme olmadıkları için rekabet hukukunun da süjesi olmadıkları, üyelerinin ticaret odalarına üye teşebbüslerden farklı bir zeminde faaliyet gösterdikleri, üyelerinin sermaye şirketi olmayıp gerçek kişilerden oluştuğu, bu nedenle üyelerinin teşebbüs olarak nitelendirilmesinin olanaklı olmadığı belirtilmektedir. TMMOB’un ikinci yazılı savunmasında; 4054 sayılı Kanun’un 3. maddesindeki “Teşebbüs Birliği” tanımına göre TMMOB ve bağlı odaların iktisadi teşekküller olmadığı, TMMOB Yasası’nın 2. maddesindeki amaçları gerçekleştirmek için kurulmuş kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu, meslek mensuplarının odalara üye olmalarının 6235 sayılı Kanun’un 33. maddesi gereğince zorunlu olduğu, dolayısıyla meslek odaları ve odalara üye meslek mensupları arasında “teşebbüsler” ve “teşebbüs birlikleri” arasındaki “belirli amaçlara ulaşmak” biçiminde tecelli eden iradi bir ilişki bulunmadığı, sadece %15 lik bir bölümün serbest çalışarak kamu hizmeti üreten, büyük bölümü kamu kurumlarında çalışan ya da işsiz olan üyelerinin teşebbüs olarak nitelendirilmesi ve odanın da teşebbüslerin bir araya geldiği bir teşebbüs birliği olarak nitelendirilmesinin gerçeği yansıtmadığı ifade edilmiştir. 4054 Sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde teşebbüs “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere “teşebbüs” sayılabilmek için; - Tüzel kişiliğe sahip olmak ve ticaret odalarına kayıt yaptırmak şart değildir. Gerçek kişiler de mal ve hizmet üretmeleri halinde “teşebbüs” olmaktadırlar. - Tüzel kişilerin de özel hukuk tüzel kişisi olma şartı bulunmamaktadır. Serbest çalışan mimar ve mühendisler esas itibarıyla serbest meslek sahibidirler. Serbest meslek faaliyeti, sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan işlerin bir işverene bağlı olmaksızın bağımsız olarak, şahsi sorumluluk altında ve bir ücret karşılığı yapılmasıdır. Dolayısıyla, hizmetini ücret karşılığı satan serbest meslek mensubu mimar ve mühendisler, 4054 sayılı Kanun kapsamında birer teşebbüs sayılacaklardır. Yine 4054 Sayılı Kanun’un 3. maddesinde teşebbüs birliği “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik” olarak tanımlanmıştır. Üyeleri arasında kamuda görevli olanların da bulunması TMMOB ve bağlı odaların niteliğini değiştirmez. Çünkü TMMOB ve bağlı odalar, üyeleri olan serbest meslek sahibi teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşması için kurulmuştur. “Teşebbüs” niteliğindeki üyelerinin yanında, teşebbüs niteliğinde olmayan üyelerinin de bulunması durumu değiştirmeyecektir. TMMOB ve bağlı odalar esas itibarıyla birer meslek kuruluşudur. Bu kuruluşların kamu kurumu niteliğinde olmaları veya olmamaları önemli değildir. Önemli olan böyle bir fiili birlik varsa ve bunun kararları teşebbüs niteliğindeki üyelerini etkiliyorsa bir “Teşebbüs Birliği” var demektir. Odaların, “belirli amaçlara ulaşmak” için oluşturulduğu kuşkusuzdur. Bunun iradi olarak veya kanunla kurulması işin mahiyetini değiştirmemektedir. Yeter ki bu fiili birliktelik sonucu üyeleri etkileyebilecek kararlar alabilsin. Aksi düşünüldüğünde, kanunla üye olma zorunluluğu getirilmiş kuruluşların Rekabet Kanunu’na aykırı olarak alacakları kararları uygun görmek, böylece Rekabet

Teşebbüs birliklerinin diğer bir kısmı ise dernek, vakıf yahut kooperatif gibi özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olan birliklerden oluşmaktadır. Bir diğer ifade ile yanı sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin biraraya gelerek dernek, vakıf, kooperatif yahut sendika çatısı altında teşebbüs birliği teşkil etmesi mümkündür²⁹⁰. Bu kapsamda örneğin işveren sendikaları teşebbüs birliği niteliğini haizdir²⁹¹. Bunun

Kanunu'nu fiilen uygulanamaz hale getirmek söz konusu olacak ve kanun karşısında eşitlik prensibi bozulacaktır. Bu tanımlardan ve açıklamalardan ulaşılan sonuç; - Hizmet üretip satan mühendis ve mimarlar ile şehir plancılarının "teşebbüs", - Bunlarının üye oldukları odaların ve bu meyanda Şehir Plancıları Odası'nın ve odaların üst birliği konumundaki TMMOB'un "teşebbüs birliği" olduğu hususudur." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018).

²⁹⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 10-78/1616-620, 16.10.2010 *"Kanun'un 'Tanımlar' başlıklı 3 üncü maddesinde 'teşebbüs', " piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımından bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde gözlükçülerin teşebbüs oldukları aşıkardır. Kanun'un yine 3 üncü maddesinde 'teşebbüs birliği' "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliğe haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler" olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede her biri birer teşebbüs olan gözlükçüler tarafından kurulan gözlükçü derneklerinin teşebbüs birliği niteliğini taşıdığı görülmektedir. Derneklerin oluşumunda ticari bir amacın güdülmemesi ya da ticari ya da ekonomik bir faaliyet içerisinde bulunulmaması derneklerin teşebbüs birliği olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle üyelerinin ticari kararlarını etkileyen oluşumlar tüzel kişiliği olup olmadığına bakılmaksızın rekabet hukuku kapsamındaki fiillerinden sorumlu olacaklardır."* Aynı yönde, Rekabet Kurulu Kararı, KS: 07-39/420-166, 09.05.2007 *"Bir diğer husus, Dernek'in yapısıdır. Bilindiği üzere teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında "teşebbüs birliği" olarak kabul edilmektedir. Dernek üyelerinin her birinin üniversite adaylarına yönelik özel öğretim hizmetleri pazarında hizmet veren bağımsız ekonomik kuruluşlar, diğer bir deyişle teşebbüsler olduğu hususu da göz önünde bulundurulduğunda, Dernek'in 4054 sayılı Kanun açısından bir "teşebbüs birliği" olduğu anlaşılmaktadır."* Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018).

²⁹¹ Ateş, Rekabet, s. 250. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-35/392-219, 18.09.2000 karar karşı verilen Danıştay 10. Dairesi KT: 16.12.2003, E:2001/1076, K: 2003/5205 *"Rekabet Hukukunun uygulanması bakımından önemli olan, rekabetin sınırlandırılması veya rekabetin sınırlandırılması tehlikesidir. Bir davranışın rekabete olup olmadığının değerlendirilmesinde, davranışın rekabet üzerinde yarattığı veya yaratabileceği etkiler dikkate alınmalıdır. Sendika kararları "tavsiye karar" olarak, alınırsa ve hiç bir bağlayıcılığı yoksa, bu gibi kararların yasaklanması söz konusu olmayabilin Ancak, şubeler bu tavsiye kararına aynen uyuyorlarsa ve bu nedenle fiilen rekabet sınırlandırılıyorsa bu taktirde kararların tavsiye kararı bile olsa yasaklanması gündeme gelebilir. Burada asıl önemli olan, üyelerin bu kararlar kendilerini bağlı hissetmeleridir. Fiilen bağlı hissediyorlarsa ve bu kararlara uyuyorlarsa bağlayıcı bir karar olduğundan söz etmek mümkündür. Ayrıca bu kararlara üyelerin tamamının uyması da gerekemeyebilir. Rekabeti sınırlamaya yetecek kadar üyenin uyması, bu kararın yasaklanması gereken bir sendika karart olduğunun kabulüne yeterli olabilir. 4054 sayılı Kanun açısından, kararın hukuki niteliğinden çok fiili niteliği önemlidir. Eğer sendikanın kararı yüzünden rekabet sınırlandırılıyorsa, bu kararın tavsiye veya bağlayıcı karar adıyla alınmış olmasının bir önemi yoktur. Amaç, rekabetin kısıtlanmasını önlemektir. Başka bir ifadeyle, karar, ister bir tavsiye, isterse bağlayıcı karar olsun, eğer rekabeti sınırlayıcı etkiler gösteriyorsa, b" kararın 4054 sayılı Yasanın yasakladığı nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Akaryakıt ürünleri bayilerinin kredi kartı ile yapacakları satışlarda, komisyon alıp almayacakları ve promasyon uygulamaları hususlarını, kendi özgür iradeleri ile belirlemekte serbest olmalarının gerekliliği; bu serbestliği ortadan kaldıracak veya bozacak her türlü davranışın Kanunun yasakladığı uygulama kapsamına girmesi; 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs birliklerinin fiyata veya ödeme koşullarına ilişkin tavsiye niteliğinde dahi olsa alacakları her türlü kararın Yasaya aykırı olması, sendika kararının ilgili pazardaki etkisinin tek başına ihlalin varlığı açısından bir öneminin olmaması; böyle bir karar alınıp 11Ygulanmasının yeterli görülmesi ve soruşturma raporunda PÜİS'le ilgili olarak yapılan tesbitler ve akaryakıt istasyonlarındaki kredi*

yanısıra birazdan değinileceği gibi teşebbüs birliği sıfatını haiz olmak için tüzel kişiliğe sahip olunması gerekmediğinden, birden fazla teşebbüsün Türk Medeni Kanunu yahut Dernekler Kanunu uyarınca dernek yahut vakıf kurmak maksadı ile biraraya gelmesi, ancak kurulma prosedüründe yaşanan herhangi bir aksilikten dolayı kurulamaması halinde de meydana gelen oluşum teşebbüs birliği olarak kabul edilecektir²⁹².

Teşebbüs birliğini tanımlayan Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinde teşebbüs birliği olarak kabul edilebilmek için tüzel kişiliğin bulunmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bu düzenleme gereğince doktrinde aksi görüşü savunanlar olmakla birlikte, tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs birlikleri de bulunmaktadır²⁹³. Bu bağlamda, Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesi bakımından teşebbüs birliklerine tek başına yahut birliğe dahil olan üyelerle birlikte yahut teşebbüs birliğinin eyleminden dolayı sadece birlik üyelerine yönelik yaptırım uygulanması mümkündür. Rekabet Kurulu Kararlarında da teşebbüs birliği olarak kabul edilip Rekabet Kanunu uyarınca idari para cezasına hükmedilmek için mutlaka tüzel kişiliğin mevcut olmasının gerekmediği ifade edilmektedir²⁹⁴.

karlı satışlarda komisyon uygulaması ve promasyonların kaldırılmasına ilişkin yapılan çağrı rekabeti sınırlamaya yönelik olduğundan, davacı sendika hakkında alınan Kurul kararında hukuka aykırılık görülmemiştir. Öte yandan davacı sendika tarafından, bir tüzel kişilik olan PÜİS 7n yetkili kurullarının aldığı bir karar bulunmadığı, bu nedenle tüzel kişilik iradesinin Yasanın gerekli gördüğü biçimde oluşmadığı ve de açıklanmadığı iddia edilmekte ise de; bu iddiaya, davacı sendika tarafından şube başkanlıklarına gönderilen PÜİS antentli kağıtlarla, 7.10.1999 tarihli yazıyla bedi karlı satışlarda komisyon uygulanması konusunda çağrı yapılması ve bu çağrıya çeşitli şube başkanlıklarınca PÜİS Genel Merkezine hitaben yazılan yazılarla olumlu cevap verilmesi karşısında itibar edilmemiştir. Kaldı ki, anılan çağrı yazısında, kredi karlı satışlarda müşterilere yansıtılacak olan komisyon oranının miktarı ve tarihine ilişkin bir açıklık bulunmamakta ise de; akmyakat istasyonlarının bir araya gelerek ortak hareket etmeleri hususunda yapılan çağrıların rekabeti kısıtlamaya yönelik olduğu görüldüğünden, yapılan çağrıların 4054 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine...karar verilmiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018).

²⁹² Ateş, Rekabet, s. 248.

²⁹³ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, ss. 125-126. Bizim de katıldığımız görüşe göre, kanunda teşebbüs birliği tanımı yapılırken tüzel kişilik teşebbüs birliği olarak kabul edilmenin unsurlarından biri olarak belirtilmediğinden dolayı tüzel kişilik teşebbüs birliğinin unsurlarından biri değildir. Aynı yöne bkz. Aslan, Rekabet, s. 78; İnan/Peker, s. 12; Akıncı, s. 178; Sanlı, s. 38; Ateş, s. 249.

²⁹⁴ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 99-13/99-40, 04.03.1999 “BİAK, tüzel kişiliği bulunmayan, Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan okurluk araştırmalarına benzer nitelikte bir araştırmayı gerçekleştirme ve finanse etme amacı ile biraraya gelen reklam ajansları, reklamverenler ve mecra kuruluşları temsilcilerinden oluşan, projenin işletilmesinden ve koordinasyonundan sorumlu kuruldur. Kanun'un “Tanımlar” başlıklı 3'üncü maddesinde teşebbüs birliği kavramının, “Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri” kapsadığı ifade edilmiştir. Aynı maddede teşebbüs ise, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmaktadır. Satışa arz ettikleri gazete, dergi ve işlevleri gereği ifa ettikleri

III. REKABET KANUNU 4, 6 VE 7'İNCİ MADDELERİNDEKİ YASAKLANMIŞ DAVRANIŞLAR

Rekabet Kanunu'nun 16'ıncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine ve ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına idarî para cezası verilebilmesi için Rekabet Kanunu'un 4, 6 yahut 7'inci maddesinde düzenlenmiş olan yasaklanmış davranışlardan birinin yapılmış olması gerekir.

A. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

Rekabet Kanunu'nun Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar başlıklı 4'üncü maddesinin birinci fıkrasına 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.”* Belirtilen düzenleme uyarınca Rekabet Kanunu'nda yapılan bu düzenleme ile birlikte birden fazla teşebbüsün birlikte gerçekleştirecekleri davranışları ile rekabet düzenini bozucu davranışlarda bulunmaları yasaklanmıştır. Kanunda yasaklanan üç tür davranış modeli bulunmaktadır. Bunlar, rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşıyan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüsler arası uyumlu eylemler ve teşebbüs birlikleri kararlarıdır. Bu davranışların rekabeti bozucu nitelik taşıyabilmesi için ya rekabeti ihlal etme amacı taşınmalı ya da meydana gelen ekonomik etkiler rekabeti sınırlayıcı sonuç doğurmalıdır. Bir diğer ifade ile bu davranışların gerçekleştirilme amaçlarının yahut bu davranışları neticesinde meydana gelen ekonomik etkilerin rekabeti sınırlayıcı olması gerekmektedir. Bu nedenle teşebbüsler arasında yapılan bir anlaşma henüz

hizmet nedeniyle basın kuruluşlarının bir teşebbüs olduklarına kuşku bulunmamaktadır. BİAK üyesi diğer kuruluşlar olan Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği de yine teşebbüslerden oluşan ve tüzel kişiliği haiz teşebbüs birlikleridir. Dolayısıyla BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulunduran bir teşebbüs birliğidir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.09.2018). Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, Aslan, “Rekabet Kurumunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, Haziran 2000, Sayı: 2, s. 3-36.

uygulanmaya başlamadığı için piyasada rekabeti bozucu herhangi bir sonuç doğmasa dahi, rekabeti bozucu amaç taşımasından dolayı rekabeti sınırlayıcı etkiye sahiptir. Zira, amaç rekabeti sınırlamak olduğundan, piyasadaki rekabeti bozucu etkilerini beklemeye gerek yoktur²⁹⁵. Bunun yanı sıra anlaşma yapan teşebbüslerin amacı rekabeti engellemek olmasa dahi, yaptıkları anlaşma uygulandığında piyasada rekabeti bozucu etkiye neden olacak ise amacı önem taşımaksızın yapılan anlaşma yasak kapsamındadır.

Bu düzenleme Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101'inci maddesinden esinlenerek kaleme alınmıştır. Benzer düzenleme Amerikan Hukukunda Sherman Act'in 1'inci maddesinde de yer almaktadır. Avrupa Birliği düzenlemesi ile Rekabet Kanunu'nun düzenlemesi arasında farklılıklar da mevcuttur. Bu bağlamda Avrupa Birliği düzenlemesinde Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yer alan "belirli bir mal veya hizmet piyasasında" ifadesi ile "etkinin doğabilecek nitelikte olması" şartları yer almamaktadır. Bunun yanı sıra iki maddede rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve karar hallerine verilen örnekler arasında farklılık bulunmaktadır.

1. Anlaşma

Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde düzenlenen anlaşma medeni hukuk ve borçlar hukuku alanlarında tanımlanan sözleşme kavramına kıyasla çok daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Medeni hukuk ve borçlar hukuku bakımından sözleşme kavramı TBK'nın 1'inci maddesinde yer almaktadır. Hükme göre; *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur."* Bu hükümden hareketle, sözleşme en az iki kişinin biraraya gelerek belirli bir hukuki sonuca ulaşmak için karşılıklı ve birbirine uygun şekilde iradelerini açıklaması olarak tanımlanabilir. Doktrinde sözleşme kavramı yerine aynı anlama gelecek şekilde akit, mukavele ve bağit kelimelerinin de kullanıldığı görülmektedir. Rekabet Kanunu'nda ise sözleşme terimi yerine bilinçli olarak "anlaşma" kavramı tercih edilmiş ve her iki kavramın kapsamının farklı olduğu Rekabet Kurulu

²⁹⁵ Aslan, Rekabet, s. 50.

kararlarında da vurgulanmıştır²⁹⁶. Doktrinde de anlaşma kavramının medeni hukuk ve borçlar hukukunda kullanılan sözleşme kavramından farklı bir içeriğe sahip olduğu ifade edilmiştir²⁹⁷. Doktrinde ifade edildiği üzere, sözleşmeden bahsedebilmek için hukuki sonuca yönelmiş irade beyanlarının mevcudiyeti gerekir.

²⁹⁶ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 09-57/1393-362, 25.11.2009 “4054 sayılı Kanun bağlamında anlaşma kavramı, medeni hukuk ve borçlar hukuku mevzuatında kullanılan “sözleşme” ya da “akit” terimlerinden ayrılmaktadır. 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin gerekçesinde de anlaşmada medeni hukukun geçerlilik koşullarına uyma ölçütünün aranmadığı açıkça belirtilmiştir. Rekabet hukuku mevzuatında anlaşma kavramı taraflar arasındaki her türlü irade uyuşması anlamında kullanılmaktadır.” Danıştay tarafından iptal edilen Rekabet Kurulu Kararı, KS: 93/750-159, 26.11.1998 “Öte yandan, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin gerekçeli metninin bir bölümünde “Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile, Tarafların Kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. 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, yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin Kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir.” denilmek suretiyle bir sözleşme, Türk Rekabet Hukuku çerçevesinde yazılı veya başka bir şekil şartına bağlanmamak suretiyle Borçlar Hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.09.2018).

²⁹⁷ Güven, Rekabet, s. 125; Aslan, Rekabet, s. 50; Aslan, Teori, s. 206; Gürzümar, Geçersizlik Rejimi, s. 3 vd. Gürzümar’a göre; “İşte, Rekabet Hukukunda “anlaşma” teriminin Medeni Hukuktaki “sözleşme” teriminden daha geniş kapsamlı olması ile kastedilen de iki veya daha fazla teşebbüs arasındaki bir uzlaşmanın (mutabakatın) 4054 sayılı Kanun m. 4 hükmü anlamında bir anlaşma sayılabilmesi için, bu uzlaşmanın hukuki sonuca yönelmiş irade beyanlarıyla oluşturulmasının şart olmadığıdır. Nitekim bu nedenledir ki —uzlaşmanın hukuki değil, sosyal, ahlaki veya ekonomik yaptırımlarla temin edilmek istendiği- centilmenlik anlaşmaları da 4054 sayılı Kanun m. 4 hükmü anlamında birer anlaşma sayılabilmektedirler. Dolayısıyla, herhangi bir irade uyuşmasını kuran açık ya da örtülü irade beyanları hukuki sonuca yönelmişse, bu uzlaşma bir sözleşmedir ve bu uzlaşmanın 4054 sayılı Kanun’a aykırılık nedeniyle geçersizliğinden bahsedilebilir. Buna karşın bu uzlaşmayı oluşturan açık veya örtülü irade beyanları hukuki sonuca yönelmemişse, bir hukuki işlemde —sözleşmeden- ve dolayısıyla onun geçersizliğinden bahsedilemez; fakat yine de ortada Rekabet Hukuku anlamında bir anlaşma vardır ve eğer anlaşma 4054 sayılı Kanun m. 4 hükmüne aykırı ise anlaşmanın tarafları bu Kanun’daki yaptırımlara maruz kalırlar...Şekil keyfiyeti konu bakımından ancak şu kapsamda bir anlam taşıyabilir: Kanunen geçerlilik şartı olarak belli bir şekle tabi kılınmış bir sözleşmeyi, taraf teşebbüsler bu şekle uymadan ve fakat 4054 sayılı Kanun m. 4 hükmüne aykırı bir içerikle yaparlarsa, bu teşebbüsler, sözleşmelerinin şekli aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğundan ve bu nedenle de sözleşme ile borç altına girmemiş olduklarından bahisle aynı Kanun’un m. 9, m. 16 ve m. 17 hükümlerindeki idari yaptırımlardan kurtulamazlar. Diğer taraftan bu sözleşme, şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu için —hukuki niteliği 4054 sayılı Kanun’un muafiyet hükümleri şemsiyesi altında tespit edilmesi gereken ve bu makalenin konusunu oluşturan m. 56/1 hükmündeki geçersizlik rejimine de tabi olamaz; çünkü geçerlilik şekline aykırı olan böyle bir sözleşmenin etkisi itibarıyla m. 5 hükmündeki kümülatif şartları doldursa bile- muafiyet almak suretiyle geçerlilik kazanabilmesi (muafiyet sadece sözleşmenin amacı, konusu ve etkisi perspektifinden yaratılmış bir idari yöntem olduğuna göre) mümkün değildir... Esasen Avrupa Birliği Hukuku literatürü ile Komisyon, İlk Derece Mahkemesi ve Adalet Divanı (AD) kararlarında, “RA m. 81/1 hükmü anlamında bir anlaşmadan bahsedilebilmesi için bunların hukuken bağlayıcı olmasının gerekmediği” mealinde kullanılan ifadelerin de ...bu şekilde, yani “RA m. 81/1 hükmü anlamında (ve bu hükme aykırı) bir anlaşmadan bahsedebilmek için, bu hükme aykırı olmasaydı tarafları bağlayacak ve borç altına sokacak olan bir sözleşmenin mevcut olması şart değildir” şeklinde anlaşılması gerekir...” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.09.2018).

Halbuki Rekabet Hukuku bakımından anlaşma olarak kabul edilebilmek için teşebbüsler arasında yapılan hukuki sonuca yönelmeyen uzlaşma da kapsam içerisinde olduğundan anlaşma kavramının sözleşme kavramının kapsamından daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, hukuki sonuca yönelmeyen uzlaşmanın yanı sıra tarafları bağlamayan ve borç altına sokmayan bir mutabakat da anlaşma kavramının kapsamına dahildir²⁹⁸.

Rekabet Kanunu bakımından bir anlaşmanın varlığından bahsedebilmek için tarafların bu anlaşma ile bağlı oldukları düşüncesi içerisinde olmaları yeterli olup, anlaşmanın yazılı, sözlü yahut zımni olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bir diğer ifade ile teşebbüsler arası anlaşma yatay, dikey, centilmenlik anlaşması, iki yahut çok taraflı anlaşma, ulusal yahut uluslararası anlaşma yahut elektronik anlaşma şeklinde yapılabilir²⁹⁹. Örneğin, niyet açıklamaları, görüş bildiren yahut tespit yapan tutanak, beyan, taahhüt ve müşterek açıklamalar, genel işlem şartları, prensip anlaşmaları yahut çerçeve sözleşme şeklinde olması mümkündür. Bu bağlamda rekabet ihlaline sebep olan anlaşmanın belirtilen şekillerde ayrı bir mutabakat ya da taraflar arasındaki bağlayıcı bir sözleşmenin içeriğinde yer alan bir hüküm şeklinde tezahür etmesi arasında fark bulunmamaktadır³⁰⁰.

²⁹⁸ Gürzümar, Geçersizlik Rejimi, s. 3 vd.; Güven, Rekabet, s. 126; Sanlı, s. 76. Buna karşılık Topçuoğlu, bağlayıcı gücü olmayan karşılıklı beyanları anlaşma kapsamında görmeyip, uyumlu eylem olarak nitelendirmekte, hukuken bağlayıcı mutabakatları ise anlaşma kavramı içerisinde değerlendirmektedir. Bkz. Topçuoğlu, ss. 170-171.

²⁹⁹ Korah, EU Competition, s. 40; Tekinalp ve Tekinalp, s. 393; Aslan, Rekabet, s. 50; Özsunay, Kartel, s. 159; Zekerriya Arı, **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, s. 30 vd.; İstanbul Ticaret Odası, “AB’ne Üye Bazı Devletlerde ve Türkiye’de Elektronik Ticaretin Hukuksal Sorunları: “Elektronik Sözleşmeler” Semineri”, 12 Mayıs 2000, İTO, Yayın No: 2001-01, Şubat 2001, s. 13 vd.

³⁰⁰ Güven, Rekabet, s. 127. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-26/292-162, 17.07.2000 “14 Mayıs 1996 tarihinde imzalanan, BİRYAY’ın Ana Sözleşmesi niteliğindeki ortak girişim anlaşmasının Rekabet Yasağı başlıklı 38’inci maddesinde, “Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve Yaysat Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. dışındaki kuruculara, bunların hissedarlarına veya çoğunluk hissesine sahip oldukları şirketlere veya bu şirketlerin en büyük hissedarı olan gerçek kişilere ait mevkuteler ile Anonim Şirket’in [BİRYAY’ın] kuruluşundan sonra bu kişiler tarafından yayımlanacak mevkuteler haricindeki her türlü mevkute münhasıran Anonim Şirket tarafından dağıtılacaktır. Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve Yaysat Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ile Anonim Şirketin, Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve Yaysat Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. dışındaki kurucuları, hissedarları veya bunların hissedarları tarafından mevkute dağıtımı ile iştigal edecek yeni bir şirket kurulması veya bu kişilerin mevkute dağıtımı ile iştigal eden bir başka Şirket’e iştirak etmesi halinde o hissedarın Anonim Şirket’ten sahibi bulunduğu hisselerin tamamı, bedelsiz olarak diğer hissedarlara, Anonim Şirket’ten sahibi bulundukları hisseleri oranında ve herhangi bir muvafakate, başkaca merasime veya hükme gerek olmaksızın intikal eder.” denilmektedir. 14.05.1996 tarihinde BBD ve YAYSAT arasında imzalanan BİRYAY Ana Sözleşmesi’nin Uygulanacak Tarife başlıklı 39’uncu maddesi aynen, “Gazetelere, gazetenin KDV dahil toplam satış tutarının %30’u, günlük yayından daha uzun periyotlarda yayınlanan kitap, dergi ve benzeri yayınlarda, KDV dahil toplam satış tutarının %45’ i oranı

Teşebbüsler arasında anlaşma olduğunun kabul edilebilmesi için anlaşmanın teşebbüsü imzaya ve temsile yetkili kimseler tarafından yapılması zorunlu olmayıp, teşebbüsü temsil ve imzaya yetkili olmayan kimselerin yaptığı sözlü yahut yazılı anlaşmalar da teşebbüslerin bilgi yahut yönlendirmeleri ile gerçekleşmişse, yahut rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olmuşsa bu anlaşmalar da Rekabet Kurulu tarafından 4. madde anlamında “anlaşma” olarak kabul edilmektedir³⁰¹.

Rekabet Kanunu kapsamında anlaşmanın varlığından bahsedebilmenin temel koşulu, tarafların anlaşma yönünde iradelerinin mevcut olmasıdır. Bu bağlamda, teşebbüslerin biraraya geldikleri bir toplantı esnasında gerçek iradelerini birbirlerine yansıtmaksızın anlaşma yapmış gibi davranmalarına rağmen, toplantının akabinde her bir teşebbüs kendi menfaatine uygun olan davranışını devam ettirdiği takdirde, toplantıda yöneltilen irade her ne kadar anlaşma yapma yönünde olsa dahi teşebbüs temsilcisinin gerçek iradesi rakip davranışlarını öğrenmek olduğundan anlaşmanın varlığının kabulü mümkün değildir³⁰².

üzerinden dağıtım tarifesi uygulanır. Bu oranlar asgari oranlar olup, bunlardan aşağı oranlar uygulanamaz. Tarife oranlarının BİRYAY Yönetim Kurulu’nun kararı ile yükseltilmesi mümkündür.” şeklinde. Menfi tespit/muafiyet talebi bakımından; BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.’nin kuruluşuna ilişkin ana sözleşmenin 3’üncü maddesinin mevcut ortaklık yapısı itibarıyla ve ayrıca 38’inci ve 39’uncu maddelerinin de doğrudan 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine aykırı olduğuna, bu nedenle bu sözleşme için 4054 sayılı Kanun’un 8’inci maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; aynı yasanın 5’inci maddesinde öngörülen muafiyet koşullarının da bulunmadığına; bu nedenlerle tarafların menfi tespit/muafiyet taleplerinin reddedilmesine OYBİRLİĞİ ile; b) BİRYAY sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine aykırılık taşıyan 38’inci ve 39’uncu maddelerinin, gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde sözleşmeden çıkartılmasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir. 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi bakımından; Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.’nin, birlikte kurmuş oldukları BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. vasıtasıyla koordinasyon sağlayarak, i) gazete ve dergi dağıtım piyasasını bölüşmek, ii) müşteri yayınlarını paylaşmak, iii) müşteri yayınevlerine ait gazete ve dergilerin dağıtımına ilişkin komisyon oranlarını ve dağıtılan yayınlardan alınacak sabit ücreti birlikte tespit etmek suretiyle, Kanun’un 4’üncü maddesinin (a) ve (b) bentlerini açık bir biçimde ihlâl ettikleri, bu nedenle BBD ve YAYSAT’ın Kanun’un 16’ncı maddesinin ikinci fıkrası REKABET KURUMU 52 gereğince para cezası ile cezalandırılmalarına, Kurul Üyesi Nejdet KARACEHENNEM’in açık ihlâl kavramının yorumuna ilişkin farklı görüşüyle ve OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.09.2018).

³⁰¹ Tüsiad, Anlaşma, s. 25; Aslan, Rekabet, s. 51.

³⁰² Aslan, Rekabet, s. 52. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-6/53-25, 10.02.2000 “Borçlar Kanunu’nun 19’uncu maddesine göre, taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin konusu, kanunun gösterdiği sınırlar dahilinde serbestçe tayin edilebilmektedir. 4054 sayılı Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesi ise teşebbüsler arası rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı ya da etkisi olan anlaşmaları hukuka aykırı saymıştır. Buna göre iki ya da daha fazla teşebbüs “anlaşarak” 2 piyasa aleyhine sonuç doğuracak bir sözleşme yapmışlarsa, bu sözleşme hukuka aykırı sayılmakta ve aynı Kanun’un 56’ncı madde hükmü doğrultusunda geçersiz olmaktadır. Şikayet dilekçesinde ileri sürüldüğü gibi, sağlayıcının baskısı ile sözleşmenin süresiz ya da 3500 tank ürün satılması şartına bağlanmış olması ya da dükkanın devredilmesinin sağlayıcının onayına bağlı kılınması nedenleriyle sözleşmenin 4054 sayılı Kanun’a aykırı olduğunun ileri sürülmesi güçtür. TTK’nun tacir olmanın hükümlerini düzenleyen 20’nci maddesinde, “Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı

Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında anlaşma olarak kabul edilebilmek için faillerin çokluğu gerekli olup, tek yanlı davranışlar anlaşmanın varlığına vücut vermez³⁰³. Anlaşmaların, iki yahut daha fazla teşebbüs arasında yapılmasının mümkün olmasının yanı sıra teşebbüs ile teşebbüs birliği arasında da yapılması mümkündür. Bir diğer ifade ile, anlaşmadan bahsedebilmek için en az iki teşebbüs "veya" teşebbüs birliğinin mevcudiyeti yeterlidir. Ayrıca, anlaşmayla ilgili olarak her iki tarafa soruşturma açılabilir, her iki tarafa da ceza uygulanması gerekmemektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işletmeler arası anlaşma, uyumlu eylem yahut işletme birliği kararı mevcut olmaksızın kendi teşebbüsünün bağımsız olarak belirlediği işletme politikasına bağlı olarak ifa ettiği eylem ve işlemler Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında yer almayacaktır. Bağımsız olarak belirlediği işletme politikasına bağlı olarak piyasada eylem ve işlemlerde bulunan teşebbüsün Rekabet Kanunu'nun 6'ncı maddesi kapsamında hakim durumda olması halinde, 4'üncü madde kapsamında anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı olmasa dahi, piyasa faaliyetlerinin 6'ncı madde kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra ana şirket ile yavru şirket arasında gerçekleştirilen anlaşmalar aynı ekonomik bütünlük içerisinde bulunan tüzel kişilikler söz konusu

gibi hareket etmesi lazımdır" hükmü bulunmaktadır. Sözleşmede yer alan 3500 tank/yıl'lık süre satıcıdan satıcıya değişebilecek bir süre olduğundan, bunun 6-7 yıllık bir süreye karşılık geldiği subjektif bir değerlendirme olarak görülmelidir. Bununla birlikte, sözleşmenin tek elden satın alma özelliğine sahip olması dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun kapsamına girme olasılığından hareketle yapılan incelemede, söz konusu sözleşmenin 8'inci maddesinde "Cari Fiyat Listesi" başlığı altında şu hüküm bulunmaktadır: "Pepsi zaman zaman yaptığı fiyat ayarlamalarını da içeren cari fiyat listesini müşteriye en kısa zamanda fakat her halükarda sipariş vermezden önce ulaştıracaktır." Aynı sözleşmenin 18'inci maddesinde ise "Fiyatlar" başlığı altında; "Müşteri, Pepsi tarafından tespit edilen fiyat politikasına aynen uymayı kabul ve taahhüt eder. Pepsi, ürünlerin mevcut fiyat listesindeki fiyatlarını tek taraflı beyanı ile herhangi bir ön bildirimde bulunma zorunluluğu olmadan değiştirebilir." denilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi, teşebbüsler arası anlaşma yoluyla "Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi"ni yasak saymıştır. Buna göre, şikayet konusu sözleşmenin 4'üncü madde kapsamında olduğu ileri sürülebilse de, sözleşmenin feshedilmiş olmasından dolayı uygulamasına son verilmiş olması, rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin de beraberinde ortadan kalkmasını doğurmaktadır. Ancak anlaşmanın geçmişte uygulanmış olmasından hareketle, feshedilme anına kadar rekabeti kısıtladığı ve bu nedenle taraflar hakkında önaraştırma/soruşturma açılması gerektiği ileri sürülebilirse de, bu durum söz konusu 4'üncü maddenin ruhuna aykırı bir sonuç doğuracaktır. Nitekim şikayetçinin sözleşmeden dolayı mağdur olması ve şikayetin bizatihi kendisi tarafından yapılması, sözleşmenin tarafların uygun iradesini yansıtmadığı durumunu ortaya çıkarmaktadır..... Pepsi-Cola Servis Dağıtım A.Ş. ile Gumpir Plaza arasında akdedilen ve daha sonra taraflarca feshedilen sözleşmenin, 4054 sayılı Kanun'a aykırılığı dolayısıyla geçersizliğinin tespit edilmesine ilişkin dilekçe ile ilgili herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.09.2018).

³⁰³ Aslan, Rekabet, s. 53.

olduğundan Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında anlaşma olarak kabul edilmeyecektir³⁰⁴.

Anlaşmanın varlığının ispatı bakımından yaşanan zorluklar karşısında, Rekabet Kurulu anlaşmanın mevcut olmadığını ispat yükünü soruşturma açılan teşebbüslere yükleyen çeşitli karinelere de hareket etmektedir. Örneğin Rekabet Kurulu, uzun süreden beri devam edegelen bir anlaşmanın varlığını Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında "anlaşma" olarak kabul edilmesi bakımından yeterli görmüştür.

2. Uyumlu Eylem

Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca 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 uyumlu eylemler hukuka aykırı ve yasaktır. Yukarıda "anlaşma" kavramını açıklarken belirttiğimiz üzere, anlaşmadan bahsedebilmek için teşebbüsler arasında açık bir hukuki sonuca yönelmese bile, en azından karşılıklı ve birbirine uygun olan niyet veya irade açıklaması söz konusudur. Uyumlu eylemde ise bu şekilde bir niyet veya irade açıklaması mevcut olmayıp, teşebbüsler arasında bilgi akışı mevcuttur.

Rekabet Kanunu'nda uyumlu eylem tanımı yapılmamıştır. Doktrinde ise uyumlu eylemin çok çeşitli tanımlarına rastlanmaktadır. *Gülören Tekinalp* uyumlu

³⁰⁴ Aslan, Rekabet, s. 53. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-33/331-94, 17.07.2001 "Kanun'un 4. maddesi, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, bir anlaşma veya uyumlu eylem, teşebbüsler arasında gerçekleştirildiği takdirde, Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede, TKKMB ile Gübretaş'ın Kanun'un 3. maddesine göre aralarında ekonomik bütünlük bulunan tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi dolayısıyla, iki ayrı teşebbüsün olmadığı, ekonomik bütünlük arzedan bir teşebbüsün bulunduğu söz konusu durumda, Kanun'un 4. maddesinde aranan, ihlalin "teşebbüsler arası" anlaşma, karar ya da uyumlu eylem suretiyle yapılmış olması şartının gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır" Rekabet Kurulu Kararı, KS: 14-43/789-352, 04.11.2014 "Dosya konusu olayın 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesinde öncelikle Türk Telekom, Avea ve TTNET'in aynı ekonomik bütünlüğü oluşturan tüzel kişilikler olduğu ve Kanun kapsamında aynı teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu çerçevede, dosya konusu işlem ekonomik bütünlüğün tek taraflı bir eylemi olduğu için söz konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 7. maddeleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı düşünülmüştür." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 25.09.2018).

eylem kavramını “işletmelerin, aralarında bir anlaşma ya da mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, aynı amacı taşıyan karar ve uygulamaları” şeklinde tanımlamıştır³⁰⁵. Aslan’a göre, uyumlu eylemler “iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlarıdır”³⁰⁶. Sanlı’ya göre ise, “uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin, arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir işbirliği durumudur”³⁰⁷. İkizler’in yaptığı tanıma göre uyumlu eylemler “anlaşma ya da karar olarak nitelendirilemeyen ve fakat teşebbüslerin birbirinden bağımsız pazar politikaları üretmesini engelleyen ve bunun sorumlusu olarak da teşebbüslerin görülebildiği tüm işbirliği durumlarıdır”³⁰⁸. Akıncı uyumlu eylemi, “piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir anlaşma olmaksızın, rekabet ederek kârlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlarıdır.” biçiminde tanımlamıştır³⁰⁹.

Rekabet Kurulu kararlarında ise uyumlu eylemin tanımından ziyade unsurları tespit edilerek kavramın kapsamı belirlenmiştir. Rekabet kurulu kararlarına göre teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen bir davranışın uyumlu eylem olarak kabul edilebilmesi için;

- En az iki yahut daha fazla teşebbüsün davranışlarında bilinçli bir paralellik olmalıdır.

- Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar olmalıdır.

³⁰⁵ Tekinalp, s. 203.

³⁰⁶ Aslan, Rekabet, s. 46.

³⁰⁷ Sanlı, s.79.

³⁰⁸ İkizler, s. 60.

³⁰⁹ Akıncı, s. 145.

- Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı taşımaktadır.

- İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır.

- Teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen davranışların herhangi bir ekonomik yahut rasyonel dayanağı olmamalı ve bu davranışlar neticesinde piyasadaki rekabet düzeni sınırlanmalıdır³¹⁰.

Rekabet Kurulu'nun bir başka kararında ise uyumlu eylemin unsurları şu şekilde ifade edilmiştir;

- En az iki veya daha fazla işletme mevcut olmalıdır.

- Bilinçli paralellik bulunmalıdır.

- Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı,

- Rekabet sınırlanmalıdır³¹¹.

Rekabet Kurulu kararlarında da belirtilen unsurlardan hareketle uyumlu eylemi iki yahut daha fazla teşebbüsün, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve taraflar arasında yapılmış bir açıklamaya dayanmayan ancak teşebbüslerce bilinçli olarak birbirleri ile paralel hale getirilmiş ve rekabeti sınırlayan pazar davranışları şeklinde tanımlamak mümkündür³¹².

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan düzenleme ile, üye devletler arasındaki ticareti olumsuz etkileyen ortak pazar içerisinde rekabetin engellenmesi, kısıtlanması ya da bozulmasını amaçlayan ya da bu etkiyi doğuran anlaşma, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemler hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Ancak uyumlu eylem tanımlanmamıştır. Bu nedenle de AB Hukuku'nda uyumlu eylem tanımı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın kararlarına bırakılmıştır. Adalet Divanı kararlarında ise uyumlu eylem, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, rekabetin risklerine karşı bilinçli olarak ikame edilmiş, büyüklüğü ve yapısı kadar teşebbüslerin sayısı, önemi ve ürün tipi bakımından, pazarın normal şartlarına uygun

³¹⁰ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-26/291-161, 17.07.2000.

³¹¹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-11/109-54, 23.03.2000.

³¹² Aslan, Rekabet, s. 55.

olmayan rekabet şartlarına yol açan, pratik işbirliği doğuran bir koordinasyon şekli olarak tanımlanmıştır³¹³.

Uyumlu eylemin ilk unsuru uyumlu eylemin teşebbüsler arasında gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle de her şeyden önce en az iki ya da daha fazla teşebbüsün bulunması gerekir. Teknik anlamda bir uyumlu eylem ancak birden fazla teşebbüs faaliyeti sonucu ortaya çıkabilir. Bu nedenle de, piyasada faaliyet halinde olan bir tek teşebbüsün bulunması durumunda uyumlu eylemlerden bahsetmeye imkan bulunmamaktadır. Dolayısıyla teşebbüs niteliğine sahip birden çok ekonomik varlık mevcut olmadığı takdirde, uyumlu eylemlerden de bahsedilmesi mümkün değildir³¹⁴.

Uyumlu eylemin bir diğer unsuru ise bilinçli paralellik unsurudur. Bilinçli paralellik ile kastedilen, teşebbüslerin piyasa faaliyetlerini bilinçli bir şekilde paralel hale getirerek piyasadaki rekabeti sınırlandırmalarıdır³¹⁵. Bir teşebbüsün izlediği piyasa politikalarına karşı, diğer teşebbüsler benzer şekilde ya da aynı doğrultuda veya farklı davranışlarla tepki vereceklerdir. Bu doğrultuda teşebbüslerin bilinçli olarak davranışlarını birbirlerine yaklaştırmaları bilinçli paralellik olarak ifade edilecektir³¹⁶. Bu halde teşebbüsler birbirlerinin piyasada sergileyecekleri davranışları önceden öğrenerek ona karşı bir davranış sergilemektedir. Diğer bir ifade ile oligopolistik bağımlılık neticesinde teşebbüslerin davranışlarında meydana gelen paralellikler, teşebbüslerin piyasa şartlarının yön verdiği bilinçli tercihlerinin bir sonucunu teşkil etmekte olup, bu sebeple bilinçli paralellik olarak nitelendirilmektedir³¹⁷. Bilinçli paralelliğin kapsamında anlaşma olarak nitelendirilemeyen durumlar yer almakta olup, teşebbüsler arasında anlaşma olduğu takdirde uyumlu eylem değerlendirilmesi yapılmasına gerek yoktur.

Bilinçli paralel davranışlar ile uyumlu eylem ilişkisi konusunda Türk hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, uyumlu eylem ile bilinçli paralellik kavramları birbirlerinden farklı anlam taşımaktadır ve bu nedenle bu yazarlara göre bilinçli paralellik durumuna rekabet

³¹³ Whish/Sufrin, s. 195 vd.; Sanlı, s. 81; İkizler, s. 60.

³¹⁴ İkizler, s.65; Bellamy/ Child, s. 57; Sanlı, s. 81.

³¹⁵ Aslan, Rekabet, s. 55; İkizleri, s. 93 vd.; Kahraman, s. 81.

³¹⁶ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği, s. 197.

³¹⁷ Stevens, *Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.Cilt: and U.Sayı: Competition Law*, Yearbook of European Law, USA 1995, s. 47.

hukukuna ilişkin kuralların uygulanması mümkün değildir. Bu görüşte olanlar, uyumlu eylemdeki “uyum”u teşebbüslerin karşılıklı olarak irade açıklamaları olarak kabul etmekte ve hukuken geçerli ve bağlayıcı olmayan anlaşmaları da uyumlu eylem kategorisine dahil etmektedirler. Bu görüşe göre teşebbüsler arasında karşılıklı uyum olmadığı takdirde sadece davranışlarında bilinçli paralellik olduğu gerekçesi ile yaptırım uygulanması imkanı bulunmamaktadır³¹⁸. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, uyumlu eylemde anlaşmadan farklı olarak taahhüt ve tasarruf aşamasının mevcudiyeti zorunlu değildir. Bu nedenle de anlaşmanın taahhüt aşamasında olduğu gibi karşılıklı uyumdan bahsedilmesi mümkün olmayıp, uyumlu eylemde teşebbüslerin bilinçli olarak gerçekleştirdikleri paralel ve birbirine uygun davranışları söz konusudur³¹⁹.

Uyumlu eylemlerin unsurlarından bir diğeri ise, teşebbüsler arasında paralel davranışların nedenini oluşturan, doğrudan ya da dolaylı biçimde gerçekleşen bir bağlantının varlığıdır. Bağlantı, paralel pazar politikası uygulamasına zemin hazırlayan, ilgili pazardaki teşebbüslerin birbirine yaklaşma süreci olarak tanımlanması mümkündür³²⁰. Birbirleri arasında bağlantı kuran teşebbüsler, kurdukları bu bağlantı sayesinde birbirleri hakkında yeni bilgiler edinirler. Teşebbüsler edindikleri bu bilgileri, piyasada ileride yürütecekleri faaliyetlere yönelik planlarını hazırlarken kullanırlar. Teşebbüsler birbirileri arasında kurdukları bu bağlantı nedeni ile sahip oldukları bilgilere göre yaptıkları değerlendirmeler neticesinde piyasada rekabeti bozucu paralel pazar politikaları ürettikleri takdirde, teşebbüslerin birbirinden bağımsız olarak karar aldığından bahsedilemez³²¹. Anlaşma kapsamında nitelendirilememekle birlikte, yasak kapsamında dahil olan teşebbüsler arası bir işbirliğine yol açan bağlantının mevcudiyeti her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir³²². Bu kapsamda, rekabet kurulu kararlarında teşebbüsler arasında gerçekleşmiş ve içeriği bilinmeyen toplantı yapılması, teşebbüslerin kendi fiyat politikalarını ya da rekabet stratejilerini diğer bir teşebbüse

³¹⁸ Aslan, Rekabet, s. 56.

³¹⁹ Aslan, Rekabet, s. 56. Danıştay tarafından iptal edilen Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-26/291-161, 17.07.2000.

³²⁰ İkizler, s.111.

³²¹ İkizler, s. 110.

³²² Akıncı, s. 147.

iletmesi gibi haller teşebbüsler arasında bir bağlantının var olduğuna ilişkin haller arasında yer almaktadır.

Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde bir davranışın uyumlu eylem olarak kabul edilebilmesi için rekabeti sınırlandırması gerektiği ifade edilmiş ve 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 eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir.

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşmanın 101'inci maddesinde ise, üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemlerin yasak olduğu ifade edilmiştir. Rekabet Kanunu'nda Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşmadan daha geniş bir şekilde rekabetin sınırlandırması kavramı tanımlanmıştır. Bu bağlamda, rekabetin kısıtlanması etkisini meydana getirebilecek niteliğe sahip olan uyumlu eylemler de yasaklanmıştır. Bu düzenleme uyarınca, bir teşebbüsün belirli bir mal veya hizmet piyasasında, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıması, rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması yahut rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması yönünde tehlike oluşturulması durumu hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için yeterlidir³²³. Bu düzenleme gereğince de, rekabeti sınırlayıcı etkisi olmayan ya da rekabeti sınırlayıcı etkisi bulunsa dahi, ekonomik ve rasyonel sebeplerden kaynaklanan paralel davranışlar, uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilemeyecek ve bunlara yasak uygulanmayacaktır. Maddede yer alan engelleme kavramının rekabeti ortadan kaldıran en ağır rekabete aykırılık hali anlamına gelir. Maddede yer alan diğer bir kavram ise kısıtlama ve bozmadır. Kısıtlama, rekabetin tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte, piyasa faaliyetlerinin hacminin daraltılması şeklinde tanımlanabilir. Bozma ise piyasa rekabet koşullarında tarafların lehine meydana getirilen yapay değişikliği ifade eder³²⁴.

Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü ve 4'üncü fıkralarında uyumlu eylem karinesi düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; *“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve*

³²³ Tekinalp ve Tekinalp, s. 400.

³²⁴ Kahraman, s. 53 vd.

talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Uyumlu eylem karinesi Avrupa Birliği Hukuku yahut mevzuatında veya diğer çağdaş rekabet hukuku sistemlerinde öngörölmüş bir düzenleme olmayıp, Türk hukukuna özgüdür³²⁵. Paralel davranışların oligopolistik bağımlılıktan ötürü uyumlu eylemlerin ispatında yetersiz kalması ve teşebbüsler arasındaki bağlantının ispatı faaliyetinde ortaya çıkan güçlükler nedeni ile Rekabet Kanunu’nda paralel davranışlardan hareketle uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşılmasını sağlayan uyumlu eylem karinesi getirilmiştir³²⁶. Belirtilen bu düzenleme uyarınca, taraflar arasında bir anlaşma ispatlanamamakla birlikte, pazarın durumundan hareketle teşebbüs yahut teşebbüs birliklerinin uyumlu eylem içerisinde bulunduğu kanaatine varılması mümkündür. Bu durumda Rekabet Kurulu’nun ispatlaması gereken husus sadece teşebbüslerin paralel davranışlar içerisinde bulunduğu ve bunun sonucu olarak da ilgili piyasada rekabetin sınırlandığı olup, Kurulun teşebbüslerin paralel davranışlarının bilinçli olup olmadığının ispatlamasına gerek yoktur³²⁷.

Maddenin gerekçesinde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapıldığı ve bu nedenle bu anlaşmaların varlığının ispatının oldukça güç ve hatta bazı hallerde imkansız olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesinin kabul edildiği ifade edilmiştir. Gerekçede bu hallerde uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükünün ilgili teşebbüslere ait olduğu ve ispat güçlüğü nedeniyle Rekabet Kanunu’nda düzenlenen uyumlu eylem hükümlerinin işlemez hale gelmesinin önlenmesini amaçlandığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, uyumlu eylem karinesi mutlak nitelik taşımadığı ve teşebbüslerin, ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak suretiyle

³²⁵ Gürkaynak, Gönenç, Yıldırım, Korhan, Duman, Melikşah. “Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara Ekim 2010, s. 83.

³²⁶ İkizler, s. 311; Dilek Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 35, Ankara 2008, s. 15.

³²⁷ Ortaç, ss. 85-86.

tarafından her birinin uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği hükme bağlanmıştır³²⁸.

3. Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemleri

Teşebbüs birliklerinin, üyeleri aralarındaki rekabeti önlemek, aralarında koordinasyon sağlamak yahut üyelerinin daha fazla menfaat elde etmesini sağlamak için rekabeti ihlal eden kararlar almaları mümkündür³²⁹. Bu şekilde alınan teşebbüs birliği kararları da, teşebbüsler arası anlaşmalar ve uyumlu eylemler gibi Rekabetin Koruması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenen yasak kapsamındadır.

Teşebbüs birliği Rekabet Kanunu'nun tanımlar başlığını taşıyan 3'üncü maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır; *“Teşebbüs birliği, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzelkişiliği haiz ya da tüzelkişiliği olmayan her türlü birlikleri ”* ifade eder. Tanımdan anlaşılacağı üzere teşebbüs birliklerini teşebbüsler biraraya gelerek oluşturmaktadır. Daha önce de değindiğimiz üzere tanımdan açıkça anlaşılacağı gibi tüzel kişiliği haiz olmayan fiili birliktelikler de teşebbüs birliği kapsamına dâhil edildiğinden, hem tüzel kişiliği haiz teşebbüs birliklerine hem de tüzel kişiliği olmayan her türlü birliklere idari yaptırım uygulanması mümkündür.

Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını güden veya bu etkiyi doğuran teşebbüs birliklerinin kararları hukuka aykırı olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Rekabet Kanunu'nda teşebbüs birliği tanımlanmış olmakla birlikte teşebbüs birliği kararı tanımlanmadığı gibi bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda da bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde, teşebbüs birliklerinin kuruluşu ile ilgili prosedür ve uygulama teşebbüsler arası anlaşmalar kapsamında yer alırken kurulduktan sonra teşebbüs birliği tarafından alınan, üyelerinin faaliyetine ilişkin

³²⁸ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 01-10/100-24, 27.2.2001 *“...Uyumlu eylem karinesi mutlak değil, aksinin ispatı mümkün olan bir adi karinedir. Dolayısıyla Kanun'un 59. maddesinin öngördüğü durumlardan birinin ortaya çıkması veya ilgili piyasa koşullarının rekabetin bozulduğu piyasalarla benzerlik göstermesi halinde, uyumlu eylemde bulunduğu iddia edilen teşebbüslerin, bu karineyi tersine çevirme imkanı vardır. Bu imkan ise 4. maddede “ekonomik ve rasyonel gerekçeler” gibi objektif kriterlerle sınırlandırılmıştır.”* Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 30.09.2018).

³²⁹ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler, s. 109.

kararlar, teşebbüs birliği kararları olarak kabul edilmektedir³³⁰. Doktrinde yapılan diğer bir tanıma göre ise teşebbüs birlikleri, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu, tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan her çeşit menfaat topluluğu olduğuna göre, bunların karar ya da yürütme organları tarafından alınan kararlar, teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilecektir³³¹. Rekabet Kurulu’nu bir kararında ise teşebbüs birliği kararlarının çok taraflı bir hukuki muamele olduğu ve birden fazla kimsenin içinde bulundukları hukuki ilişkinin kendilerine tanıdığı oy hakkını kullanarak anlaşmaya varmaları niteliğinde olduğu ifade edilmiştir³³².

Avrupa Birliği hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında; teşebbüs birliği kararı kavramına hem hukuki işlemler hem de hukuken bağlayıcı olmayan çok taraflı irade açıklamaları dahildir³³³.

Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesi uyarınca teşebbüs birliği kararının yasak kapsamında kabul edilebilmesi için iki şarta ihtiyaç bulunmaktadır. Öncelikle Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesi kapsamına giren bir teşebbüs birliği kararı söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, bu nitelikte teşebbüs birliği tarafından alınan kararın rekabeti sınırlama amacı taşıyor olması gerekir. Bu noktada öncelikle teşebbüs birliği kararından bahsedebilmek için birden fazla teşebbüsün varlığı ve bu teşebbüslerin aynı yönde irade beyanında yahut faaliyette bulunmaları gerekmektedir. Bunun gerçekleşmesi için ise teşebbüs birliğini oluşturan teşebbüslerin birlikte alacakları karara ihtiyaç bulunmaktadır. Kararlar çok taraflı hukuki işlemler arasında yer almakta olup, aynı tarafa dâhil kişilerin aynı yönde açıkladıkları irade beyanları ile oluşur³³⁴. Bununla birlikte kararın hukuken geçerli bir şekilde sonuç doğurması için herkesin aynı yönde irade göstermesi gerekli olmayıp, aynı yönde irade açıklamayanlar da çoğunluğun iradesine dâhil olurlar ve alınan karar bu kişiler için de bağlayıcı olur³³⁵. Teşebbüs birliği kararlarının yazılı olup olmaması da önem taşımamaktadır.

³³⁰ Güven, Rekabet, s. 138. Teşebbüs birliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özden, Mehmet, **Profesyonel Meslek Birlikleri**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Yayın No: 0151, Ankara 2004.

³³¹ Özsunay, Ergun, “Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları”, **Perşembe Konferansları**, Şubat 2000, s. 63

³³² Rekabet Kurulu Kararı, K.N: 99-13/99-40, K.T: 04.03.1999

³³³ Korah, s. 42; Whish/Sufran, s. 193; Tekinalp ve Tekinalp, s. 336; Akıncı, s. 221; Özsunay, s. 163.

³³⁴ Eren, s. 160.

³³⁵ Eren, s. 160; Topçuoğlu, s.190. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 99-13/99-40, 04.03.1999 “Soruşturma heyetince, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ile İhlas Holding A.Ş. tarafından verilmiş

a. Teşebbüs Birliği Kararı Türleri

Teşebbüs birliklerinin sadece bağlayıcı nitelikte değil, tavsiye niteliğinde kararları da bulunmaktadır. Bu bakımdan Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesindeki yasak kapsamına giren teşebbüs birliği kararlarının kapsamının tespiti gerekmektedir.

aa. Bağlayıcı Nitelikte Kararlar

Teşebbüs birliklerinin yetkili organlarının yasa ve tüzükleri çerçevesinde almış oldukları kararların en önemli özelliği bağlayıcı olmalarıdır. Bu özelliği taşıyan teşebbüs birliği kararları, oy kullanmayanlar yahut muhalif oy kullananları kapsar şekilde teşebbüs birliğine dahil olan tüm üyeler için ortak ve tek bir çözüm sunarlar ve bu özelliği sebebi ile de teşebbüs birliği olarak alınan bu kararlar rekabeti sınırlayabilecek veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olurlar. Bu tür kararlara uymak zorunludur. Üye teşebbüsler bunlara uymadıkları takdirde, birlik tarafından cezai yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ancak, önemli olan birlik kararlarının bağlayıcı etkisinin birlik üyeleri üzerinde fiilen tesis edilebilmesidir.

bb. Tavsiye Niteliğinde Kararlar

Tavsiye niteliğini taşıyan teşebbüs birliği kararlarının Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yasaklanan “teşebbüs birliği kararları” kavramına dahil olup olmadığı hususu tartışmalıdır: *Aslan*, kanunda bağlayıcı karar veya tavsiye karar ayrımı yapılmadığını ve kararın hukuki niteliğinden çok fiili niteliğinin önemli olduğunu vurgulamış ve birliğin kararı nedeniyle rekabet sınırlanıyorsa, kararın bağlayıcı veya tavsiye kararı niteliğinde olup olmamasının önem taşımadığını belirtmiştir. Bu noktada asıl amaç rekabet ihlallerinin engellenmesi olduğundan, tüm bu kararların Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında aykırılık oluşturduğu

herhangi bir yazılı cevap tespit edilememiştir. Teşebbüslerin temsilcileri ile yapılan görüşmelerde de herhangi bir cevap verilmediği ifade edilmiştir. Ancak, BİAK'ı temsilen Pınar KILIÇ tarafından Universal Yayıncılık A.Ş.'ye gönderilen 03.10.1997 tarihli bir yazı ile Universal Yayıncılık A.Ş.'nin BİAK üyelik talebinin kurucu üyelerin toplu kararı ile sözleşmenin 2.1.8 inci maddesine istinaden reddedildiği bildirilmiştir. Dolayısıyla bir teşebbüs birliği kararı söz konusudur.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

kabul edilmelidir³³⁶. *Aslan*'a göre tavsiye kararlarına uyulması halinde teşebbüs birliği kararlarından dolayı teşebbüs birliği üyelerine cezai yaptırım uygulanması mümkündür³³⁷. *Topçuoğlu* ise, Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde ifade edilen rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararlarının, hukuken bağlayıcı ve uyulması üyeler için zorunlu olan kararlar olduğunu ileri sürmekte ve rekabeti kısıtlamaya yönelik bağlayıcı nitelikteki teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için uygulamaya konmalarına gerek olmadığını ifade etmektedir³³⁸. *Arı* ise, teşebbüs birliğinin almış olduğu kararın bağlayıcı olup olmamasından ziyade teşebbüs birliği tarafından alınmış kararın amacının ne olduğu veya bu kararın piyasada nasıl bir sonuca yol açacağı hususlarının önem taşıdığı kanaatindedir³³⁹. Kanaatimizce, bağlayıcı nitelikten yoksun olan tavsiye niteliğindeki teşebbüs birliği kararı rekabete aykırı etki doğurduğu takdirde Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında yasaklanan teşebbüs birliği kararları kapsamına dahil sayılmalıdır. Ancak bağlayıcı kararların bizatihi kendisi Rekabet Kanununa aykırılık teşkil ederken, tavsiye niteliğindeki kararların ayrıca uygulamaya konulmasının gerekli olup olmadığı üzerinde durulabilir. Bu noktada tavsiye niteliğindeki kararların hukuka aykırılığından bahsedilebilmesi için teşebbüs birliğine dahil olan üyelerin bu karara uymasının gerekli olmadığı, sadece kararın varlığının hukuka aykırılığın kabulü için yeterli olduğu görüşü savunulabileceği gibi, tavsiye niteliğindeki teşebbüs birliği kararının üyeler tarafından kendileri bağlı hissedilerek kabul edilmesi ve uygulanması gerektiği de söylenebilir. Kanaatimizce, teşebbüs birliği kararından bahsedebilmek için önemli olan, teşebbüs birliği kararının rekabeti ihlal etme amacı taşıması yahut rekabeti ihlal etkisi göstermesi veya gösterebilecek nitelikte olmasıdır³⁴⁰. Bunun yanı sıra teşebbüs birliği kararının teşebbüslere doğrudan uygulanması veya teşebbüsleri uymaya zorlayıcı yaptırım içermesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle de, tavsiye niteliği taşıyan kararların da teşebbüs birliği kararı olarak rekabeti ihlal edici nitelik taşıması mümkündür³⁴¹. Bu ise kural

³³⁶ Aslan, Rekabet, s. 152.

³³⁷ Aslan, Rekabet, s. 152.

³³⁸ Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001, s. 189 vd.

³³⁹ Arı, s. 73

³⁴⁰ Güven, Rekabet, s. 121.

³⁴¹ Aslan, Rekabet, s. 152.

olarak birlik üyelerinin hukuken zorlama olmasa da tavsiye kararına uymaları halinde söz konusu olabilir.

Ayrıca şunu da söylemek mümkündür: Teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirilen her türlü sözlü yahut yazılı nitelik taşıyan düzenlemeler, teşebbüs birliği üyelerinin bu kararı kabul etmeleri ve uymaları şartıyla karar niteliğinde kabul edilebilecektir³⁴². Önemli olan, üyelerin bu kararla kendilerini bağlı hissetmeleri olup, teşebbüs birliği üyesi fiilen kendilerini kararla bağlı hissediyorlarsa ve buna uyuyorlarsa ortada bağlayıcı bir karar var demektir. Bu karara tüm üye teşebbüslerin uyması da aranmamaktadır³⁴³. Teşebbüs birliği kararının, teşebbüs birliği üyesi tarafından uygulanması ile piyasada rekabetin sınırlandığı kabul edilebiliyorsa, ilgili kararın rekabeti ihlal edici nitelikte olduğu kabul edilmelidir³⁴⁴.

³⁴² Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-40/443-243, 20.10.2000 “TİAD’ın savunmasında bir dernek olan TİAD’ın kararlarını Dernekler Kanunu’nun belirlediği çerçevede içerisinde alması gerektiği, soruşturma konusu kararın ise ancak genel kurul tarafından alınabilecek nitelikte bir karar olduğu, oysa söz konusu kararın usulüne göre alınmış bir karar değil sadece gayriresmi bir toplantıda yapılan oylama neticesinde üyeler tarafından, tek fuara katılım yönünde almış oldukları bir karar olduğu ileri sürülmüştür. Rekabet hukuku açısından, teşebbüs birliği kararının Dernekler Kanunu çerçevesinde alınmasına gerek yoktur. Rekabet Kanunu’na aykırılık taşıyan bir karar veya uygulamanın yapılması yeterli olup bunun usulüne uygun olup olmadığına bakılmayacaktır. Aksi durumun kabulü teşebbüs birliklerinin rekabeti ihlal edici nitelikte olan ancak usulüne göre alınmamış kararlarına cevaz vermek olur ki, böyle bir yorum, Rekabet Kanunu hükümlerine ters düşecektir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

³⁴³ Danıştay 10. Daire E. 2001/1076 K. 2003/5205 “Sendika kararı, tavsiye kararı olarak alınırsa ve hiçbir bağlayıcılığı yoksa, bu gibi kararların yasaklanması söz konusu olmayabilir. Ancak şubeler bu tavsiye kararına aynen uyuyorlarsa ve bu nedenle, fiilen rekabet sınırlanıyorsa bu takdirde kararların tavsiye kararı bile olsa yasaklanması gündeme gelebilir. Burada asıl önemli olan, üyelerin bu kararlar kendilerini bağlı hissetmeleridir. Fiilen bağlı hissediyorlarsa ve bu kararlara uyuyorlarsa bağlayıcı bir karar olduğundan söz etmek mümkündür. Ayrıca, bu kararlara üyelerin tamamının uyması da gerekmebilir. Rekabeti sınırlamaya yetecek kadar üyenin uyması, bu kararın yasaklanması gereken bir sendika kararı olduğunun kabulüne yeterli olabilir.” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 05.10.2018).

³⁴⁴ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 03-70/844-366, 30.10.2003 “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi anlaşmalar ve uyumlu eylemler yanında rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki teşebbüs birliği kararlarını da yasaklamaktadır. Teşebbüs birliklerinin kararlarını; Genel Kurulları’nın aldığı kararlar, yetkili organlarının ilke kararları, iç işleyişlerine ait tüzükler, üyelik şartlarına ilişkin esaslar veya eylem planları olarak kabul etmek mümkündür. Teşebbüs birliği kararının yasaklanabilmesi için kanun veya tüzükte öngörülen usullere göre alınmış olmasına, üyelerini bağlayıcı olmasına gerek yoktur. Teşebbüs birliklerinin tavsiye niteliğindeki kararları, üyelerini bağlayıcı nitelikte olmasa dahi 4. madde çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Bu durumda, üyelerin geçmişte tavsiyelere uyup uymamaları yönündeki eğilimleri ve tavsiye kararı ile ilgili pazardaki rekabet üzerinde önemli bir etki meydana gelip gelmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Üyelerin kendilerini teşebbüs birliği kararı ile bağlı hissetmeleri de bu değerlendirmede önem taşımaktadır. Üyeler kendilerini fiilen bağlı hissediyorlar ve alınan karara uyuyorlarsa bağlayıcı bir kararın varlığı kabul edilmektedir. İncelemeye konu teşebbüs birliği kararının da bu unsurlar açısından irdelenmesi gerekmektedir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

cc. Kanunla Kurulmuş Teşebbüs Birliği Kararları

Teşebbüslerin biraraya gelme sebebi her zaman rekabeti sınırlamak amacına yönelik olmaz. Bazı teşebbüs birlikleri esasen kanun hükmü gereği kurulmuştur. Kanunla kurulan teşebbüs birlikleri bakımından önem taşıyan husus, rekabet ihlali niteliği taşıyabilecek olan eylemlerin kanuni bir yetkiden kaynaklanması halinde Rekabet Kanunu bakımından nasıl bir uygulamanın söz konusu olacağı noktasında toplanmaktadır. Çünkü kanunda, bu tür teşebbüs birliklerine fiyat tespit etme gibi rekabet açısından önemli sayılan kararları alma yetkisi verilebilmektedir.

Kanunla kurulmuş odalar ve birliklerde olduğu gibi kamu tüzel kişisi sayılan teşebbüs birlikleri, kanunen kendilerine tanınan ve hiçbir takdire yer bırakmayan yetkilerini kullanırken Rekabet Kanunu'na tabi olmayacaklardır. Bununla birlikte, teşebbüs birlikleri kendilerine kanunen takdir yetkisi tanınarak verilen hak ve yetkilerin kullanılmasında bu yetkiyi veren mevzuat hükümlerine uygun hareket etmekle yükümlüdürler. Bu noktada belirtilmelidir ki, teşebbüs birliği, kuruluş kanunu ve ilgili sair mevzuat ile kendisine tanınmayan yetkiyi kullanır ve rekabeti sınırlayıcı bir karar alırsa, bu birlik kanunla kurulmuş dahi olsa, aldığı karar Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında teşebbüs birliği kararı olarak kabul edilecektir³⁴⁵.

³⁴⁵ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 04-70/1012-247, 4.11.2004 “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Böylece, teşebbüslerin bağımsızca ekonomik karar alabilmesi öngörülmüştür. Düzenlemeye tabi pazarlarda, teşebbüsler mevzuatın çizdiği sınırlar içinde faaliyet göstermek durumundadır. Bu durum, rekabet hukukunun uygulanmasını da etkileyebilmektedir. İlaç pazarının perakendeci seviyesinde, reklamın yasaklanması ve azami fiyatın belirlenmesi gibi düzenlemelerle eczane faaliyetleri sınırlandırılmış olmakla birlikte, rekabete açık bir alan mevcuttur. Sağlık Bakanlığı’nca belirlenen azami fiyatın altında fiyatla satış dahil olmak üzere, mevzuatta yasak getirilmemiş konularda bağımsızca karar alınabilmektedir. Resmi/özel kurumlara satışlarda indirim yapılması bunun örneklerindendir. TEB Merkez Heyeti ve ilgili kuruluş arasında bir protokol düzenlenmediği takdirde, eczaneler arasında indirim bazında rekabet ortaya çıkabilecek ve bundan ilgili kuruluş faydalanabilecek, böylece rekabet maliyet etkin bir sonuç doğurabilecektir. Bu çerçevede, TEB’in iskonto oranının belirlenmesine yönelik kararları, eczanelerin bağımsızca ekonomik karar almasını engelleyen teşebbüs birliği kararı niteliğindedir ve 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamındadır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

4. Rekabet Kanunu'nun 4'üncü Maddesinde Örneksene Yoluyla Sayılan Rekabete Aykırı Haller

Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, 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 kararlarına örnek niteliğinde bazı haller öngörülmüştür. Tahdidi olmayan bu haller şunlardır:

- a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
- b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
- c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,
- d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,
- e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,
- f) Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi halleridir³⁴⁶.

5. Rekabete Aykırılığı Ortadan Kaldıran Muafiyetler

Pazarda serbest piyasa ekonomisinin sağlanması maksadı ile rekabeti bozucu anlaşmalar yasaklanmış olmakla birlikte, anlaşmaların serbest rekabeti kısıtlayıcı veya bozucu etkilerinin yanı sıra bazı şartlarda piyasaya faydalı yönlerinin bulunması da mümkündür. Bu gibi durumlarda, anlaşmaların faydaları ve zararları birlikte

³⁴⁶ Bu şekilde bir sayım Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101'inci maddesinde de yapılmıştır. ABİDA 101'inci maddede yapılan sayım da sınırlı sayım değildir.

değerlendirilmeli ve piyasaya zarardan çok yararının bulunduğu tespit edildiği takdirde, anlaşmaların rekabet hukukuna uygun olduğu kabul edilmelidir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, Rekabet Kanunu'nun 5'inci maddesinde Rekabet Kurulu'na rekabeti kısıtlayıcı ve bozucu anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve teşebbüs birliği kararlarına muafiyet verebilme yetkisi tanımıştır. Rekabet Kanunu'nun 5'inci maddesinin gerekçesinde bu düzenlemenin amacı şu şekilde ifade edilmiştir; “ 4 üncü madde yasağının mutlak bir şekilde uygulanması bazı istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, oluşturduğu zararlı etkilere nazaran ortaya çıkan yararlı etkilerin daha fazla olması halinde rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4 üncü madde yasağından muafiyet sağlamak gerekmektedir. Böyle bir muafiyetin verilebilmesi için maddede sayılan dört şartın aynı anda mevcut olması gerekir. Herşeyden önce rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın veya uyumlu davranışın ya da teşebbüs birliği kararlarının, ekonomi üzerinde olumlu etkiler doğurması gerekir. Bu yararlı etkilerin tüketicilere yansımayaarak sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanmayacaktır. Ortaya çıkan zarardan tüketicinin adil bir pay alması suretiyle rekabet hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkmaktadır. Eğer bu yararlı etkilerin elde edilmesi için daha az rekabet sınırlaması yeterli olacaksa anlaşmaya yine muafiyet verilmeyecektir. Sadece yararlı etkinin elde edilebilmesi için gerekli ve zorunlu olan rekabet sınırlamalarına muafiyet tanınabilecektir. Şu kadar ki bu sınırlamalarla rekabet, ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde tamamen ortadan kaldırılmamalıdır.”

Rekabetin Koruması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde muafiyete ilişkin getirilen düzenleme ise şu şekildedir; “Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a) Malların üretim veya dağıtımı 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,

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

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

Bu düzenleme uyarınca Rekabet Kurulunca şartlar gerçekleştiği takdirde bireysel yahut grup muafiyetinin tanınması mümkündür. Kanunda düzenlenen muafiyet sistemine göre, Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesinde düzenlenen yasak kapsamında yer alabilecek bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı 5’inci maddede düzenlenmiş olan şartları taşıdığı ve öngörülen usulü yerine getirdiği takdirde, 4’üncü maddenin uygulanmasından muaf tutulacaktır. Bu bağlamda, bireysel yahut grup muafiyetine tabi tutulan bir anlaşmanın geçersizliğini ileri sürmek veya bu anlaşmadan zarar gördüğünü iddia ederek tazminat talep etmek mümkün olmayacaktır³⁴⁷. Rekabet Kurulu tarafından talep üzerine verilen bireysel yahut grup muafiyet kararı kurucu ve yenilik doğuran bir idari işlem niteliği taşır³⁴⁸.

Bireysel muafiyet kararı ile kastedilen, tarafların Rekabet Kurulu’na yaptıkları müracaat neticesinde, Kurul tarafından sadece bildirilen anlaşmaya özgü olmak üzere muafiyet kararı verilmesidir. Rekabet Kurulu anlaşmanın tarafları kendisine başvurmadan, bir diğer ifade ile kendiliğinden bireysel muafiyet kararı veremez³⁴⁹. Kurul, Kanun’un 5’inci maddesinde yer alan şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4’üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir. Bu şartlar şunlardır: Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu

³⁴⁷ Sanlı, ss. 125-126.

³⁴⁸ Topçuoğlu, s. 262.

³⁴⁹ Gül, s. 111; Sanlı, ss. 125-126.

eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli olup, muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir.

Rekabet Kanunu'nun 13'üncü maddesinde muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınabileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme ile ayrıca Rekabet Kurulu'na taraflara yasaklama getirme yetkisi de tanınmaktadır. Hükme göre;

a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması,

b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,

c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması hallerinde Rekabet Kurulu tarafından taraflara verilen muafiyet veya menfi tespit kararlarının geri alınması yahut taraflara yasaklama getirilmesi mümkündür.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, muafiyet kararı, kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması gerekçesine dayanılarak geri alınıyorsa, geri alma kararı bu değişikliğin gerçekleştiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Eğer muafiyet kararı, karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak verilmesi gerekçelerine dayanılarak geri alınıyorsa, geri alma kararı muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Ayrıca maddenin üçüncü bendinde yer alan düzenleme uyarınca muafiyet kararındaki yanlışlık veya eksiklik ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmişse Rekabet Kurulu tarafından alınan muafiyet yahut menfi tespit kararı hiç alınmamış sayılacaktır.

Rekabet Kanunu'nun 5'inci maddesinin son fıkrasında ise Rekabet Kuruluna grup muafiyeti tanıma yetkisi verilmiştir. Madde gerekçesinde Rekabet Kurulu'na grup muafiyetine ilişkin tebliğ çıkarma yetkisi verilmesinin sebebinin, anlaşmalar için hem yasal belirlilik sağlanması hem de bu anlaşmaların sağladığı yararlı etkilerin ekonomiye kazandırılması olduğu belirtilmiştir. Rekabet Kurulu tarafından grup muafiyeti çıkarıldığı takdirde, grup muafiyeti kapsamında bulunan tüm anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, Rekabet Kurulu'na bildirilmesine yahut

tarafların herhangi bir talepte bulunmasına gerek olmaksızın kendiliğinden Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinin uygulanmasından muaf tutulacaktır. Rekabet Kurulu, kendisine verilen tebliğ çıkarma yetkisine dayanarak şu tebliğleri yürürlüğe koymuştur: “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” (Tebliğ No: 2002/2), “Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” (Tebliğ No: 2008/2), “Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği” (Tebliğ No: 2008/3), “Uzmanlaşma Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği” (Tebliğ No: 2013/3), “Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” (Tebliğ No: 2016/5) ve “Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” (Tebliğ No: 2017/3). Belirtilen tebliğlerde grup muafiyeti sağlanabilmesinin ve geri alınmasının koşulları detaylı olarak düzenlenmiştir.

B. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Hakim durum Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3'üncü maddesinde “*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*” olarak tanımlanmıştır³⁵⁰. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, hakim durumdaki teşebbüsün belirleyici bir etkiye bulunduğu ekonomik parametreler tanımında yer alan sayımla sınırlı değildir, zira bu konuda başka araçların da kullanılabileceği, cümlede yer alan gibi sözcüğünden de anlaşılmaktadır³⁵¹.

Rekabet Kanunu'nun 6'ncı maddesinin Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'daki karşılığı 102'inci maddedir. Bu düzenlemeye göre, hâkim durumda olan bir veya birden fazla teşebbüsün, ortak pazarın tamamında veya onun önemli bir kısmında, üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek şekilde hâkim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. Maddede hakim durumun tanımı yapılmamıştır. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşması'nın 66'ncı maddesinin 7'inci

³⁵⁰ Şiramun, Kanun'un yabancı bir terim olan “parametre” yerine “ölçü, değer” ifadelerini kullanmasının daha isabetli olacağını belirtmektedir. Bkz. Şiramun, s. 83, dn. 244.

³⁵¹ Aslan, Teori, s. 670; Aslan'a göre bu tanımlama bir de eksiklik içermektedir. İşletmenin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olması vurgulanırken kendisine mal verenlerden yani sağlayıcılardan bağımsızlığı vurgulanmamıştır. Bkz. Aslan, Teori, s. 671; Aslan, İ. Yılmaz, Kanun Değişikliği Gerekçeliğine Yol Açan Faktörler ve Yeni bir Kanun Önerisi, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III**, Erciyes Üniversitesi, Ankara 2005, s.13.

fikrasında bu kavram “etkin rekabeti engelleme gücüne sahip olma” olarak tanımlanırken, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında “hakim durum”, “sağlayıcılardan ve müşterilerden bağımsız olarak hareket edebilme gücü” olarak ifade edilmiştir³⁵².

Yapılan bu tanımlar karşısında, bir teşebbüs, piyasa faaliyetlerine ilişkin olarak, piyasa baskısını dikkate almaksızın bağımsız bir şekilde kendi kararlarını oluşturuyor ve bu yönde piyasa faaliyetlerine devam edebiliyorsa, o teşebbüsün hakim durumda olduğu söylenebilir. Söz konusu tanım uyarınca da hakim durumun unsurlarının belirli bir ekonomik güce sahip olma, bağımsızlık ve devamlılık biçiminde belirlenmesi mümkündür³⁵³.

Bir teşebbüsün hakim durumda sayılabilmesi için belirli bir ekonomik güce sahip olması gerekli olup, ekonomik gücün ne kadar yoğunlukta bir güç olması gerektiği konusunda kanunda açıklık bulunmamaktadır³⁵⁴. Doktrinde, bir teşebbüsün hakim durumda kabul edilebilmesi için ilk olarak rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden bağımsız hareket edebilme gücüne sahip olması gerektiği ifade edilmektedir³⁵⁵ ³⁵⁶. Bunun dışında, teşebbüsün pazardaki ekonomik gücü birçok faktörün birlikte değerlendirilmesiyle saptanabilir. Bu bağlamda fiili yahut yasal tekel konumunda bulunan teşebbüsün, tüketicilerden, müşterilerden ve rakiplerinden bağımsız davranabilmesini sağlayacak ekonomik güce sahip olduğu açık olduğundan

³⁵² Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission, 1 CMLR, 1978, 429; Case 6/72, Euopemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission, CMLR, 1973, s. 199; Case 85/76, Hoffman-La Roche & Co AG v. Commission, 3 CMLR 211, 1979, par. 38, 39. Doktrindeki görüşler için bkz. W. Landes/ R. Posner, “Market Power in Antitrust Cases”, **Harvard Law Review**, Cilt: 94, 1980, 1981, s. 937; Jones/ Sufrin, s. 303; B. E. Hawk, **Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide**, 2. Bası, Aspen Law & Business, 1990, ss. 788-789; J. P. Azevedo/ M. Walker, “Dominance: Meaning and Measurement”, **ECLR**, 2002, ss. 363-364.

³⁵³ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 06-29/361-91, 24.4.2006 “*Hakim durum, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak hakim durumun unsurlarını ekonomik güç, bağımsızlık ve bu gücün sürekliliği olarak belirlemek mümkündür.*” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

³⁵⁴ Aslan, Teori, s. 671. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali İhsan Çağlayan, **Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 26, Ankara 2003; Süleyman Cengiz, **Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 17, Ankara 2003; Aydın Öztunalı, **Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hakimiyeti, 4054 sayılı Rekabet Kanunu ve AB Mevzuatı Uygulamaları**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:9, Ankara 2003; Karakeçili, Feridun, Alagöz, Aylin, Çalış, Şirin, **Avrupa Topluluğunda İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları**, İKV Yayınları, No: 135, İstanbul 1995.

³⁵⁵ Aslan, Teori, s. 671; Aşçıoğlu Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 190.

³⁵⁶ Aslan, Teori, s. 671.

hakim durumda olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır³⁵⁷. Ekonomik güç kavramının tekel gücü anlamına geldiği konusunda doktrinde görüş ileri sürülmekle birlikte³⁵⁸, belirtelim ki bir teşebbüsün tekel niteliği taşımaksızın piyasayı önemli düzeyde etkilemesi, piyasa şartlarının kendi istekleri doğrultusunda oluşmasını sağlaması da pekala mümkündür. Bir diğer ifade ile ekonomik güç kavramı, teşebbüsün pazar payı ile bağlantılı ve doğru orantılı olduğundan, tekel sıfatını haiz olmayan teşebbüsün de hakim durumda olması imkansız değildir. Bu nedenle de bir teşebbüsün ekonomik gücünün değerlendirilmesi yapılmadan önce, hangi ürün pazarında ve hangi coğrafi pazarda faaliyet gösterdiğinin tespiti yapılmalı ve ekonomik gücün niteliği her somut olay bakımından kendi koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir³⁵⁹.

Hakim durumun diğer bir unsuru ise bağımsızlıktır. Hem Türk Hukuku hem de Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulaması bakımından bir işletmenin hakim durumda sayılabilmesi için, sağlayıcılarından, müşterilerinden ve rakiplerinden bağımsız olarak davranabilme gücüne sahip olması gerektiği kabul edilmektedir³⁶⁰. Bağımsızlık unsuru, Rekabet Kurulu kararlarında ilk olarak keyfi davranabilme gücü, bir diğer ifade ile belirli bir sektörde faaliyet gösteren bir teşebbüsün aynı sektörde yer alan diğer teşebbüsleri dikkate almaksızın tek başına pazar parametrelerini belirleyebilmesi ve pazarı tek başına yönlendirebilecek güce sahip olması şeklinde ifade edilmektedir³⁶¹. Bağımsızlığın bir diğer anlamı ise, grup şirketi içerisinde yer alan yavru şirket hukuken bağımsız olmakla birlikte ekonomik olarak bağımsızlığı söz konusu olmadığından, yavru şirket hakim durum değerlendirmesinde grup şirketinin kapsamı içerisinde değerlendirilecektir³⁶². Son olarak belirtelim ki, Rekabet Kurulu, grup şirketlerinde olduğu gibi franchise sözleşmelerinde ve

³⁵⁷ Aşçıoğlu Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 158.

³⁵⁸ Özsunay, s. 17.

³⁵⁹ Aslan, Teori, s. 672. Ürün ve coğrafi pazar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Rekabet, s. 278 vd.; Aslan, Teori, s. 148 vd.; Güven, Rekabet, s. 275 vd.; Şenyücel, Orçun/Aktaş, Cihan, İlgili Pazar Kavramı, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 1 S.2; Murat Çetinkaya, **İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Nitelikler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 4, Yayın No: 0086, Ankara 2003.

³⁶⁰ Aslan, Teori, s. 673.

³⁶¹ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-50/536-298, 21.12.2000 “*Binlerce kitabın basımının yapıldığı ve yine bir çok yayınevinin bulunduğu bir sektörde, bir yayın evinin tek bir kitap üzerinde münhasır basım ve dağıtım yetkisinden dolayı, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız olarak parametreleri etkilediğini söylemek mümkün görünmemektedir.*” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

³⁶² Aslan, Rekabet Hukuku, s.212; Tekinalp ve Tekinalp, AB Hukuku, N. 18- N. 55.

özellikle üretim franchisinde de hakim durumun tespitinde bağımsızlık unsurunun mevcut olmadığı kanaatindedir³⁶³.

Hakim durumun diğer bir unsuru ise devamlılık unsurudur. Bir teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücün hakim güç sayılabilmesi için bunun sürekli bir güç olması gerekli olup, geçici bir ekonomik güç, hakim durumun kabulü için yeterli değildir. Bu bağlamda, bir teşebbüs tek başına pazara sahip olsa bile pazara yeni girişler mümkün olduğu takdirde, piyasada oluşan geçici hakimiyet durumu hakim durum olarak kabul edilemez³⁶⁴. Hakim durumun belirli bir süre devam etmiş olma şartı kabul edilmekle birlikte, bunun ne kadar bir süre için devam etmesi gerektiği konusunda kesin bir süre belirtilmemektedir. Doktrinde, Rekabet Kanunu'nun 6'ncı maddesinin hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklaması nedeniyle hakim durumda bulunan sürenin kanunda belirtilen "kötüye kullanma" fiilini gerçekleştirmeye elverişli ölçüde olması gerektiği kabul edilmektedir³⁶⁵. Kurul, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da, hakim durum tespiti bakımından, incelenen ürünün ve pazarın özelliklerine göre değişebilmekle beraber genellikle iki yıllık sürenin yeterli olacağı ifade edilmektedir³⁶⁶. Avrupa Birliği uygulamasında, hakim durum olduğunun tespiti için ilgili teşebbüslerin faaliyet

³⁶³ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 99-41/435-274(a), 06.09.1999 "Esasen, fason üretim yapan firmaya söz konusu ürünleri belli müşterilere satma yükümlülüğü getirilmesi ve hangi fiyatla satacağının belirlenmesi son derece doğaldır ve bu tip bir sınırlamayı rekabet ihlali olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira, fason üretim yapan firma diğer firmanın adına ve genellikle onun sağlamış olduğu olanaklarla üretim yapmaktadır. Sonuç olarak, McDonald's restoranlarında kullanılan et ürünleri pazarında tek üretici olan Pınar Et'in fason üretim yapması ve söz konusu et ürünleri ile ilgili ekonomik kararları almada bağımsız hareket edememesi nedeniyle, söz konusu üretici firmanın hakim durumda olduğu ileri sürülemeyeceği gibi, söz konusu et ürünlerinin franchise alanlara doğrudan Pınar Et tarafından satışının engellendiğine ilişkin herhangi bir tespit de bulunulmamıştır" Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

³⁶⁴ Ercüment Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukuku'nda Birleşme ve Devralmalar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 122; Aslan, Teori, s. 673.

³⁶⁵ Aslan, Teori, s. 673.

³⁶⁶ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 00-33/356-200, 05.09.2000 "Şikayet başvurusunda birlikte hakim durumda oldukları iddia edilen Doğan, Bilgin grupları ile Olay ve Bursa 2000 gazetesinin pazar payları toplamı Mart ayında % 72,6 Nisan ayında %78,6 ve Mayıs ayında % 68,3 şeklinde gerçekleşmiştir. Dört grubun pazardaki toplam payının yüksek olması nedeniyle hakim durum kriterlerinden birisi olan ekonomik gücün var olduğu ileri sürülebilirse de, pazar payı büyüklüğü hakim durum analizi açısından tek başına yeterli değildir. Gazete fiyatlarında meydana gelen değişikliklere paralel olarak gazetelerin/grupların pazar payları da değişmektedir. Bu nedenle, ilgili pazarda hakim durum kriterlerinden ikincisi olan ekonomik gücün sürekliliği söz konusu değildir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 05.10.2018).

gösterdikleri piyasalarda asgari 5 yıllık süre boyunca bu hakimiyetlerini muhafaza etmeleri gerektiği kabul edilmektedir³⁶⁷.

Burada değinilmesi gereken diğerk bir nokta ise birlikte hakimiyet kavramıdır. 4054 sayılı yasanın 6'ıncı maddesinde sadece tek başına hâkim durum değilk birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması da yasaklanmıştır. Zira hükümde *“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır”* ifadesine yer verilerek birlikte hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Rekabet Kurulu Kararlarında, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması şu şekilde tanımlanmıştır: Birlikte hakimiyet, *“Pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine ederek, tek bir teşebbüs gibi davranma yeteneğine sahip olmalarıdır”*³⁶⁸. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102'inci maddesinde ise birlikte hakimiyet, *“ortak pazarın tamamında yahut önemli bir kısmında bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmaları”* olarak ifade edilmiştir.

Bununla birlikte hangi hallerde birlikte hâkim durumun var sayılması gerektiğine dair herhangi bir belirleme yapılmamıştır³⁶⁹. Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinde hakim durumun tanımı yapılırken birlikte hakimiyet durumunun söz konusu olabileceği belirtilmiş olmakla birlikte, birlikte hakimiyetin teşebbüsler arasında gerçekleştirilecek anlaşma, uyumlu eylem yahut karar olması şartı aranmamıştır³⁷⁰. Bir diğerk ifade ile kanun lafzen yorumlandığında birlikte hakim durumun "birlikte davranış" veya "başkaları ile yapılacak anlaşmalar" ile ortaya çıkabileceği düşünülebilirse de, "birlikte davranış" ve "başkaları ile yapılacak anlaşmalar" birlikte hakim durumun unsurlarını oluşturmaktadır. Bu durumun aksinin kabulü durumunda birlikte davranış veya anlaşmalar dışında kalan hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin madde kapsamı dışında kalması sonucu ortaya çıkacaktır³⁷¹. Bu noktada Rekabet Kanunu'nun 6'ıncı maddesinde

³⁶⁷ Pelin Güven, *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, 1. Bası, Ankara, 2002, s. 133.

³⁶⁸ Rekabet Kurulu Kararı, KS: 03-40/432-186, 09.06.2003.

³⁶⁹ Aslan, Teori, s. 690.

³⁷⁰ Aslan, Teori, s. 690; Aşçıoğlu Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 158.

³⁷¹ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 389; Sanlı, s. 256. Rekabet Kurulu Kararı, KS: 03 - 40 / 432-186, 09.06.2003 *“4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan "anlaşmalar ya da birlikte davranışlar",*

yasaklanan davranış birlikte hakim durumda bulunmak olmayıp, hakim durumun birlikte kötüye kullanılması olduğundan pazarda birlikte hakim durumda olduğu tespit edilen teşebbüslerden sadece bu hakimiyetini kötüye kullanan teşebbüsün Kanun'un 6'ncı maddesi anlamında hukuka aykırılıkta bulunduğundan bahsedilebilecektir³⁷².

Hakim durumun unsurları belirtildikten sonra değinilmesi gereken diğer bir konu ise, somut olayda hakim durumun tespitidir. Hakim durumun tespiti bakımından doktrinde yapısalcı ve davranışçı olmak üzere iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır. Yapısalcı yaklaşım, bir pazarın şeklini, durumunu, niteliklerini veya bir firmanın kendi iktisadi politikasını oluştururken göz önünde bulundurduğu sürekli ve yavaş değişen koşulları esas alır. Bu yaklaşıma göre, bir firmanın fiyat politikaları içinde bulunduğu piyasanın alıcı ve satıcıların sayısı, pazar güçleri ve pazara giriş koşulları yapısal koşullarıyla belirlenir³⁷³. Davranışçı yaklaşım ise, firmaların kararlarının sonucu olan ve kısa sürede değiştirilebilir olan pazar unsurlarını dikkate alır. Bu yaklaşıma göre bir firma, davranışlarını rekabet baskısı olmaksızın bağımsız olarak belirleyebiliyorsa, örneğin fiyatlama politikası oluşturabilme gücüne veya fiyatları kontrol etme gücüne sahipse hakim durumda olduğu kabul edilmektedir³⁷⁴. Bununla birlikte yapısalcı yaklaşım ya da davranışçı yaklaşım tek başına esas alınarak, teşebbüsün gücünün rekabeti sınırlayıp sınırlamadığını söylemek mümkün olmadığından her iki yaklaşım birlikte değerlendirilmeli ve hakim durumun saptanmasında pazarın yapısalcı değerlendirmesi ile birlikte davranışçı yaklaşım da esas alınmalıdır³⁷⁵.

Kanunun 4. maddesinde yasaklanan anlaşmalar ve uyumlu eylem niteliğindeki birlikte davranışlardan farklı yönleri sahiptir. 6. maddede adı geçen anlaşmalar 4. maddede yasaklanmış veya yasaklanmamış anlaşmalar olabilir. Bu anlaşmaların taraf teşebbüslere Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde ifade edilen "...rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü" sağlayarak birlikte hakim duruma gelmelerine ve iktisadi açıdan birlikte pazar gücü teşkil etmelerine olanak tanımaktadır. Birlikte davranışlar ile, 4. maddeye göre rekabet ihlali olarak kabul edilen "uyumlu eylem"ler arasındaki asıl farklılık, 4. maddede anlaşma ve uyumlu eylemler rekabetin kısıtlanması durumunda doğrudan yasaklanırken, 6. maddede anlaşma ve birlikte davranışların birlikte hakim durumda yol açabileceği ve ancak bu durumun kötüye kullanılması halinde ihlal tespitinin yapılabileceğidir. Başka bir ifadeyle, birlikte hakim durumda bulunmak tek başına 4054 sayılı Kanunun ihlali için yeterli değildir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.10.2018).

³⁷² Aşçıoğlu Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 159.

³⁷³ Aslan, Teori, s. 674; Öztunalı, s. 20 dn.20.

³⁷⁴ Aslan, Teori, s. 675.

³⁷⁵ Aslan, Teori, s. 675.

Rekabet Kanunu'nun 6'ncı maddesi ile belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Bu nedenle de bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespiti için öncelikle faaliyette bulunulan ilgili pazarın tanımlanması ve tespiti gerekmektedir³⁷⁶. Bir diğer ifade ile teşebbüslerin hakim durumda bulunup bulunmadıklarının tespiti için öncelikle bir piyasada faaliyet göstermeleri ve içerisinde bulundukları bu piyasanın net bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir³⁷⁷. Teşebbüslerin hangi piyasalarda faaliyette bulunduklarının tespiti yapıldıktan sonra, hangi ürün pazarı ve hangi coğrafi pazarda faaliyet gösterdikleri incelenmelidir. İlgili ürün pazarı, belirli bir ürün ile tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları, fiziksel ve teknik özellikleri bakımından benzer olan ve birbirleriyle değiştirilebilir yahut ikame edilebilir bir dizi mal ya da hizmetten oluşmaktadır³⁷⁸. Bir diğer ifade ile, ilgili ürün pazarı, bir teşebbüsün hangi malı ürettiğini veya hangi hizmeti ifa ettiğini gösterir³⁷⁹. İlgili pazar kavramının tespitinde, belirlenmesi gereken bir diğer husus ise hakim durumdaki teşebbüsün coğrafi sınırlarının, yani ilgili coğrafi pazarının tespitidir³⁸⁰. Coğrafi pazar bir ülkenin tümü olarak değerlendirilebileceği gibi, bir ülkenin sadece bir bölgesi olarak da değerlendirilebilir. Bunun yanı sıra tüm belirtilenlerin aksine, Avrupa Birliği gibi oluşumlarda birden fazla üye ülke olarak değerlendirilebilmesi mümkündür³⁸¹. Her

³⁷⁶ Mustafa Ateş, "Son Yapılan Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Politikasına Genel Bir Bakış", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 7, No: 2, Bahar 2008, s. 59.

³⁷⁷ Sanlı, s. 246.

³⁷⁸ Güven, Şerh, s. 163; Kemal Tahir Su, "**Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi**", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 94, Ankara 2003, s. 11. Rekabet Kurulu Kararı, K.S.:12-47/1413-474, K.T.: 01.10.2012.

³⁷⁹ Tekinalp ve Tekinalp, s. 439; Şiramun, Serpil, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 24. Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2010/4 Sayılı Tebliğ'de ürün pazarının tespitinde şu unsurların dikkate alınacağı vurgulanmaktadır "*İlgili ürün pazarının tespitinde, tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir.*" Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.10.2018).

³⁸⁰ Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı tebliğde ilgili coğrafi pazar şu şekilde tanımlanmıştır; "*İlgili coğrafi pazar, 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 bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri, tüketici tercihleri, giriş engelleri, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır.*" Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 10.10.2018).

³⁸¹ Erol, s. 166; Şiramun, s. 24; Sanlı, s. 283 dn. 62. Hoffmann La Roche davasında (Hoffmann La Roche-Komisyon, (1979), ECR. 461 (1979), 3 CMLR. 211,274),

bölgenin veya ülkenin farklı talep özellikleri göstermesi, fiyatların farklı bazda belirlenmesi, o bölgenin yahut ülkenin kendisi dışında kalan bölge yahut ülkelerden de ürün temin etmesi o bölgenin ayrı bir coğrafi pazar olduğunun göstergesi olarak kabul edilmektedir³⁸². İlgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın yanı sıra ilgili zaman süreci de hakim durumun tespitinde önem taşımaktadır. İlgili zaman süreci, bir ürünün talep ya da arzının esnekliği incelenirken, kısa ve uzun dönemli değerlendirmelerin farklı sonuçlar vermesi ile ilgili olup, ilgili ürün piyasasında hakim durumda bulunmayan teşebbüs, o mal veya hizmetin özelliğinden dolayı belirli dönemlerde hakim durumda kabul edilebilir³⁸³. Bu nedenle teşebbüslerin ilgili mal ya da hizmet piyasasında hakim durumda olup olmadıklarının doğru şekilde tespit edilebilmesi için faaliyette bulundukları dönem açısından da pazardaki durumlarının değerlendirilmesi gerekir³⁸⁴.

Hakim durum tespitinde kullanılan ölçütlerden en belirleyici olanı ilgili teşebbüsün pazar payıdır. Bununla birlikte, teşebbüsün pazar payının çok yüksek olması hakim durumun tespiti için tek başına yeterli bir kıstas olmayıp, pazardaki rakiplerin sayısı ve rakiplerin pazar payının da dikkate alınması gerekir. Teşebbüsün pazar payı hakim durumun tespitinde niceliksel ölçüt olup, yalnızca niceliksel ölçütlerden hareket etmek hakim durumun tespitinde her zaman doğru sonuçlar vermemektedir. Bu nedenle de niceliksel ölçütlerin yanında niteliksel ölçütler de dikkate alınarak bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı tespit edilmelidir³⁸⁵. Hakim durumun belirlenmesinde esas alınan niteliksel ölçüt ise pazara giriş engelleridir. Bir teşebbüs sahip olduğu pazar payı yanında, piyasaya girmek isteyen potansiyel rakip teşebbüslerin piyasaya girmelerini zorlaştıran unsurlara sahip olduğu takdirde söz konusu teşebbüsün ilgili piyasada hakim durumda olduğu kabul edilmektedir³⁸⁶. Pazara giriş engelleri arasında ise kanunlardan kaynaklanan giriş engelleri, yüksek finansman ihtiyacı, ölçek ekonomileri ve fazla kapasite, piyasada kökleşen teşebbüsün iyi organize olmuş dikey entegrasyonu, gelişmiş ve yaygın dağıtım ağı, geniş ürün yelpazesi, bağımlı müşteri kitlesinin varlığı, teknolojik

³⁸² Sanlı, s. 250; Su, s. 13.

³⁸³ Aşçıoğlu Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 102; Cengiz, s. 86.

³⁸⁴ Güven, Rekabet, s. 301; Su, s. 14.

³⁸⁵ Mehmet Yanık, “Rekabet Hukuku'nun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri”, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 19, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 119, Ankara 2003, s. 26.

³⁸⁶ Şiramun, s. 31.

üstünlükler, birçok pazarda faaliyet gösterme, piyasaya girebilme süresi gibi kriterler hakim durum tespitinde dikkate alınan niteliksel ölçütler arasında yer almaktadır³⁸⁷.

Belirtmek gerekir ki, kanunun 6'ncı maddesinin uygulanabilmesi için hâkim durumda olmak ön koşuldur. Bununla birlikte kanunda yasaklanan, hakim durumda olmak değil, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Aksine hakim durumda bulunan teşebbüslere, rekabeti ihlal etmemeleri, tüketici veya rakipler aleyhine zarar verici davranışlardan kaçınmaları adına özen borcu yüklemiştir³⁸⁸. Bu husus madde gerekçesinde de açık bir şekilde ifade edilmiştir³⁸⁹. Rekabet Hukuku uygulamalarında, ister yasal bir düzenleme sonucu, isterse kendi iç etkinliği sonucu elde edilmiş olsun, hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumda olmayan teşebbüslerden farklı olarak özel bir sorumluluklarının olduğu kabul edilmekte ve bu özel sorumluluk nedeni ile de hakim durumda bulunan teşebbüsten ilgili ürün pazarındaki rekabet üzerinde ortaya çıkan etkisini bilmesi ve davranışlarını kontrol altında tutması beklenmektedir³⁹⁰.

Rekabet Kanunu'nun 6'ncı maddesinde yer alan ve özellikle kötüye kullanım halleri olarak sayılan davranışlar şunlardır;

a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,

³⁸⁷ Aşçıoğlu Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, ss. 111-114; Sanlı, s. 254.

³⁸⁸ Kısa, s. 16.

³⁸⁹ "Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımların artması istenmektedir. Çünkü gelişen dünyada dış ticaret gittikçe artmakta gümrük duvarları çeşitli anlaşmalarla ya indirilmekte ya da tamamen kaldırılmaktadır. Ayrıca ülkemiz Avrupa Topluluğuna tam üyelik için başvurmuş bulunmaktadır. Bu şartlar altında teşebbüslerin büyüyerek Topluluk ve dünyada rekabet edebilecek güce erişmeleri gerekir.

Diğer taraftan, piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.

Bazı durumlarda teşebbüs, hakim duruma yasaların sağladığı korumalar nedeniyle de gelebilir. Özellikle sınai ve ticari mülkiyet hakları böyle bir koruma sağlar. Bu hakların kullanımı hiç bir şekilde rekabeti ortadan kaldırma amacına hizmet etmemelidir. Ayrıca uygulamada en çok rastlanan kötüye kullanma halleri İkinci fıkra da örnek olarak sayılmıştır ve bunlar tahdidi değildir."

³⁹⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 466; Ülgen, s. 21; Karakılıç, ss. 439- 440; Sanlı, s. 260.

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.

Hakim durumun kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için kusur şartı aranmamaktadır. Zira, hakim durumun kötüye kullanılması objektif olarak değerlendirilmekte olup, teşebbüsün kusurunun bulunup bulunmaması, hukuka aykırılığın tespitinde dikkate alınmaz³⁹¹. Bu nedenle hakim durumda olduğu tespit edilen teşebbüsün, rekabete aykırı eyleminin sonucunda rekabetin bozulacağını yahut ortadan kalkacağını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerçekleştirilen fiilin Rekabet Kanunu'nun 6'ncı maddesine aykırılığını ortadan kaldırmaz³⁹². Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukuka aykırılığın tespitinde kusurun aranmaması, hakim durumun kötüye kullanılmasında uygulanan sorumluluk bakımından kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsendiğini göstermektedir³⁹³.

C. Birleşme ve Devralma

Birleşme ve devralmalar, Rekabet Kanunu'nun 7'inci maddesinde iktisadi yönden ele alınarak düzenlenmiştir³⁹⁴. Teşebbüslerin büyüme stratejileri içsel büyüme veya dışsal büyüme şeklinde gerçekleştirilebilir. İçsel büyüme durumunda teşebbüsler, kendi iç kaynakları ile finanse ederek yarattıkları ek üretim kapasitesi ile yahut dışarıdan sağladıkları fonlarla piyasadaki durumlarında iyileşme yaratırlar³⁹⁵.

³⁹¹ Yiğit, s. 140; Ünal Tekinalp, "ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri", Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, Şubat 2000, s. 74

³⁹² Kısa, s. 15.

³⁹³ Yiğit, s. 141; Kısa, s. 16.

³⁹⁴ Erdem, 19.

³⁹⁵ Orhan Çelik, *Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999, s. 11. Birleşme devralma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar Can Göksoy,

Dışsal büyüme ile kastedilen ise bir teşebbüsün diğer teşebbüs yahut teşebbüslerin bir kısmını ya da tamamını devralarak ya da yönetimlerini kontrol altına alarak yeni ve daha büyük bir ekonomik birim meydana getirmek üzere birleşmeleri anlamına gelir³⁹⁶. İçsel büyüme Rekabet hukuku açısından denetime tabi olmamakla birlikte dışsal büyümenin piyasadaki gücün tek elde toplanması sonucunu doğurma ihtimali bulunduğundan Rekabet Kurulu'nun denetimine tabidir³⁹⁷.

Doktrinde birleşme ve devralma kavramı üst başlık olarak “yoğunlaşma” kavramının altında incelenmektedir³⁹⁸. Rekabet hukuku anlamında yoğunlaşma ise,

“Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi–Maddi Hukuk Yönünden”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2003

³⁹⁶ Çelik, s. 11.

³⁹⁷ Yılmaz Aslan, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1992, s. 265. RKHK 7’inci maddesinin gerekçesinde yer alan “*Burada dikkat çekilmesi gereken husus teşebbüslerin kendi iç dinamiği dışında büyümelerinin denetim altına alınmasıdır.*” ifadesi, rekabet hukuku denetiminin kapsamına sadece dışsal büyüme faaliyetinin girdiğini göstermektedir

³⁹⁸ Rekabet Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nda birleşme ve devralma terimi yerine yoğunlaşma teriminin kullanılması tercih edilmiş ve aşağıdaki şekilde değiştirilmesi teklif edilmiştir.

“Yoğunlaşma İşlemlerinin Bildirimi ve İncelenmesi

MADDE 7/A- Kurul tarafından belirlenen eşiklerin aşılması durumunda, yoğunlaşma işlemlerinin gerçekleştirilmeden önce Kuruma bildirilmesi zorunludur. Bildirim, Kurul tarafından hazırlanan bildirim formunda istenen bilgi ve belgelerin eksiksiz olarak Kurum kayıtlarına intikal ettirildiği tarihte yapılmış sayılır. Kurul, bu tarihten itibaren otuz işgünü içinde, işleme olduğu gibi ya da belirli bozucu şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir. Kurul, tarafların yazılı görüşünü almadan yasaklama kararı veremez. Bu durumda, görüş isteme yazısının tebliğinden görüşün Kuruma intikal ettiği tarihe kadar inceleme süresi durur. Kurulun otuz işgünlük sürenin sonunda herhangi bir karar vermemesi halinde, işleme izin verilmiş sayılır. Yoğunlaşma işlemleri izin verilene kadar gerçekleştirilemez. Özelleştirme yoluyla gerçekleştirilen yoğunlaşma işlemleri hariç olmak üzere, incelemenin derinleştirilmesi ihtiyacının bulunması durumunda otuz işgünlük süre Kurul kararı ile dört aya kadar uzatılabilir.

Şart ve yükümlülükler ancak 7 nci madde kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla taraflarca verilebilecek taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir. İzin kararının taraflarca verilen yanlış veya yanıltıcı bilgiye dayanarak alınmış olması ya da kararda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hallerinde, bu karar geri alınabilir. Kurul, iznin geri alınması veya bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle iznin ortadan kalkması durumunda, yoğunlaşma işleminin sona erdirilmesi için teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını devretmeleri de dahil gerekli gördüğü her türlü tedbiri alır. Bu durumda, tarafların konuya ilişkin savunmaları istenir.

Kurul, hangi yoğunlaşma işlemlerinin Kuruma bildirilmesi gerektiğini, bildirim ve incelemenin usul ve esaslarını tebliğlerle belirler.”

“İzinsiz Gerçekleştirilmiş Yoğunlaşma İşlemleri

MADDE 7/B- Kurum, bildirilmesi zorunlu bir yoğunlaşma işleminin izin alınmaksızın gerçekleştirildiğinden haberdar olduğunda, işlemi incelemeye alır. Otuz işgünü içinde yapılacak inceleme sonucunda Kurul, 16 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen para cezasını uygular ve işlemin;

a) 7 nci madde kapsamına girmediğine karar verebilir, veya

b) 7 nci madde kapsamına girdiğini tespit ederse, 16 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen para cezasını uygular ve belirli bozucu şart ve yükümlülükler çerçevesinde işlemin devamına karar verebilir ya da işlemin sona erdirilmesi için teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını

ekonomik karar alma gücünün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde toplanması ve bu şekilde piyasadaki rekabetin azalması durumudur³⁹⁹. Doktrinde yoğunlaşma farklı şekillerde tanımlanmaktadır⁴⁰⁰. Bununla birlikte, doktrinde kullanılan yoğunlaşma teriminin uygunluğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Yoğunlaşma teriminin, teşebbüsler arasındaki birliktelikleri tam olarak kapsamadığına ilişkin görüşe göre, birleşme kavramı, yoğunlaşmayı da içerisine alan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir⁴⁰¹. Bir diğer görüşe göre ise, teşebbüsler arasındaki kurumsal ve sürekli birliktelikler yoğunlaşmayı oluşturduğundan yoğunlaşma, ekonomik gücün merkezileşmesinin her türünü kapsamakta ve böylece daha geniş bir kavramı ifade etmektedir⁴⁰². Bu nedenle Rekabet Kanunu'nun 7'inci maddesinde düzenlenen birleşme ve devralmayı ifade etmek için “yoğunlaşma” kavramı yahut “yapısal yoğunlaşma” kavramının kullanılması daha isabetlidir⁴⁰³.

Birleşme ve devralmalar piyasada mevcut olan rekabet düzeni üzerinde yapacağı etki bakımından çeşitlere ayrılmaktadır. Bu gruplandırma Kanun ve Kanun'a dayalı olarak çıkarılan tebliğler tarafından değil, doktrin tarafından yapılmaktadır. Doktrin tarafından yapılan sınıflandırmaya göre birleşme ve devralmalar yatay, dikey ve karma birleşmeler ve devralmalar olarak

devretmeleri de dahil gerekli gördüğü her türlü tedbiri alabilir. Bu durumda, tarafların konuya ilişkin savunmaları istenir.

İncelemenin derinleştirilmesi ihtiyacının bulunması durumunda otuz işgünlük süre Kurul kararı ile dört aya kadar uzatılabilir.”

³⁹⁹ Sanlı, s. 317.

⁴⁰⁰ Bu konuda diğer tanımlar ise şöyledir: “Ekonomik gücün ve karar verme gücünün azalan sayıdaki işletmeler arasında yeniden paylaşımı konsantrasyon olarak nitelendirilir.” Bkz. Aslan, Avrupa Topluluğu, s. 265. “Az sayıda teşebbüsün toplam satışlar, varlıklar veya istihdam gibi ölçütlere göre ekonomik faaliyetin büyük kısmını elde tutmaları durumudur”. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2009, s. 205.

⁴⁰¹ Hukukî anlamda birleşme, bir veya daha fazla ticaret şirketinin malvarlığının, tasfiye olmaksızın, içlerinden birine ya da yeni kurulan ortaklığa kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla geçmesi, bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak infisah eden şirketin ortaklarının birleşilen şirkette kendiliğinden pay kazanması yoğunlaşmadan da geniş bir durumu ifade eder. Bkz. Pınar Öztürk, “Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’ların Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1998, s. 505.

⁴⁰² Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987, s. 2; Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2000, s. 462; Sanlı, s. 349, dn. 18; Fisun Uyanış Rosner, “**Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme veya Devralmaların Değerlendirilmesi**”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001, s. 69; Güven, Rekabet, s. 363.

⁴⁰³ Sanlı, ss. 316-317; Ercüment Erdem, “Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2001, s. 203.

sınıflandırılmaktadır ve bunların her birinin piyasada doğurdıkları etkiler birbirinden farklıdır⁴⁰⁴. Yatay birleşmeler, bir mal veya hizmet pazarının aynı seviyesinde yer alan, bir diğer ifade ile aynı ürün pazarında aynı üretim veya dağıtım aşamasında faaliyet gösteren birbirinden bağımsız, rakip teşebbüslerin gerçekleştirdikleri birleşme ve devralmaları ifade eder⁴⁰⁵. Bir diğer ifade ile birleşme işlemine taraf olan teşebbüslerin, işlem öncesinde fiilen rakip oldukları durumlarda yatay birleşmeden söz edilir. Yatay birleşmelerin, dikey ve karma birleşmelerden çeşitli farklılıkları bulunmaktadır. Bu farklılıklar, yatay birleşmenin gerçekleşmesinden sonra ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısında azalma olması ve yatay yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin yatay birleşme işlemi öncesine göre daha fazla pazar payına sahip olmalarıdır⁴⁰⁶. Yatay yoğunlaşmanın diğer yoğunlaşma türlerine nazaran rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin daha fazla olduğu doğru ise de, yatay yoğunlaşmanın her durumda rekabeti sınırlayıcı etkisinin bulunduğu kabulü mümkün değildir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Aslan, Teori, s. 790; Aslan, Rekabet, s. 220; Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s. 7; Esin, Rekabet Hukuku, s. 227; Paul Craig/Gráinne De Búrca, **EU Law: Text, Cases, and Materials**, 4. bs., A.B.D., Oxford University Pres, 2008, s. 1043; Ed. Peter Roth QC/Vivien Rose, Bellamy&Child **European Community Law Of Competition**, 6. bs., A.B.D., Oxford University Pres, 2008, s. 752; Valentine Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice**, 9. bs., Oxford, Hart Publishing, 2007, s. 411 vd; Alison Jones ve Brenda Sufrin, **EC Competition Law Text, Cases, And Materials**, 3. bs., A.B.D., Oxford University Pres, 2007, s. 945-946; Aslan, Teori, s. 535; Aslan, Avrupa Topluluğu, s. 265; Sanlı, s. 318; Uyanış Rosner, s. 79; Erdem, s. 37; Güven, Rekabet, s. 380; Şebnem Kulaksızoğlu, **Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma ve Yararlar**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, s. 3 vd; İsmail Yücel Ardıç, **Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004, s. 12

⁴⁰⁵ Aslan, Avrupa Topluluğu, s. 265; Aslan, Teori, s. 793; Aslan, Rekabet, s. 221; Sanlı, s. 318; Güven, Rekabet, s. 380; Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s. 37. E. Thomas Sullivan, Jeffrey L. Harrison, **Understanding Antitrust and Its Economic Implications**, Third edition, Matthew Bender & Company Incorporated, 1998, s. 339; Roth QC/Vivien, s. 752; Jones/Sufrin, s. 945; Whish/Sufrin, s. 665; Korah, s. 411.

⁴⁰⁶ Aslan, Teori, s. 794; Aslan, Rekabet, s. 231; Güven, Rekabet, s. 380; Hovenkamp, Herbert Federal Antitrust Policy: The Laws of Competition and Its Practice, 3. bs., St. Paul, West Group Publishing, 2005, s. 445.

⁴⁰⁷ Canellos ve Silber, s. 142; Whish ve Sufrin, s. 665; Aslan, Avrupa Topluluğu, s. 266; Aslan, Teori, s. 794; Aslan, Rekabet, s. 231; Güven, Rekabet, s. 380. Rekabet Kurulu Kararı, K.N.: 99-5/41-16, K.T.: 04.02.1999 Kararda Rekabet Kurulu devralma işleminin gerçekleştiği ilgili ürün pazarındaki firmaların pazar paylarının birbirine çok yakın olduğu, pazarda ilk üç sırada bulunan firmaların yüzde birer puan farkla sıralandıkları ve devralınan şirketin pazarda önemli bir konumda bulunmadığından hareketle devir işlemine izin vermiştir. “EÖS Eczacıbaşı Özgün Kimyasal Ürünler ve Ticaret A.Ş.’nin SİFAR İlaçları Ticaret ve Sanayi A.Ş.’ne ait üretim tesislerini devralması işleminin, 4054 sayılı Kanun’un 7’nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 4’üncü maddesi kapsamında bir devralma olduğu; ancak bu devir işlemi sonucunda aynı Kanun’un 7’nci maddesinde belirtilen bir hakim durumun yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olmadığı kanaatine varılarak, bildirim konusu

Dikey yoğunlaşma ile kastedilen ise, üretim ve dağıtım zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren, iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında gerçekleşen birleşme ve devralmadır⁴⁰⁸. Bir diğer ifade ile ilgili piyasada üretim aşamasında faaliyet gösteren bir teşebbüsün, dağıtım aşamasında faaliyet gösteren bir teşebbüs ile birleşmesi ya da üretim aşamasında faaliyet gösteren bir teşebbüsün hammadde sağlayan bir teşebbüsü devralması dikey yoğunlaşma olarak kabul edilmekte ve bu birleşmelerin değerlendirilmesinde birleşme işleminin tarafı olan teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri pazarlar alt pazar ve üst pazar olarak adlandırılmaktadır⁴⁰⁹. Alt pazardaki teşebbüs üst pazarda da faaliyet göstermeye başlıyorsa geriye doğru dikey birleşmeden, üst pazardaki bir teşebbüs alt pazarda da faaliyet göstermeye başlıyorsa ileriye doğru dikey birleşmeden söz edilir⁴¹⁰. Dikey yoğunlaşmalar her ne kadar piyasada doğrudan bir değişikliğe yol açmamakta ise de piyasada bazı olumsuz etkilerinin ortaya çıkması mümkündür⁴¹¹. Bir diğer ifade ile, rakip teşebbüslerin maliyetlerinin yükselmesi, pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısının azalması ve bilgi akışının kolaylaşması sebebi ile rekabetin kısıtlanması yahut engellenmesi söz konusu olabileceğinden piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz etkileri söz konusu olur⁴¹².

devir işlemine izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.10.2018).

⁴⁰⁸ Roth QC ve Vivien, s. 752; Jones ve Sufrin, s. 946; Whish ve Sufrin, s. 665; Korah, s. 417; Aslan, Avrupa Topluluğu, s. 265; Aslan, Teori, s. 794; Sanlı, s. 319; Güven, Rekabet, s. 381; Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s. 38; Erdal Türkan, Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2009, s. 122.

⁴⁰⁹ Aslan, Teori, s. 794; Sanlı, s. 319.

⁴¹⁰ Canellos/Silber, s. 14; Whish/Sufrin, s. 669; Serpil Çınaroğlu, Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik Ve Rekabet, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, s. 4; Güven, Rekabet, s. 381.

⁴¹¹ Hovenkamp, ss. 329-330; Çınaroğlu, s. 45; Aslan, Teori, s. 795.

⁴¹² Aslan, Teori, s. 795; Güven, s. 381-382; Çınaroğlu, s. 7 vd; Canellos/Silber, s. 144. Rekabet Kurulu Kararı, K.N.: 99-12/95-37, K.T.: 03.03.1999. “Bir ürünün üretim sürecinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüslerin birleşmesi olarak tanımlanabilecek olan dikey yoğunlaşmalar pazar yapısını doğrudan değiştirmemektedir. Bununla birlikte önemli giriş engelleri yaratıcı ve rekabette dezavantajlar yaratıcı etkiler doğurabilmektedir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.10.2018). Aynı yönde Rekabet Kurulu Kararı, K.N.:08-63/1048-407, K.T: 12.11.2008 “Turyağ hisselerini devralan Çallı Ailesi ilgili pazarlarda (endüstriyel yağlar ve sıvı yağlar) üretim yapmamakta, ancak pazarların satış ve dağıtım seviyesinde faaliyette bulunmaktadır. Bu itibarla gerçekleşen devrin dikey (pazarın farklı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arası) birleşme niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Dikey yoğunlaşmalar piyasadaki oyuncu sayısında değişikliğe yol açmadığından pazar yapısını doğrudan etkilememektedir. Ancak, özellikle taraflardan birinin pazar gücünün yüksek olduğu durumlarda pazar kapama etkisinden söz edilebilecektir. Bu etki rakiplere mal vermeyerek onların pazar dışına itilmesi veya maliyetlerinin yükseltilmesi yoluyla gerçekleştirilebilir. İşlem’in bu yönde bir etkisinin olup olmadığını değerlendirmek

Aykırı/karma birleşmeler ise, faaliyet gösterdikleri mal veya hizmet piyasasında yatay ya da dikey bakımdan bir yakınlığı bulunmayan bir diğer ifade ile birbirleriyle ilgili olmayan ve ayrı piyasalarda birbirleriyle rekabet içerisinde olmadan faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleştirilen, yatay ve dikey yoğunlaşma kapsamına dâhil olmayan birleşmelerdir⁴¹³. Bu yoğunlaşma türüne taraf olan teşebbüsler arasında alıcı-satıcı ilişkisi bulunmamaktadır⁴¹⁴. Aykırı yoğunlaşmalar, ürün yelpazesini genişletmeye yönelik, pazarı genişletmeye yönelik ve saf karma yoğunlaşma olarak üçe ayrılmaktadır. Farklı piyasada faaliyet göstermesine rağmen yakın piyasada faaliyet gösteren bir teşebbüsle birleşerek piyasaya sürdüğü ürünlere yeni ürünler eklemesi ürün ağını genişletmeye yönelik, aynı mal veya hizmeti sunmasına rağmen coğrafi pazarlarının farklı olmasından dolayı birbirine rakip olmayan teşebbüslerin birleşmesi pazar genişletmeye yönelik ve bunların dışında kalan, faaliyet gösterdikleri piyasalar arasında hiçbir ilişki olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen birleşmeler saf karma yoğunlaşma olarak kabul edilir. Üretim zinciri bakımından teşebbüsler arasında bir bağ olmadığı için piyasa yapısı doğrudan etkilenmediğinden, aykırı yoğunlaşmaların rekabete olan etkisi diğer türlere oranla daha azdır. Ancak yine de, devralan teşebbüsün ekonomik bakımdan güçlü olması, devralınan teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüsler için caydırıcı olacak ve dolayısıyla rekabet üzerinde olumsuz bir etki yaratabilecektir.

TTK'nın 136'ıncı maddesinde yer alan düzenleme dikkate alındığında, TTK hükümlerine göre birleşmenin gerçekleşebilmesi için iki ticaret şirketinin mevcudiyeti ve bu şirketlerden en az birinin tüzel kişiliğinin sona ermesi gereklidir. Yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme halinde birleşen şirketlerin her ikisinin de tüzel kişiliği sona ererken, devralma yoluyla birleşmede sadece devrolunan şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir. Birleşmenin Rekabet Hukuku bakımından önemi, birleşmenin ekonomik yönü ile ilgili olup, teşebbüslerin iktisadi güçlerini birbirleri ile birleştirerek yeni ve eskiye oranla daha güçlü bir iktisadi güç elde etmeleri bu

için tarafların pazar gücüne bakmak gerekmektedir". Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.10.2018).

⁴¹³ Bellamy ve Child, s. 752; Jones ve Sufrin, s. 946; Whish ve Sufrin, s. 665; Korah, s. 419; Sullivan/Harrison, s. 341; Aslan, Avrupa Topluluğu, ss. 265-266; Aslan, Teori, s. 797; Güven, Rekabet, ss. 382-383; Sanlı, s. 319; Erdem, s. 39; Öztunalı, s. 6; Salim Aydemir, **Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri Ve Ex-Ante Kontrol**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2005, s. 3.

⁴¹⁴ Hovenkamp, s. 559.

olguya rekabet hukukunun müdahalesini gerektirmektedir⁴¹⁵. Rekabet hukuku işin ekonomik yönü ve sonucuyla ilgili olduğundan, Rekabet Hukuku bakımından ekonomik yoğunlaşma sonucunu doğuran eylemin hangi isim veya şekil altında gerçekleştiği üzerinde durulmamaktadır.⁴¹⁶ Öyle ki 7'inci maddede sadece miras hükümleri hariç tutulmuş, bunun dışında ekonomik yoğunlaşma niteliği gösteren her hal kapsama dahil edilmiştir.

Türk rekabet hukukunda piyasalardaki rekabetin teşebbüsler arası yoğunlaşma işlemleri yoluyla azaltılması sonucunu önlemeye yönelik genel kural olan Rekabet Kanunu'nun Birleşme ve Devralma başlıklı 7'inci maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir; *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”* Hükmün ikinci fıkrasında ise hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilân edeceği ifade edilmiştir. Belirtilen madde değerlendirildiğinde hüküm uyarınca birleşme ve devralmaların yasaklanabilmesi için iki kıstas esas alınmıştır. Bunlar; birleşme ve devralmanın hakim durum yaratacak nitelikte olması yahut piyasada mevcut olan hakim durumu güçlendirecek nitelikte olmasıdır⁴¹⁷. Belirtmek gerekir ki, Rekabet Kanunu'nun 7'inci maddesi ile, aynen 6'ncı maddede olduğu gibi, bir teşebbüsün hakim durumda olması yasaklanmayıp, yasaklanmak istenen faaliyet, teşebbüslerin hiçbir ekonomik esas ve gerekliliğe dayanmaksızın hakim duruma ulaşma yönünde birleşme ve devralma

⁴¹⁵ Aslan, Rekabet, s. 223.

⁴¹⁶ Aslan, Rekabet, s. 223.

⁴¹⁷ Aslan, Rekabet, s. 223. Arslan maddede kullanılan rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde ifadesinin kullanılması isabetli değildir. Çünkü hakim durum yaratmaya yahut mevcut hakim durumu güçlendirmeye yönelik yapılan birleşmelerin rekabeti önemli ölçüde sınırlayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Zira bu halde per se rekabet sınırlanmaktadır. Ayrıca yine Arslan'a göre maddenin kaleme alınışındaki diğer bir hata ise birleşen teşebbüslerin hakim durum yaratma yahut hakim durumlarını güçlendirme gayesi ile hareket etmeleri gerekiyormuş gibi görünse de aslında Rekabet Kanunu'nun 7'inci maddesi kapsamında birleşme söz konusu olması için tarafların birleşme yahut devralma işlemini yapmaktaki gayeleri önem taşımamaktadır.

yoluna gitmeleridir⁴¹⁸. Belirtilen madde uyarınca, birleşme ve devralmaların hangi şekillerde yapılabileceği maddede açıkça hükme bağlanmıştır. Bunlar birleşme, malvarlığının devri, ortaklık payının devri ve yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri olmak üzere dört şekilde gerçekleşebilir.

TTK'da ticaret şirketlerinin birleşmesinin tarifi 136'ıncı maddede yapılmıştır. Hükme göre ticaret şirketleri iki şekilde birleşebilirler. Bunlar, bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şeklinde birleşme” yahut yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”dir. Doktrinde birleşme değişik şekillerde tanımlanmaktadır⁴¹⁹. Birleşme, en az bir ortaklığın, pay sahiplerine başka bir ortaklığın paylarından verilmesi karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması (devralma yoluyla birleşme) ya da en az iki ortaklığın, pay sahiplerine yeni kurulan bir ortaklığın paylarından verilmesi karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmaları (yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme) sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesi olarak tanımlanmaktadır⁴²⁰. Rekabet hukukunda birleşmelerin varlığı, sadece Türk mevzuatına göre değil, aynı zamanda uluslararası mevzuata göre değerlendirilir. Türk mevzuatına göre birleşme kabul edilmeyen bir durum, başka bir ülke mevzuatına göre birleşme olarak kabul ediliyor ise Kurul bunu birleşme olarak değerlendirmelidir. Bu sebeple rekabet hukuku

⁴¹⁸ Aslan, Rekabet, s. 223.

⁴¹⁹ Yasaman'a göre birleşme, çeşitli sermaye ortaklıklarının tasfiye edilmeksizin bir ortaklık haline gelmesi ve birleşen ortaklık veya ortaklıkların pay sahiplerine, bu ortaklığın paylarının verilmesi olarak tanımlanmıştır. Bkz. Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987, s. 7. Domaniç'e göre birleşme, aynı neviden iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbirleriyle birleşerek yeni bir şirket kurmalarından ya da bir veya daha fazla ticaret şirketinin mevcut başka bir ticaret şirketiyle iltihak etmesinden ibarettir. Bkz. Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II**, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 1497. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu'na göre teknik-hukukî anlamda birleşme, bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; böylece malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsü uyarınca bünyesinde birleşilen ortaklıkta kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır. Bkz. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 109. Pulaşlı'ya göre, ticaret ortaklıklarında birleşme, birçok şirketin malvarlıklarını tasfiye etmeksizin içlerinden birinin bünyesinde ya da yeni kurulan bir şirketle birleşmeleri ve bu birleşmeye katılan şirketlerin belirli bir değiştirme ölçüsüne göre meydana gelen yeni şirkette pay sahibi olmasıdır. Doğanay'a göre ise birleşme, iki ya da daha fazla ticaret şirketinin malvarlıklarını veya işletmeleri ile ortaklarını bu şirketlerden birine veya yeni kurulan bir üçüncü şirkette bir araya toplayan hukukî değişim şeklini ifade eder. Bkz. İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Birinci Cilt-Madde 1-419, 4. Bs., İstanbul, Beta Basım Yayın, 2004, s. 650.

⁴²⁰ Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1986, s. 38

bakımından birleşmeler, TTK kapsamındaki birleşmelerden daha geniş bir alanı kapsamaktadır⁴²¹.

Rekabet Kanunu kapsamında birleşmeden bahsedebilmek için bağımsız bir şekilde ekonomik faaliyette bulunan en az iki hukukî kişiliğin varlığı ve bu teşebbüslerin yeni ya da birleşilen şirket bünyesinde ekonomik anlamda birleşmesi gereklidir. Bir diğer ifade ile rekabet hukukunda geçerli olan dar anlamda birleşme kavramı, bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşmesi şartıyla yeni kuruluş şeklinde ve devralma şeklinde birleşme olmak üzere, ortaklıklar hukukunda kabul edilmiş bu iki birleşme şeklini de kapsamaktadır⁴²². Rekabet hukuku anlamında birleşmeden söz edebilmek için birleşmeye katılan teşebbüslerin mutlaka hukukî kişiliğinin sona ermesi şart olmayıp, önemli olan husus birleşme neticesinde teşebbüslerden en az birisinin ekonomik bağımsızlığını kaybederek diğer bir teşebbüsün kontrolü altına girmesidir⁴²³. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, birleşen teşebbüslerden birisi diğerleri üzerinde önceden kontrol sahibi olduğu takdirde, bu şekilde gerçekleştirilen birleşme kontrolün el değiştirmesi sonucunu doğurmayacağından rekabet hukuku bakımından birleşme olarak sayılmayacaktır. Bir diğer ifade ile konzern dahil olmak üzere bağlı işletme topluluğu içerisinde yer aşan teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler rekabet hukuku anlamında birleşme olarak kabul edilmez⁴²⁴.

⁴²¹ Ünal Tekinalp, “Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı**, İstanbul, 1999, s. 779.

⁴²² Güven, Rekabet, s. 378.

⁴²³ Ercüment Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s. 45; Sanlı, s. 323.

⁴²⁴ Sanlı, ss. 321-323. Rekabet Kurulu ilk başlarda verdiği kararlarda, bağımsızlık kavramı ile hukuki bağımsızlığın kastedildiği kanaatinde olduğundan dolayı ekonomik bakımdan aynı kişiye ait olan iki farklı tüzel kişinin birleşmesini de Rekabet Kanunu’nun 7’inci maddesi anlamında birleşme olarak kabul etmiştir. Örneğin, Rekabet Kurulu Kararı, KS: 42/278-23, 10.12.1997 “*Milta Turizm İşletmeleri A.Ş. ile Bosstay Tarımsal Ürünleri Değerlendirme A.Ş.’nin birleşmelerinin, hernekadar Bosstay A.Ş.’nin tüm aktif ve pasiflerinin bir küle halinde Milta A.Ş.’ne “devredilmesi” suretiyle yapılacağı öngörülmekte ise de, bu işlemin TTK’nun 451’nci maddesi anlamında bir “birleşme” işlemi olduğuna; bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmelerinin 1997/1 sayılı Tebliğimizin 2/1 maddesinin (a) bendi kapsamında olduğuna; birleşen teşebbüslerin sermaye yapıları itibarıyla aslında birbirinden “bağımsız” olmadıklarına ilişkin düşüncenin, birleşme ve devralmalar için uygulanamayacağına; aksine bir düşüncenin, yoğunlaşmış ve halihazırda piyasada hakim duruma geçmiş olan şirketlerin birleşmelerinin kontrol edilememesi gibi Kanun’un 7’nci maddesine aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına yol açabileceğine; bu itibarla söz konusu birleşmenin Tebliğimizin kapsamı içine girdiğine ve izin verilip verilmeyeceği bakımından esasının incelenmesi gerektiği görüşüne varılmıştır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.10.2018). Bununla birlikte Rekabet Kurulu daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarda bu karardan dönmüş ve Rekabet Kanunu’nun 7’inci maddesinde yer alan bağımsızlık kavramı ile ekonomik bağımsızlığın kastedildiği kanaatine ulaşmıştır. Örneğin, Rekabet Kurulu Kararı, KS: 89/705-147, 05.11.1998 “*Köy-Tür Holding A.Ş. bünyesinde yer alan 14 Köy-Tür şirketinin, yine sermayesinin %99.47’si Köy-Tür**

Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 7'inci maddesine dayanarak, izin alınması gereken birleşme ve devralma işlemlerini belirlemek üzere, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ çıkarmıştır. Tebliğ'in 6'ncı maddesinde birleşme ve devralma sayılmayan haller düzenlenmektedir. Bu maddede belirtilen hallerde artık bir birleşme ve devralma işleminden bahsedilemeyeceği için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması da gerekmeyecektir. Tebliğin 6'ncı maddesinde, birleşme ve devralma sayılmayan haller dört bent halinde sayılmıştır. Bunlar:

-Kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler,

-Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları,

-Kontrolün; tasfiye, infisah, ödeme gücü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi,

-Tebliğ m. 5 hükmünce düzenlenen birleşme ve devralma sayılan hallerin miras yoluyla gerçekleşmesidir.

Belirtilen bu hallerde birleşme ve devralmaya ilişkin gerçekleştirilmesi öngörülen süreç uygulanmayacaktır⁴²⁵.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 5'inci maddesinde, 7'inci maddede⁴²⁶ belirtilen koşullar gerçekleştiği takdirde Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiren

Holding A.Ş.'ne ait bir diğer Köy-Tür şirketi olan Köy-Tür Tavukçuluk San. ve Tic. A.Ş.'ne devredilmesi işleminin, tarafların bağımsız birer teşebbüs olmamaları, 14 Köy-Tür şirketinin ve devralan Köy-Tür Tavukçuluk Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Köy-Tür Holding A.Ş.'nin bağlantılı teşebbüsleri olmaları nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2'nci maddesi kapsamında bir devralma olmadığı anlaşıldığından, talep edilen menfi tespit belgesinin 4054 sayılı Kanun' 8'inci maddesi uyarınca verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 20.10.2018).

⁴²⁵ Topçuoğlu, Devir, s. 99.

⁴²⁶ "Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde; a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya b) Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur."

durumlar belirtilmiştir. Hükme göre “Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanunun 7’nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.

Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca izne tabi bir birleşme ve devralmanın unsurları; iki ya da daha fazla teşebbüsün birleşmesi, teşebbüsün kontrolünün doğrudan veya dolaylı olarak devralınması ve ortak girişimdir. Teşebbüslerin bağımlı olması halinde bağlı teşebbüs halinin söz konusu olacağından dolayı bu durumda rekabet hukuku anlamında bir birleşme ve devralmadan bahsedilmesi mümkün değildir. Düzenlemede kontrolün devralınmasında hüküm sınırlı sayıda yöntem belirlememiştir. Düzenlemede belirtilen yöntemler birleşmeler, malvarlığının devri, ortaklık payının devri ve yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devridir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise kontrol kavramı tanımlamıştır. Hükme göre; “Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.” Bu düzenleme uyarınca kontrolün ayrı ayrı yahut birlikte olması mümkündür. Tek kontrolde, bir teşebbüsün kontrolü devralması söz konusu iken; ortak kontrolde iki ya da daha fazla teşebbüsün kontrolü devralması söz konusudur⁴²⁷. Tek başına kontrol, bir teşebbüsün diğerinin hisselerini veya oy haklarını elde etmesi, nitelikli azınlık pay sahipliği, yönetim sözleşmeleri yapma

⁴²⁷ Güven, Rekabet, s. 247; Erdem, s. 55.

veya karşılıklı hisse sahipliği yoluyla meydana gelebilir⁴²⁸. Ortak kontrol durumunda, teşebbüslerin diğer teşebbüs üzerindeki kontrol yetkilerini beraber kullanmaları söz konusudur. Ortak girişimlerde ise ana teşebbüsler tarafından ortak girişim üzerindeki kontrol, ortak kontrol haline örnek verilebilir⁴²⁹. Ortak kontrolden bahsedildiği durumlarda, kontrol eden teşebbüslerin ortak hareket etmesi önem taşımaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasında ortak girişimin oluşturulması bir devralma işlemi olarak düzenlenmiş ve bu Tebliğ kapsamında Rekabet Kanunu'un 7'ci maddesine göre bir birleşme ve devralma işlemi olarak kabul edilip Rekabet Kurulu iznine ve denetimine tabi kılınmıştır. Bu düzenleme uyarınca bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı yani sürekli olarak yerine getirecek bir ortak girişim Tebliğ kapsamındadır. tam işlevsel ortak girişim, iki veya daha fazla teşebbüs tarafından ortak kontrol edilen ve tüm fonksiyonlarını sürekli ve bağımsız olarak yerine getirebilen ortak girişim olarak tanımlanmaktadır⁴³⁰.

Tebliğ'in 7'inci maddesinde ise izne tabi birleşme ve devralmalar düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca *"Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;*

a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya

b) Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur."

Kanun koyucu birleşme veya devralma işlemlerinde, ülkede genel olarak yer alan işletmelerin cirolarına kıyasla yüksek bir limit belirlemek suretiyle, sınırlı sayıda birleşme veya devralma işlemi için Kuruldan izin alınması yöntemini benimsemiştir.

Kurulun 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirtilen limitleri belirlerken yüksek tutarlar belirlemiş olmasının temel nedeni, ürün pazarlarında hâkim durumda olan veya birleşme/devralma ile hâkim duruma gelebilecek olan şirket sayısının az sayıda

⁴²⁸ Aslan, Rekabet, s. 325 vd.; Aslan, Teori, s. 823 vd.

⁴²⁹ Erdem, s. 56.

⁴³⁰ Güven, Rekabet, s. 280 vd.; Erdem, s. 84.

olmasıdır. Belirtilen bu eşiklerin altında olan şirket birleşmelerinin ve devralma işlemlerinin rekabet piyasasını bozacak işlemler olmadığı, bu nedenle Kurul tarafından değerlendirilmesine gerek bulunmadığı kabul edilmektedir⁴³¹.

IV. YAPTIRIMIN UYGULANMASI USULÜ, YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI

A. Yaptırımın Uygulanma Usulü

İdari yaptırımların uygulanması usulü ile kastedilen, idari bir faaliyetin hangi makam tarafından hangi aşamalardan geçilerek yapıldığı ve yaptırım gerektiren ihlallerin nasıl tespit edilmesi gerektiği yönünde düzenlemeler getiren kurallar bütünüdür⁴³². Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 3'üncü ve 4'üncü fıkrasında teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar verilen ceza idari para cezası niteliği taşıdığından, öncelikle idari yaptırımların uygulanması usulüne değinmek gerekir. Türk İdari Yargılaması mevzuatı bakımından değerlendirme yapıldığında, Türk Hukukunda genel bir idari usul kanunu mevcut olmayıp, yürürlükte bulunan mevzuatta idari usule ilişkin kurallar içeren çeşitli mevzuat hükümleri bulunmaktadır⁴³³. Rekabet Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde Rekabet Kurulu'nun idari para cezasını uygularken izleyeceği idari usule ilişkin düzenlemeler içermektedir⁴³⁴.

⁴³¹ Erdem, AT Rekabet Hukuku, s: 133; Ekrem Solmaz, **Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri**, Ankara, 2010, s. 5.

⁴³² Bahtiyar Akyılmaz, "İdari Usul İlkeleri Işığında Rekabet Kurulunun Çalışma Usulü", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Cilt: 2, 2002, s. 106; Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 742; Koç, İdari Yaptırım, s. 165 vd. İdari usul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2018, s. 491 vd.; Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, **Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 2018, s. 83 vd.; Halil, Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Konya, 2018, s. 75 vd.; Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2018, s. 235 vd.; Koç, Emin. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdarî Para Cezaları İçin Öngörülen İdarî Usul, **TBB**, 2012/98, ss. 231-282..

⁴³³ İdari yargılama hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa, 2016, s. 2 vd.

⁴³⁴ Danıştay 10. Daire. E: 2001/2814, K: 2002/3262, K.T: 14.11.2002 "...Dava, 18.6.1998 tarih ve 70/533-87 sayılı Rekabet Kurulu Kararıyla Davacı Sendikaya verilen 3.100.000.000.TL. idari para

cezasının tahakkukuna ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. 4054 sayılı Rekabet Kanunu, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri teşebbüs birliği olarak tanımladıktan sonra, Kanun'un 4. maddesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kurala bağlanarak en çok rastlanılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma örnekleri belirtilmiştir. Anılan Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasında ise, 4 uncu madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirileceği, anılan hükme aykırı davranılması halinde Kanun'un 16/c hükmü uyarınca idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, Kurul'un, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu kanunun 4, 6 ve 7'inci 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 nihai bir kararın bildireceği hükme bağlanmıştır. Yine Yasanın Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul başlıklı Dördüncü Kısımında, Rekabet Kurulunun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usuller ayrıntılı olarak saptanmıştır. Buna göre Rekabet Kurulu ihbar, şikayet veya re'sen başka kaynaklardan öğrendiği bir rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ya da uyumlu eylem hakkında ya doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için ön araştırma yapılmasına karar vereceği, soruşturma açmaya karar vermesi halinde tarafları bu durumdan haberdar edeceği, böylece yazılı iddia ve savunmaların ileri sürülmesi aşamasına gelineceği, daha sonra taraflarca talep edilme halinde ya da Kurul'ca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasından sonra, nihai karar aşamasına gelineceği Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Doktrinde idari usul; idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda Rekabet Kanunu'da rekabet ihlalinin saptanabilmesi amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlaline ilişkin bir karar alırken, konuyu Kanun'da öngörülen biçimde incelemek ve araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır. Olayda, ... Eczacılar Vakfı Başkanı ile Türk Eczacılar Birliği 6. Bölge ... Eczacı Odası Başkanı'nın ayrı ayrı yaptıkları şikayet başvurularında, ... Sendikası Yönetim Kurulu ile ... Derneği ve ... Eczacılar ... Yönetim Kurulu tarafından ... Derneği ve ... Eczacılar ... Kooperatifleri Birliği 'ne gönderilen ve 1.1.1998 tarihinde uygulamaya konulan protokolün 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti engelleyici, bozucu ya da sınırlayıcı nitelikte bir teşebbüs birliği kararı olduğu hususlarına yer verilmesi üzerine, düzenlenen 30.3.1998 tarih ve DI/İ/MÖ-98/5 sayılı İlk İnceleme Raporunda özetle; rekabet kurallarına aykırı hükümler içerdiği anlaşılan söz konusu protokolün uygulama sonuçlarının tespit edilerek değerlendirilmesinin, ancak ilgili piyasaya yönelik yapılacak bir inceleme ile mümkün olabileceği ifade edilmiş ve sonuç olarak Protokolün 4054 sayılı Kanun'a aykırı hükümler taşıması nedeniyle, ön araştırma açılmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Raporunda yer alan bu önerinin, Rekabet Kurulu'nun 1.4.1998 tarihli toplantısında görüşülerek 4054 sayılı Kanun'un 40/1 maddesi uyarınca ön araştırma yapılmasına karar verilmesi üzerine, ön araştırma raporunda yer verilen açıklamalar ve değerlendirmeler ışığında yapılan görüşmeler sonucunda; Rekabet Kurulu'nun 18.6.1998 tarih ve 70/533-87 sayılı kararıyla, ... Sendikası Yönetim Kurulu'nun 19.12.1997 tarihinde almış olduğu teşebbüs birliği kararının ve aynı ilgili ürün pazarında ..., Türkiye ... Sanayi Derneği ve Yerli ... Sanayicileri Derneği tarafından imza altına alınan teşebbüs birlikleri kararının (Protokol), 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi uyarınca rekabete aykırı bulunduğu ve ayrıca, birlikte hakim durumda bulunan ..., ... ve ... teşebbüs birliklerinin , söz konusu kararı uygulamalarının, aynı zamanda bu hakim durumu kötüye kullandıkları, dolayısıyla aynı Yasanın 6'ncı maddesinde yer alan hükmü ihlal ettikleri anlaşıldığından; ..., ... ve ... teşebbüs birlikleri hakkında 4054 sayılı Yasanın 41 inci maddesi uyarınca soruşturma açılmasına oybirliği ile, Davacı Sendika Yönetim Kurulu tarafından 19.12.1997 tarihinde alınan kararın, 4054 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm gereğince, anılan kararın söz konusu maddede öngörülen süre içinde bildirilmemesinden dolayı, aynı Kanun'un 16. maddesinin (c) bendi uyarınca teşebbüs birliği niteliğindeki Davacı Sendikaya 3.100.000.000.TL. idari para cezası verilmesine oyçokluğuyla karar verilmiş olup, anılan idari para cezasının tahsili amacıyla düzenlenen dava konusu işlemin tesis edildiği ve davanın açıldığı tarihte soruşturmanın devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu'nca ilaç sektöründe bulunduğu ileri

Rekabet Kanunu'nda kendisine özgü bir idari usul mevcuttur⁴³⁵. Rekabet kanununun usul hükümlerini kanunda yer alan düzenlemelerden hareketle, usuli düzenlemeler dört başlık altında toplanabilir. Bunlar; Ön araştırma, soruşturma, sözlü savunma toplantısı ve nihai karardır.

1. Ön Araştırma

a. Ön Araştırmanın Re'sen veya Başvuruda Bulunulması Halinde Yapılması

Rekabet Kanunu'nun 40'ıncı maddesi uyarınca, Kurul, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine, doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verir. Rekabet Kurulu'nun ön araştırmaya gitmesinin sebebi soruşturma açılmasına karar verilip verilmemesine karar verilebilmesi içindir. Belirtilen bu düzenleme karşısında, kanunun lafzı dikkate alındığında Rekabet Kurulunun kendisine intikal eden bir başvuru olduğu takdirde zorunlu olarak ya soruşturma açılmasına ya da ön araştırma

sürülen rekabet ihlalinin ortaya çıkarılabilmesi; 4054 sayılı Yasada öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai kararlar mümkün bulunmaktadır. Bu itibarla, ön araştırma sonunda verilen 18.6.1998 tarihli ve 70/533-87 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılması kararı olduğundan, Davacı Sendika Yönetim Kurulunun 19.12.1997 tarihli kararının, Yasanın anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma (karar) olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu aşamada 4054 sayılı Kanun'un 16/c maddesindeki idari para cezasının uygulanmasında hukuka uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, idari para cezasının tahsili amacıyla düzenlenen tahakkuk işleminin iptaline, 25.9.2002 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 20.10.2018). Karardan açıkça anlaşılacağı üzere Danıştay da doktrin ile aynı yönde olarak Rekabet Kurumunun kendine has idari bir usule sahip olduğu kanaatindedir. Danıştay 10. Daire, E: 2000/1111, K: 2002/4362, K.T: 14.11.2002. “... yasanın devam eden maddelerinde bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik maddi hukuk kurallarının yanı sıra, bu kuralları uygulayacak olan Rekabet Kurumunun izleyeceği usuller ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu Yasa aynı zamanda özel bir idari usul yasasıdır...” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 20.10.2018).

⁴³⁵ Danıştay 10. Daire E: 2005/161, K: 2005/2120 K.T: 19.4.2005. “...idari usul; idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bazı hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünüdür. Rekabet Kanunu da rekabet ihlalinin tespiti amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlaline ilişkin bir karar alırken, konuyu Kanunda öngörülen biçimde inceleme ve araştırma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu prosedüre uyulmaksızın Kurul'ca, Kanunun yasakladığı bir faaliyetin varlığının saptanması ve ceza uygulanması mümkün değildir...” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 20.10.2018). Danıştay kararında, idari usulün tanımını yapmış ve Rekabet Kurulu'nun karar alırken mutlaka rekabet kanununda öngörülen usule uyması gerektiğini belirtmiştir.

yapılmasına karar vermek zorunda olduğunu söylemek mümkündür. Bir diğer ifade ile, kanun metninde “karar verir” ifadesi yer aldığından dolayı, kanunun lafzından hareketle yorum yapıldığında, Rekabet Kurulunun soruşturma açmak yahut ön araştırma seçeneklerinden birini tercih etmesinin zorunlu olduğu anlamı çıkmaktadır⁴³⁶. Ne var ki, Rekabet Kanunu’nda Rekabet Kurulu’na kendisine yapılan müracaatları zımnen reddetme imkanı tanındığından dolayı, kanunda yer alan “karar vermesi gerekir” ifadesinin “karar verebilir” şeklinde anlaşılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁴³⁷. Gerçekten, Rekabet Kurulu başvuruyu cevapsız bırakarak talebi zımnen reddedebileceğine göre, mutlaka ön araştırma veya soruşturma seçeneklerinden birini tercih etmek zorunda olmadığını söylemek daha doğru bir yorum olur.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise Rekabet Kurulu tarafından yapılan inceleme neticesinde, ön araştırma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul Başkanı, meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendirileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu madde doktrinde ileri sürülen “karar vermesi gerekir” ifadesinin “karar verebilir” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde ileri sürülen görüşü destekler yöndedir. Bu bağlamda Rekabet Kurulu elinde bulunan deliller karar vermeye yeterli olduğu takdirde, doğrudan soruşturma açılmasına karar verme hakkını haiz olduğu gibi, elinde mevcut bulunan delillerin yetersiz olduğu kanaatinde olduğu takdirde, cevap verme süresinde sessiz kalarak başvuruyu reddetme imkanı da mevcuttur. Bu imkâna sahip olan Rekabet Kurulunun açık bir şekilde talebi reddedebileceğinin de kabulü gerekir.

Rekabet Kanunu’nda Rekabet Kurulu’na ön araştırma yapmak için res’en harekete geçme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin Kurula kanunen tanınmasının gerekçesi, Rekabet Kurulunun ancak bir başvuru halinde ön araştırma yapmak yetkisini haiz olmasının bazı hallerde zaman kaybına sebep olması ve bu durumun ihlalin etkilerini artırabileceği düşüncesine dayanmaktadır⁴³⁸. Bu nedenle Rekabet Kanunu’nda re’sen araştırma⁴³⁹ ve re’sen harekete geçme⁴⁴⁰ ilkeleri benimsenmiştir.

⁴³⁶ Aslan, Rekabet, s. 338; Aslan, Teori, s. 1204.

⁴³⁷ Aslan, Teori, s. 1204; Cantürk İsmet, “Rekabet Ortamı Ve Rekabet Kurulu Kararları”, <http://www.esrc.com/www2/yayriceri.asp?yayinID=3>.

⁴³⁸ Zehreddin Aslan, “Rekabet Kurulu Kararları ve Yargısal Denetimi”, <http://www.danistay.gov.tr>; Aslan, Teori, s. 1204.

⁴³⁹ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Ejder Yılmaz, “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, ss. 87-91; Akyılmaz, ss. 111-113; Çağlayan Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve**

Kanun'un ön araştırmayı düzenleyen 40'ıncı maddesinde yer alan "Rekabet Kurulu'na intikal eden müracaatlar" ifadesini "şikayet ve ihbar" olarak anlamak gerekir⁴⁴¹. Bu bağlamda Rekabet Kurulu kendisine ihbar yahut şikayet olduğu takdirde ön araştırma aşaması başlayacaktır. Şikayette bulunabilecek kimseler açısından düzenleme Rekabet Kanunu'nun 9'uncu maddesinde yer almıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca, meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzelkişiler şikayette bulunabilecektir. Bu düzenlemede hem şikayette bulunabilecek kimseler bakımından düzenleme yapılmış, hem de ihbar ile şikayet arasındaki fark vurgulanmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca aradaki fark, meşru menfaat noktasındadır⁴⁴². Bir diğer ifade ile şikayette bulunmak için meşru menfaat aranırken, ihbar durumunda menfaat

Uygulanması, Ankara 2004, ss. 40–45; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 247 vd.; Kaplan, s. 9 vd.; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 495 vd.; Yıldırım/Çınarlı, s. 134; Zehreddin Aslan, "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/dergi/sayi23-24/05.htm>. Danıştay'da kararların da re'sen araştırma ve harekete geçme ilkelerinin Rekabet Kanunu'nun usul hükümlerine hakim olduğunu belirtmiştir Danıştay 10. Daire, E: 2001 / 1405, K: 2003 / 4903, K.T: 09.12.2003 "... 4054 sayılı Yasanın 1. maddesinde; bu Kanunun amacının mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiş, aynı Kanunun 27. maddesinin (a) bendinde de, bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında başvuru üzerine re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edilginin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulunun görev ve yetkileri arasında sayılmış, 40. maddesinin ilk fıkrasında ise Rekabet Kurulunun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar vereceği kuralına yer verilmiştir. Açıklanan Yasa hükümlerine göre, Rekabet Kurumu'nun herhangi bir ihbar ve şikâyet olmasa dahi re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmaya yetkili olduğu ve bu yetkinin Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçla çelişmediği tartışmasız olup, davacının Rekabet Kurumu'nun re'sen soruşturma açamayacağı ve açması halinde Yasanın amacını aşmış olacağı yolundaki usule ilişkin iddiası yerinde görülmemiştir" Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 25.10.2018).

⁴⁴⁰ Re'sen harekete geçme ilkesi, Rekabet Kurulu'nun soruşturma veya ön araştırma yapmak için kendiliğinden harekete geçmesini ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, Usul ve ispat sorunları, s. 90; Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararları'nın Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu**, Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara 2005, ss. 122-123; İsmail Atalay Yolcu, **4054 Sayılı Rekabet Kanunu'nda Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s. 14 vd.

⁴⁴¹ Güven, Rekabet, s. 576; Aslan, Rekabet, s. 338; Aslan, Teori, s. 1204. Aynı şekilde Rekabet Kanunu'nun 42'inci maddesinde Rekabet Kurulu'nun ihbar veya şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaları ifadesi ile Rekabet Kurulu'na yapılan başvurudan ihbar yahut şikayetin anlaşılması gerekir. Benzer düzenleme Rekabet Kanunu'nun Benzer hüküm kanunun 9. maddesinde Kurul'un ihbar, şikâyetleri şeklinde devam ederek başvuruların ihbar yahut şikayetten oluştuğunu tekrar vurgulamıştır.

⁴⁴² Menfaat ihlali kavramı için bkz. Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001, ss. 244–245; Nurkut İnan, Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi, **Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu**, Rekabet Kurumu Yayını, s. 51; Hasan Hüseyin Ünlü, **Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hukuki Durumları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2003, s. 18.

koşulu aranmadan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmadan veya diğer rekabete aykırı fiillerden haberdar olan herkesin ihbarda bulunabilmesi mümkündür⁴⁴³. Hükümde yer alan “herkes” teriminin ilgililer ve bakanlık olarak anlaşılması gerekir. Maddede ihbar ve şikayette bulunacak bakanlığın hangi bakanlık olduğu belirtilmemiş olmakla birlikte, burada kastedilen Rekabet Kurulu’nun ilişkili olduğu bakanlıktır. Bakanlığın burada kamu yararını temsil ettiği ve Bakanlığın şikayette bulunması halinde Rekabet Kurulu’nun soruşturma açmak zorunda olduğu ifade edilmektedir⁴⁴⁴. Adli makamların da ihbarda bulunması halinde Rekabet Kurulu’nun aynı Bakanlık ihbarında olduğu gibi soruşturma açmak zorunda olduğu ifade edilmektedir⁴⁴⁵.

Rekabet Kanunu’nun 42’inci maddesinin birinci fıkrasına göre, Rekabet Kurulu’nun kendisine yapılan ihbar başvurusunda ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması halinde, ihbar edene ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğunu ve araştırmaya başladığını yazılı olarak bildirileceği düzenlenmiştir. Maddedeki bildirim yapılacağına ilişkin düzenlemede bildirimin hangi süre içerisinde yapılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu durumda Rekabet Kurulu’nun ihbar başvurusuna yanıt vermemesi, bir diğer ifade ile sessiz kalması başvurunun reddi anlamına geleceğinden, ihbar başvurusunda bulunan kimse, kendisine 55 gün içerisinde cevap verilmemesi halinde dava açma hakkını haiz olacaktır. Bu hüküm karşısında, Rekabet Kanunu’nun 42’inci maddesinin birinci fıkrasındaki Rekabet Kurulu tarafından cevap verilmesi gereken süreyi 55 gün olarak anlamak gerekir⁴⁴⁶.

b. Ön Araştırma Öncesi İlk İnceleme Aşamasının Yapılması Hali

Rekabet Kurulu’nun kendisine yapılan ihbar ve şikayet müracaatları hakkında incelemede bulunurken izlemesi gereken usul Rekabet Kanunu’nun yanı sıra Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te⁴⁴⁷ de düzenlenmiştir. Yönetmeliğin ön araştırma başlıklı 55’inci maddesinin birinci fıkrasına göre; *“Kuruma intikal eden başvurular, ilgili Daire Başkanlığı’na intikal ettirilir. İlgili Daire Başkanlığı re’sen kendisine intikal eden başvurularla ilgili olarak meslek*

⁴⁴³ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği, s.284.

⁴⁴⁴ Akyılmaz, s. 124.

⁴⁴⁵ Eğerci, s. 119.

⁴⁴⁶ Aslan, Teori, s. 1205.

⁴⁴⁷ 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete’de yayınlamıştır.

personeli uzmanlar arasından görevlendirilecek raportörlere ilk incelemeyi yaptırır ve raportörlerin hazırlayacağı rapora istinaden başvurunun, Kurumun çalışma konularının kapsamı dışında olduğunun anlaşılması halinde, durum, başvuru sahiplerine Başkanlıkça bildirilir”.

Yönetmelikte yer alan bu düzenleme gereğince, Kuruma müracaat halinde, Kurul müracaatın incelenmesi için görevlendirdiği raportörlerle ilk incelemenin yapılmasını sağlar. Burada görevlendirilen raportörler tarafından yapılan incelemenin kapsamı yapılan başvurunun Rekabet Kurumu’nun faaliyet alanı dahilinde olup olmadığının tespiti yönünde olacaktır. Yapılan inceleme sonucunda raportörler başvurunun Rekabet Kurumu’nun görev alanına girdiği kanaatine varıldığı takdirde kurul ön araştırma veya önsoruşturma aşamasına geçecektir. Ancak inceleme neticesinde Rekabet Kurulu’nun faaliyet alanına girmediği tespit edildiği takdirde başvuru sahiplerine bu durum bildirilecektir⁴⁴⁸.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir husus, Rekabet Kanunu’nda yer alan ön araştırma aşamasına ek olarak Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile getirilen “ilk inceleme” aşamasının zorunlu olup olmadığıdır. İlk inceleme aşamasını düzenleyen yönetmelik hükmü lafzen değerlendirildiğinde ilk inceleme aşamasının zorunlu olduğu düşünülebilir. Doktrinde, ilk inceleme aşamasını kurula yapılan başvurularda başvurunun kanun kapsamında olup olmadığının şüpheli olması durumunda kurulun başvurabileceği istisnai bir asama olarak görülmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴⁹.

Belirtilmesi gereken son bir husus ise ilk inceleme aşamasının hangi sürede tamamlanması gerektiği konusunda bir düzenleme getirilmemiş olmasıdır. Doktrinde ilk inceleme aşamasında süreye ilişkin bir düzenleme öngörülmemiş olmasının eksiklik olduğu ve bu aşamanın kısa süre içerisinde tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir.

⁴⁴⁸ Ön inceleme aşamasında yapılan bu değerişenmenin getiriliş aşamasının Rekabet Kurulu’nun iş yükünü hafifletmek maksadı ile getirildiği doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Korkmaz, s. 136.

⁴⁴⁹ Koç, İdari Yaptırım, 182.

c. Ön Araştırmayı Yürütmekle Görevli Kişiler, Araştırma Süreci ve Ön Araştırma Kararlarının Hukuki Niteliği

Rekabet Kanunu'nun 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına göre, Rekabet Kurulu tarafından yapılan inceleme neticesinde, ön araştırma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul Başkanının meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendireceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Kanun'un 34 ve devamı maddelerinde kurum uzmanlarının sahip olması gereken nitelikler ve hakları ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır⁴⁵⁰.

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, raportörler ön araştırma faaliyetlerini yerine getirirken, ihtiyaç olduğu takdirde Yönetmeliğin 59'uncu maddesi gereğince teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden bilgi isteyebilirler yahut yerinde inceleme yapabilirler. Bu yetkiyi kullanma hakkı esasen kurula ait olup, raportörler tarafından bu yetki kullanılmak istendiği takdirde kuruldaki izin alınması gerekir⁴⁵¹. Soruşturma aşaması için görevlendirilen raportörler 30 gün içerisinde elde ettiği bilgileri, delilleri

⁴⁵⁰ *Rekabet Uzman Yardımcılığına Atama*

Madde 35-Rekabet uzman yardımcılığına atanabilmek için aşağıdaki nitelikler aranır:
a) (Değişik: 02.07.2005-5388/4.Md)¹⁷ Hukuk, iktisat, siyasal bilgiler, işletme, iktisadî ve idarî bilimler fakültelerinden veya işletme mühendisliği ya da endüstri mühendisliği bölümlerinden en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak yahut bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak,

b) (Değişik: 02.07.2005-5388/4.Md)¹⁸ Yukarıdaki bentte sayılan branşlar için birlikte veya ayrı ayrı yapılacak sınavda başarılı olmak,

c) İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinden birinde yapılacak yabancı dil sınavında başarılı olmak,

d) Sınavın yapıldığı yılın Ocak ayının ilk günü itibarıyla otuz yaşını doldurmamış olmak.

Gerekli diğer şartlar Kurulca çıkarılacak sınav yönetmeliğinde belirlenir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Danıştay tarafından verilen bir kararda davacı taraf uzman ve raportörlerin farklı kişiler olduğu bu nedenle de kurum uzmanları yerine raportörlerin incelemeye gelmesinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Danıştay kararında, Davacı tarafından, 4054 sayılı Yasa hükümleri uyarınca dava konusu olayla ilgili olarak inceleme yapma konusunda uzmanlar yetkili olduğu halde raportörlerin inceleme yapmakla görevlendirilmelerinin anılan Yasaya aykırı olduğu öne sürülmekte ise de anılan Yasanın 40. maddesinin ikinci fıkrasında, ön araştırma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul Başkanının, meslek personeli uzmanlarından bir ya da bir kaçını raportör olarak görevlendireceği hükmü karşısında, inceleme yapmak üzere görevlendirilen kişinin raportör olarak görevlendirilmesi anılan kişinin uzman niteliğini değiştirmeyeceğini hükme bağlamış ve davacı tarafın iddialarını yerinde bulmamıştır. Danıştay, 10. Daire, E: 2000/5592, K:2002/4506, K.T:25.11.2002. Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 25.10.2018).

⁴⁵¹ Doktrinde ön araştırma süresi 30 gün olduğundan dolayı teşebbüs birliklerinden bilgi isteme yerinde inceleme yapma yetkilerinin bu sürede kullanılamayacağı çünkü bu yetkilerin kullanılması halinde 30 günlük ön araştırma süresinin yeterli olmayacağı kanaatindedir. Bkz. Aslan, Rekabet, s. 339; Aslan, Teori, s. 1205.

ve konu hakkında görüşlerini Rekabet Kanunu'nun 40'ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yazılı olarak bildirirler⁴⁵².

Ön araştırma kararının hukuki niteliği konusunda ilk olarak belirtmek gerekir ki, rekabet kurulu tarafından verilen ön araştırma yapılmasına dair karar bir ara karar niteliğindedir. Rekabet Kurulu tarafından bu karar Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Rekabet Kurulu tarafından alınan bu karar ara karar niteliği taşıdığından bu karar aleyhine ancak nihai karar ile birlikte yargı yoluna başvurulması mümkündür⁴⁵³.

Kanunun 41'inci maddesinde, Rekabet Kurulunun, ön araştırmaya ilişkin verdiği karardan sonra yürütülen ön araştırma sürecinin sonunda, ön araştırma raporunun kendisine teslimini takip eden 10 gün içinde, araştırmada elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek karar vermek üzere toplanacağı ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği öngörülmüştür⁴⁵⁴. Rekabet Kurulu bu kararı vermek için usulüne uygun olarak, bir diğer ifade ile aynı anda ve aynı yerde bir araya gelerek karar vermesi gerekir⁴⁵⁵. Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 41'inci maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, ihbar veya şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulursa, ihbar veya şikayet edenlere ileri

⁴⁵² Deliller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, **Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler**.

⁴⁵³ Aslan, Teori, s. 1204; Aslan, Rekabet, s. 340; Aslan, Zehredin/Berk, Kahraman, **Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev Yetkileri İle Yargısal Denetimi**, İstanbul 2000, s. 135 vd.

⁴⁵⁴ Rekabet Kurulu tarafından Kanun'da belirtilen 10 günlük süre içerisinde karar vermemesi durumunun idari işlemin iptaline neden olabilecek bir sakatlık olarak görmemiştir: Danıştay 10. Daire, E: 2001 / 1632, K: 2003/4243, K.T: 04.11.2003 (Aktaran, Eğerci, s. 120) . "... 4054 sayılı Kanunun 40. maddesinde ön araştırma yapmakla görevlendirilen raportörün 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceği; 41. maddesinde ise, ön araştırma raporunun Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde Kurulun toplanacağı ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği öngörülmüş olmasına karşın, dava konusu olayda, ön araştırma kararı .. tarihinde alınmış, ancak raportörler Kurulca... tarihinde görevlendirilmiş, 30 günlük süre geçirildikten sonra... tarihinde rapor Kurula teslim edilmiş, anılan rapor 10 günlük süre geçirildikten sonra... tarihli toplantısında görüşülmüş ise de, dava konusu Rekabet Kurulu Kararına konu soruşturulan olayın niteliği ve önemi göz önüne alındığında, soruşturma sürecine hız kazandırmak, Kurulun isleri süratli karara bağlamasını sağlamak amacıyla getirilen ve iç uygulamaya yönelik bu durum dava konusu Kurul Kararını sakatlayan ve bu haliyle sonuca etki eden bir husus olarak görülmemiştir..." Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 25.10.2018).

⁴⁵⁵ Kurul üyeleri tarafından biraraya gelmeden alınan kararların, yoklukla malül olduğu Danıştay kararlarında vurgulanmıştır. Danıştay 5. Daire, E: 1969 / 4127, K: 1970 / 1162, DD, Sayı: 1, s. 205. "... kurullarca karara bağlanması gereken hususlarda yetki, müñferiden kişilere değil, bunların usulüne göre teşkil edecekleri heyete verilmiştir. Kurul üyeleri usulü dairesince bir araya gelmedikçe ve müzakere açılmadıkça ferden irade beyanına yetkili değildirler ve beyan edilen bu iradeler bir karar mahiyeti iktisap edemez. Kurula izafesi mümkün olmayan böyle bir karar da yoklukla maluldür ..." Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 25.10.2018).

sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığını yazılı olarak bildirir. Rekabet Kurulu'nun başvuruları açıkça ya da süresi içinde cevap vermeyerek zımnen reddedebilmesi de mümkündür. Ön araştırma yapılmasının reddi bir nihai karar niteliğinde olup, bu kararlara karşı yargı yolu açıktır⁴⁵⁶. Rekabet Kanunu'nun 42'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da Rekabet Kurulunun gerek başvuruyu açıkça red etmesi, gerek süresi içinde bildirimde bulunmayarak zımnen reddetmiş sayılması durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkes Kurulun red kararına karşı yargı yoluna başvurabilir.

2. Soruşturma Aşaması

a. Rekabet Kurulunun Soruşturmaya Başlaması ve Soruşturmayı Yürütecek Kişiler

Daha önce de belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu kendiliğinden yahut kendisine yapılan başvurular neticesinde soruşturma yapılmasına karar verebilir. Soruşturma açılmasına dair verilen karar ön araştırma kararının verilmesinin ardından da verilebilir. Kanunun 51'inci maddesi gereğince soruşturmaya başlanmasına dair karar alınabilmesi için Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun bu yönde oy kullanması gerekir. Soruşturmaya başlama kararı ara karar niteliği taşıdığından tek başına dava konusu yapılamaz. Rekabet Kurulu tarafından verilen soruşturmanın reddi kararı ise nihai nitelik taşır ve bu nedenle soruşturmanın reddine ilişkin kararına yönelik iptal davası açılabilmesi mümkündür⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Bu husus Rekabet Kanunu'nun 41'inci maddesinin gerekçesinin ikinci fıkrasında şu şekilde vurgulanmıştır; *"Burada dikkat çekilmesi gereken husus, soruşturmaya gerek olmadığına ilişkin Kurul Kararının da nihai bir karar olduğu ve buna ilişkin usulün bu kanunun izleyen maddelerindeki nihai karara ilişkin hükümlere tabi olduğudur."*

⁴⁵⁷ Danıştay 13.Daire, E. 2005/938, K. 2005/3245, K.T: 22.6.2005. *"..Dava, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, tıbbi iyileştirici nitelikteki ortopedi ve travmatoloji sarf malzemeleri ile yine iyileştirici nitelikteki diğer malzemeleri ithal edip Sosyal Sigortalar Kurumu'na satan firmaların, 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nu ihlal ettikleri yolunda yapılan şikayetin reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır. 4054 sayılı Rekabet Kanunu'un 4'ncü maddesinde, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bu haller, özellikle şunlardır: a- Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım*

yahut satım şartlarının tespit edilmesi, b- Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, c- Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, d- Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi, e- Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, f- Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi, Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya 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 bulunarak açıkça yasaklanmıştır. Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde ise, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış, anılan Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında, 4. maddede yasaklanmış davranışları gerçekleştirdikleri Kurul kararı ile sabit olanlara, bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği, hükümlerine yer verilmiştir. Kurum kayıtlarına ... tarih ve ... sayıyla giren Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı başvurusunda; tıbbi iyileştirici nitelikteki ortopedi ve travmatoloji sarf malzemeleri ile yine iyileştirici nitelikteki diğer malzemelerin, Bakanlığın bağlı kuruluşu olan SSK Başkanlığı ile satan firmalar arasında yapılan protokollerle veya Kurum'ca firmalara verilen taahhütnamen satış yetkisine dayalı olarak satın alınırken bu satın alınış usulünden vazgeçilerek, SSK tarafından 29.12.2001 tarihli Resmi Gazetede ve Kurum'un web sitesinde tıbbi iyileştirici sarf malzemelerinin hangi fiyat üzerinden ve ne şekilde alınacağını ilan edildiği, ilanda belirtilen gün ve saatte söz konusu branşlarda Kurum'ca malzeme birim fiyatı olarak ilan edilen bedel üzerinden açık eksiltmeyle ihaleye çıkarılacağını duyurulduğu, ancak, tıbbi iyileştirici malzemeleri sağlayan firmaların çeşitli bahaneler ileri sürerek ihaleye katılıp fiyat vermedikleri gibi, insan sağlığını ve hayatını dikkate almaksızın Kurum hastanelerindeki konsinye malzemelerini geri çektikleri ve bununla da kalınmayarak malzeme teslimlerini 01.02.2002 tarihinden itibaren durdurdukları iddia edilerek firmaların eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddedeki çerçevesinde değerlendirilerek gerekli işlemlerin yapılması istenilmiştir. Bu iddialarla ilgili olarak yapılan önaraştırma sonunda düzenlenen raporu görüşen Rekabet Kurulu tarafından, ileri sürülen iddialar Kanunun 4. maddesi kapsamında değerlendirilerek, SSK ihalesinde oluşan fiyat teklifleri incelenerek, rakip sarf malzemesi ithalatçısı firmalar arasında, ihalesi yapılan ürünlerin fiyatlarının tespit edilmesi sonucunu doğuran bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı belirtildikten sonra şikayet konusu olay irdelenerek, 18.01.2002 tarihli SSK ihalesinde "kapalı teklif usulü" ile ürün bazında firmalarca verilen tekliflerin açıklandığı, ürün bazında verilen en düşük teklifin %10 eksisinin SSK tarafından muhammen bedel olarak tespit edildiği ve firmaların bu fiyatlardan "açık eksiltme usulü" ihaleye davet edildiği, ancak, birbirinden çok farklı fiyatlarda teklif veren firmaların SSK tarafından belirlenen söz konusu eksiltilmiş fiyatları kabul etmelerini beklemenin, her firmanın üreticilerinden farklı bedeller ile alım yapması gerçeği ile çelişmekte olduğu, belirlenen muhammen bedellerin en düşük teklifi veren firma dahil olmak üzere hiç bir firma tarafından önerilen alım fiyatlarını yansıtmamakta olduğu, bu yönde bir sonuca ulaşılmasının "ihale sistemi" ile amaçlanan firmalar arasında rekabet ortamı oluşması beklentisi ile de bağdaşmadığı, bu sebeple özellikle kardiyoloji branşında sınıflandırılan bazı ürünlerde SSK tarafından belirlenen eksiltilmiş alım fiyatlarına firmalarca teklif verilmemesi eyleminin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan anlamda rekabeti engelleyici, bozucu veya sınırlayıcı bir anlaşma veya uyumlu eylemin delili olarak kabul edilemeyeceği, öte yandan, raportörlerce yapılan yerinde incelemelerde, başvuru yazısında iddia edilen ihalede düşük fiyat teklifi verilmesinin diğer firmalarca

Rekabet Kurulu soruşturmaya başlanmasına ilişkin karar verdiği takdirde, Rekabet Kanunu'nun 43'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca kurulun ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirlemesi gerekir. Kurulun belirlediği raportörlerin bir heyet oluşturacağı belirtilmiş olmakla birlikte, bu heyetin kaç kişiden oluşacağına dair bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. 2005 yılında 5388 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce soruşturma heyetinin tek kişiden oluşması dahi mümkündü. Yeni

engellenmesi hususuna ilişkin bir tespiti de ulaşılmadığı, özellikle kardiyoloji branşında kullanılan sarf malzemelerinin ithalatçısı konumundaki teşebbüsler ve Sağlık Gereçleri Üreticileri ve Temsilcileri derneği (SADER) tarafından imzalanarak, SSK'ya ve ilgili Bakanlığa gönderilen yazılarda teşebbüslerin, değişen şartlar altında SSK hastanelerindeki konsinye malzemelerini geri çekmek ve hasta başvurularına olumsuz cevap verme tedbirine başvurmak ve malzeme teslimlerini 01.02.2002 tarihinden itibaren durdurmak zorunda kalacaklarını ifade ettikleri, teşebbüsler arasındaki bir anlaşma veya uyumlu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal olarak kabul edilebilmesi için, taraflar arasındaki anlaşma veya uyumlu eylemin rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıması yahut bu yönde bir etkiye yol açması gerektiği, "Konsinye malzemeler", sarf malzemesi ithalatçısı firmalarca, SSK hastanelerinde bulundurulmuş, bedeli henüz ödenmemiş olan ürünleri ifade ettiği, örneğin "koroner stent" gibi bazı malzemelerin farklı ebat içeren setler halinde bulundurulduğu, uzman doktorlar tarafından kullanılan ebattaki ürünün fiyatının eski dönemde SSK tarafından yeni dönemde ise bizzat ilgili SSK hastanesince firmalara ödendiği, sette yer alan diğer ebattaki ürünlerin ise kullanılmadığı ölçüde firmaların mülkiyetinde kaldığı, bu şekilde bir durumun ise sonuçta "konsinye malzemelerin" alım fiyatlarının firmalarca kesin bir biçimde bilinmesini gerekli kıldığı, aksi yönde bir yorumun, firmalar açısından ticari belirsizlikler içerebileceği gibi, SSK tarafından gelecekte belirlenecek olan ürün fiyatlarının firmaların ithalat rakamlarından düşük gerçekleşmesi riskini de taşıdığı, inceleme konusu yazılarda imzası bulunan sarf malzemesi ithalatçısı firmalar ve SADER'e göre; SSK'ya ve ilgili Bakanlığa gönderilen yazıların amacının, firmalar açısından çok önemli olan konulardaki belirsizliğin giderilmesi olduğu, buna göre yazılarda geçen "konsinye malzemelerimizi geri çekeceğiz" ifadesi ile durumun firmalar açısından taşıdığı risk ve sorunun çözüme kavuşturulmasındaki aciliyetin belirtilmeye çalışıldığı, fiyatı belirsiz olan ürünlerin hastaneler tarafından kullanımına izin verilmesinin mümkün olmayacağı ifade edildiği yolundaki tespit ve değerlendirmeler doğrultusunda, tıbbi iyileştirici sarf malzemeleri alımı ilgili pazarına ilişkin şikayet konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal olarak kabul edilemeyeceğine, dolayısıyla iddialara yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak davacı Kurum tarafından dosyaya sunulan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının Hazırlık No: ... sayılı iddianamesinin incelenmesinden; ihale işlemlerine firmaların fiyatlarının düşmesi endişesi içinde tavır koydukları ve genellikle ihalelere katılmadıkları, yine bazı ihalelere katılmakla birlikte, aralarında ihale öncesi anlaştıklarından belli bir sıra dahilinde malzeme sattıkları, bunun sonucu olarak rekabet ortamının oluşmamasından dolayı fiyatlarda herhangi bir düşmenin sağlanamadığı, böylece toplu alım yöntemiyle yaratılacak rekabet sayesinde malzeme bedellerinin düşmesini amaçlayan SSK yetkililerinin bu amaçlarına ulaşamadıkları, sonuçta da SSK'ya tıbbi malzeme sağlayan firmaların rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla aralarında anlaşmaları ve birlikte hareket ettiklerine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belgeler bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda şikayet konusu iddialarla ilgili olarak yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı sonucuna ulaşıldığından, soruşturma açılmaması yönünde alınan dava konusu Rekabet Kurulu kararında 4054 sayılı Kanun'a uyarılı görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğinden bahisle yapılan şikayetin reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, davacı Kurum tarafından yatırılan 30,00.-YTL posta giderinin ve yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davacı vekili için takdir olunan 350,00.-YTL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine 22.06.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 25.10.2018).

düzenleme karşısında ise, Kurul işin nitelik ve kapsamını da dikkate alarak birden fazla olmak kaydıyla istediği sayıda uzman ve uzman yardımcısını raportör olarak soruşturmanın yürütülmesi konusunda görevlendirebilir.

Rekabet Kanunu, soruşturma heyetine soruşturma esnasında kullanılmak üzere önemli yetkiler vermiştir. Bu bağlamda soruşturmayı yürüten heyet, Kanunun 44'üncü maddesine göre soruşturma sırasında kanunun 14'üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15'inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir.

Soruşturma esnasında heyetin 14'ncü madde uyarınca teşebbüs veya teşebbüs birliğinden bilgi isteme yetkisi, Rekabet Kanunu'nun 15'inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yapma yetkisinden daha geniş kapsamlıdır. Çünkü Rekabet Kanunu'nun 14'üncü maddesinde yer alan hüküm uyarınca kurul, her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilmektedir. Kanun'un 44'üncü maddesinde bunun yanı sıra soruşturma heyetinin belirlenen süre içinde lüzumlu gördüğü evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm değerlendirildiğinde, soruşturma dosyasında yürütülen dosya kapsamına ilişkin olarak soruşturma heyetinin bilgi isteyebileceği kurumlar bakımından sınırlama getirilmediğinden, heyet soruşturma dosyası kapsamında gerekli her türlü bilgiyi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir⁴⁵⁸.

b. Soruşturmanın Yürütülmesi ve Süresi

Rekabet Kanunu'nun 43'üncü maddesine göre, soruşturmaya başlanması kararının, verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirilmesi gerekir. Bu bildirimin içeriğinde tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermeleri istenir. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Rekabet Kurulu'nun bu bildirim yazısının yanında, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gereklidir. Doktrinde Rekabet Kurulu tarafından bildirim yazısı gönderilirken aynı zamanda iddiaların türü ve

⁴⁵⁸ Güven, Rekabet, s. 585; Aslan, Teori, s. 1222; Aslan, Rekabet, s. 344.

niteliği hakkında bilgi verilmesinin iddiayı açıklıkla bildirme ilkesinin bir gereği olduğu ifade edilmektedir⁴⁵⁹.

Rekabet Kanunu'nun 51'inci maddesinde Rekabet Kurulu'nun nihai karar niteliği taşımayan ve özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki ara kararları verebilmesi için kurul üyelerinin üçte biri ile toplanacağı ve katılanların salt çoğunluğu ile karar alacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeden hareketle, Rekabet Kurulunun kanunda belirtilen yetkileri kullanabilmesi için en az 4 kişiden oluşması gerekir⁴⁶⁰.

Rekabet Kanunu'nun 43'üncü maddesinde yer alan düzenleme uyarınca soruşturma sürecinin en geç 6 aylık süre içinde tamamlanması gereklidir. Ancak Rekabet Kurulu tarafından gerekli görüldüğü takdirde soruşturma aşaması süresinin 6 aya kadar ek süre verilerek uzatılması imkanı mevcuttur. Doktrinde soruşturma süresi olan 6 aylık sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, 6 aylık süre soruşturma raporunun hazırlanması için gerekli süre olup, bu süre tarafların savunmalarının alındığı andan itibaren başlar⁴⁶¹. Diğer bir görüşe göre ise kanunda açıkça soruşturmanın 6 ay içinde tamamlanacağı belirtildiğinden soruşturma süresimin soruşma heyetinin teşkili ile başlayacağının kabulü gerekir⁴⁶². Kanaatimizce isabetli olan soruşturma süresinin soruşturmayı yürütecek olan soruşturma heyetinin oluşturulması ile birlikte başlayacağının kabulü daha isabetlidir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen soruşturmaya başlama kararı gibi soruşturma süresinin uzatılmasına dair karar da ara karar niteliği taşıdığından kurul üyelerinin en az üçte birinin biraraya gelmesi ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar almaları gerekir. Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturma, soruşturma süresi olan altı aylık sürenin yahut ek süre verilmesi durumunda ek altı aylık sürenin de bitmesi ile birlikte soruşturma süresi sona erer. Bu noktada Rekabet Kurulu'nun soruşturmayı süresi içerisinde tamamlayamaması durumunda nasıl bir sorumluluğunun söz konusu olacağı sorusu akla gelecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Rekabet Kurulu soruşturmayı süresi içerisinde

⁴⁵⁹ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 96.

⁴⁶⁰ Aslan, Rekabet, s. 427.

⁴⁶¹ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 96.

⁴⁶² Aslan, Rekabet, s. 343; Aslan, Teori, s. 1220.

tamamlayamadığından dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁶³. Bunun yanı sıra değerlendirilmesi gereken bir durum ise taraflar bakımındandır. Konumuz bakımından asıl tartışılması gereken husus, Rekabet Kurulunun soruşturmayı kanunun öngördüğü süreyi aşarak tamamlaması ve taraflar hakkında idari para cezasına hükmetmesi halinde, tarafların bu karara karşı yargı yoluna başvurma haklarının olup olmayacağı noktasındadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, idare bakımından getirilen bu süreler idareyi daha hızlı karar almaya sevk etme amacı taşıdığından bu süreler içerisinde karar alınmaması tek başına iptal sebebi oluşturmaz⁴⁶⁴. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise, usul kurallarının taraflar bakımından taşıdığı savunma ve adil yargılanma hakkı güvencelerinden hareket ederek, süresinde karar verilmeyen yaptırım kararlarının salt süre sebebi ile iptal davasına konu olabileceği yönündedir⁴⁶⁵.

Soruşturma süresinin sona ermesi ile birlikte gerçekleştirilecek sürece ilişkin ayrıntılı düzenleme, Rekabet Kanunu'nda ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te detaylı olarak düzenlenmiştir. Soruşturma süresinin sona ermesi ile birlikte soruşturma heyeti tarafından rapor hazırlanır ve bu rapor tüm kurul üyelerine ve ilgililere tebliğ edilir. Kurul üyelerine ve ilgililere tebliğ edilen raporda ayrıca Rekabet Kanunu'nu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30

⁴⁶³ Aslan, Teori, s. 1221; Aslan, Rekabet, s. 343; Gözübüyük/Tan, s. 1221; Günday, s. 334.

⁴⁶⁴ Aslan, Teori, s. 1221; Aslan, Rekabet, s. 343; Güven, Rekabet, s. 580; Aslan/Berk, s. 132. Danıştay 10. Daire, E: 2001/1629, K: 2003/4241, K.T:04.11.2003 “*Kanunun 41. maddesinde, ön araştırma raporunun Kurul'a teslimini takip eden 10 gün içinde Kurul'un toplanacağı ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği öngörülmüş olmasına karşın, dava konusu olayda 15.1.1999 tarihli ön araştırma raporu aynı tarihte Rekabet Kurulu'na teslim edilmiş ve 10 günlük süre geçirildikten sonra Kurul'un 4.2.1999 tarihli toplantısında görüşülmüş ise de; dava konusu Rekabet Kurulu Kararına konu soruşturulan olayın niteliği ve önemi gözönüne alındığında, soruşturma sürecine hız kazandırmak, Kurulun işleri süratli karara bağlamasını sağlamak amacıyla getirilen ve iç uygulamaya yönelik bu 10 günlük sürenin aşılması dava konusu Kurul kararını sakatlayan ve bu haliyle sonuca etki eden bir husus olarak görülmemiştir. Yasanın 43. maddesinde ise, soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurul'un, görevli raportör veya raportörlerle birlikte soruşturmayı yürütecek kurul üyesi veya üyelerini de belirleyeceği, soruşturmanın en geç 6 ay içinde tamamlanacağı, gerekli görüldüğü hallerde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebileceği kuralına yer verilmiştir. Dava konusu olayda, soruşturma açılmasına 4.2.1999 tarihinde karar verildiği için, 13.7.1999 tarihli Kurul kararıyla soruşturma süresinin 6 ay uzatıldığı ve soruşturmanın 4.2.2000 tarihinde tamamlandığı anlaşılmaktadır. Uzatılan sürenin sona ermesinden 4 gün sonraki bir tarihi taşıyan soruşturma raporunda, yukarı da belirttiğimiz hususlar karşısında, dava konusu olaya özgü olarak soruşturma raporunu hukuka aykırı kılacak, uyuşmazlık konusu olayda sonuca etki edecek bir husus görülmemiştir.*” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 25.10.2018).

⁴⁶⁵ Ali Ulusoy, “Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumun Yeri”, **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurulu Yayını, s. 28.

gün içinde kurula göndermeleri Yönetmeliğin 62'inci maddesinde yer alan düzenleme uyarınca tebliğ edilir.

Yine Rekabet Kanunu'nun 45'inci maddesi ve Yönetmeliğin 62'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yapmakla görevlendirilen Kurul üyeleri 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu ek görüş ilgili taraflara gönderilir. Taraflar 30 gün içerisinde kendilerine gönderilen ek görüşe cevap verme hakkını haizdirler. Tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde bu süreler bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabilir.

Bu noktada değinilmesi gerekli olan diğer bir husus ise, Rekabet Kanunu'da ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenen sürelerin niteliği konusundadır. Bu noktada kurula ve ilgililere verilen sürelerin niteliğinin ve sürelerle aykırılığın sonuçlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir. İlgililer bakımından getirilen sürelerin niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin Rekabet Kanunu'nun 45'inci maddesinde soruşturma sürecinin sonucunda ihlalde bulunduğu tespit edilen taraflara savunmalarını yapmaları için 30 günlük süre verilir ve taraflar bu süre içerisinde savunmalarını Rekabet Kurul'una sunmadıkları takdirde savunmaları kurul tarafından dikkate alınmaz. Doktrinde taraflar vaktinde savunmalarını vermedikleri takdirde Kurul tarafından dikkate alınmayacağına dair düzenleme Kanun'da yer aldığından Kanun'da yer alan bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu ifade edilmiştir⁴⁶⁶. Ayrıca kurul için öngörülen sürelerin niteliği nedir?

c. Delillerin Toplanması

Soruşturma Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 14'üncü ve 15'inci maddelerinde yer alan bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanarak delillerin toplanmasını sağlayacaktır⁴⁶⁷. Bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin yanı sıra Kurul kendisinde yapılan bildirimler vasıtası ile de delil elde etmektedir. Bu arada teşebbüsler de yaptıkları anlaşmaları Rekabet Kurulu'na bildirerek muafiyet talep

⁴⁶⁶ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 95. Aynı yönde Aslan, Rekabet, ss. 335-336; Güven, Rekabet, s. 580. Aksi yönde bkz. Aslan, Rekabet, s. 460; Aslan Yılmaz, Biak Kararı", ss. 21-22.

⁴⁶⁷ Rekabet Hukuku'nda delil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pelin Uyanık, **Rekabet Hukuku Açısından Delil**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.

ettiği takdirde bu teşebbüs beyanları ile de delil elde edilmektedir⁴⁶⁸. Buna ek olarak, soruşturma tarafları Rekabet Kurulu'nun kararını etkileyebilecek nitelik taşıyan her türlü bilgi ve belgeyi her zaman kurula sunma hakkını haizdirler.

Rekabet Hukukunda re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması nedeniyle serbest delil sistemi geçerlidir. Rekabet Kanunu'nun 44'üncü maddesinin birinci fıkrasında kesin delil-takdiri delil ayırımı yapılmaksızın her türlü bilgi ve delil ifadesi kanun metninde yer almıştır. Buna ek olarak Rekabet Kanunu'nun 47'inci maddesinde sözlü savunma toplantısı bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Deliller ve İkamesi bölümüne atıf yapılarak buradaki her türlü delil ve ispat vasıtalarından yararlanılabileceği belirtilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığından Rekabet Kanunu'nun 47'inci maddesinde yer alan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ifadesini, Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak anlamak gerekir. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Diğer Kanunlardaki Yargılama Usulü ile İlgili Hükümler" başlıklı 447'inci maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan; *"Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır"* düzenlemesi Rekabet Kanunu bakımından da uygulanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise "İspat ve Deliller" başlığını taşıyan dördüncü kısmında altı çeşit delil türü düzenlenmiştir. Bunlar; belge ve senet, yemin, tanık, bilirkişi, keşif ve uzman görüşüdür. Kesin deliller; senet (HMK m. 199-224), yemin (HMK m. 225-239) ve kesin hükümden (HMK m. 303) oluşmaktadır. Takdiri deliller ise, tanık (HMK m. 240-265), bilirkişi (HMK m. 266-287), keşif (HMK m. 288-292) ve özel hüküm sebepleridir (HMK m.192). Kesin deliller, bir uyuşmazlığı sona erdirmek açısından çok etkili bir araç olup, hâkimi bağlayıcı nitelik taşırlar ve bir vakıa kesin delil ile ispatlanıyor ve o güçteki karşı delil ile çürütülemiyorsa hakim, o vakıayı doğru kabul etmek zorunda olup, takdir yetkisi söz konusu değildir⁴⁶⁹. Bununla birlikte, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda

⁴⁶⁸ Aslan, Teori, s. 1221; Aslan, Rekabet, s. 344.

⁴⁶⁹ Mine Akkan, Medenî Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği, *DEÜHFD* 2009/Özel Sayı, s. 7; Pekcanitez /Atalay/Özekes, s. 262.

hâkim, kesin delillerle bağlı değildir⁴⁷⁰. Takdiri deliller ise koşulları hakim tarafından tespit edilmeyen deliller olup, hakimi bağlamamaktadır. Bu nedenle de hakim takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek karar verme hakkını haizdir⁴⁷¹. Rekabet Hukuku'nda re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması nedeniyle serbest delil sistemi kabul edilmiştir. Bu kabul neticesinde, belirli hususların sadece belirli delillerle ispatı öngörülmemiş, o hususun ispatını temin edecek bütün delillerin ispat vasıtası olarak kullanılmasına izin verilmiştir⁴⁷².

Bilirkişi delili Rekabet Hukuku kuralları açısından değerlendirildiğinde, soruşturma kurulunun ayrı bir uzmanlık isteyen konularda, bilirkişiden görüş istenesi mümkündür. Rekabet Kanunu kapsamında yürütülen soruşturmalarda uzman görüşünden yararlanılabilmesi mümkündür. Zira, Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkındaki Tebliğin “Uzman Görüşü” başlıklı 13’üncü maddesine göre de; *“Taraflar, dosya konusu olayla ilgili olarak, konunun uzmanlarından bilimsel görüş alabilirler. Kurul, talep üzerine veya res’en, kendisinden görüş alınan uzman kişinin toplantıda dinlenmesine karar verebilir. Savunmasında uzman görüşüne başvuracak olan taraf, uzman görüşü ile birlikte, eğer görüş niceliksel analizler de içeriyorsa bu analizlerin dayandığı her türlü veriyi ve analizi sözlü savunma toplantısından en geç yedi gün önce Kurula sunar.”* Rekabet hukuku açısından, soruşturma kurulunca Rekabet Kanunu’nun 15’inci maddesinin c bendi uyarınca yerinde inceleme yapılması faaliyeti keşif niteliği taşımaktadır⁴⁷³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen keşfe katlanma zorunluluğu Rekabet Hukuku bakımından da mevcuttur. Zira, Rekabet Kurulu da yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması hallerinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile bu birliklerin üyelerine idari para cezası verme yetkisini haizdir. Buna ek olarak, yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme ihtimalinin bulunması durumunda Rekabet Kurulu tarafından yetkili sulh ceza mahkemesine başvurularak hâkim kararı ile yerinde incelemeyi yapabilme imkanı da bulunmaktadır⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 370.

⁴⁷¹ Takdiri deliller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1737.

⁴⁷² Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 2009, s. 45; Akcan, s. 24; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 262.

⁴⁷³ Uyanık, s. 37.

⁴⁷⁴ Aksoylu, s. 37; Gönen, s. 64.

Tanık delili bakımından Rekabet Kanunu değerlendirildiğinde, Kanun'un 15'inci maddesinin "b" bendine göre soruşturma kurulunun yerinde inceleme sırasında belirli konularda ilgililerden yazılı ve sözlü açıklama isteyebilme hakkını haiz olduğuna ilişkin düzenleme tanık deliline işaret etmektedir. Ayrıca sözlü savunma aşamasında hem soruşturma kapsamındaki teşebbüs veya teşebbüs birliği temsilcileri hem üçüncü kişiler tanık olarak dinlenmektedir⁴⁷⁵. Bunun yanı sıra Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ'in tanık başlıklı 12'inci maddesinde de tarafların, belirli konuların aydınlatılması için tanık dinletebileceği ve tanık gösteren tarafın, tanık dinletmek istediği konuyu ve dinlenmesi istenen tanıkların bir listesi ile birlikte bu kişilerin konu ile ilgilerine dair açıklamayı içeren bir yazıyı sözlü savunma toplantısından en geç yedi gün önce Kurul'a sunması gerektiği, süresinden sonraki bildirimlerin dinlenmeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna ek olarak, aynı maddenin üçüncü fıkrasında Kurulun, tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği kanaatine varırsa, geri kalanların dinlenmemesine karar verebileceği de düzenlenmiştir.

Yemin bakımından ise; Rekabet Hukuku'nda teknik incelemelerin esas olduğu, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tüzel kişiye de yemin teklif edilmesi imkanı getirilmiş ise de, rekabeti ihlâl edip etmediği araştırılan teşebbüse yemin teklif edilmesinin Rekabet Kurulu tarafından yürütülen usule uygun olmadığı doktrinde ifade edilmektedir⁴⁷⁶.

Senet ve belge delilleri bakımından Rekabet Kanunu bakımından değerlendirme yapıldığında; Kanun'un bilgi istemeye ilişkin 14'üncü, ön araştırma ve soruşturmaya ilişkin 40 ilâ 44 maddeleri ile sözlü savunma toplantısına ilişkin 47'inci maddelerinde yer alan düzenlemeler bakımından belge kavramının geniş yorumlanarak uygulanması gerekir. Bu bağlamda, soruşturma kurulunca gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin defterlerinin, her türlü evrak ve belgelerinin incelemesine ve suretinin alınmasına imkan tanıyan düzenleme senet bir diğer ifade ile yazılı delil elde etmeye yöneliktir⁴⁷⁷. Rekabet hukukunda serbest delil sistemi kabul edilmiştir. Hukuk

⁴⁷⁵ Uyanık, s. 39.

⁴⁷⁶ Uyanık, s. 40; Yılmaz, Usul ve İspat, s. 102.

⁴⁷⁷ Yılmaz, Usul ve İspat, s. 99.

usulünde serbest delil sisteminin sonucu olarak, belirli hususların sadece belirli delillerle ispatı öngörülmemiş, o hususun ispatını temin edecek bütün delillerin ispat vasıtası olarak kullanılmasına cevaz verilmiştir. Bu nedenle ve Rekabet Kurulu tarafından elde edilen her türlü delilin değerlendirilmesinin mümkün olması sebebi ile medenî yargılamada da belge olarak kabul edilen, bilgisayar verileri, faks, bilgisayar çıktıları, görüntü ve ses kayıtları, yazılı her türlü metin ve elektronik posta gibi deliller de rekabet ihlâlinin tespitinde delil olarak değerlendirilecektir⁴⁷⁸. Buna ek olarak, Rekabet Hukuku bakımından belgenin altında imza olmasa dahi, o belgenin senet olarak kabulü mümkündür⁴⁷⁹. Bunun yanı sıra Rekabet Kurulu'nun rekabeti sınırlayan hukukî işlemlerde taraf olmaması nedeniyle senetle ispat kuralının rekabet yargılaması bakımından uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁸⁰.

3. Sözlü Savunma Toplantısı

Sözlü savunma toplantısı Rekabet Kanunu'nda düzenlenen idari usul aşamalarından bir diğeridir. Sözlü savunma toplantısına ilişkin süreç Rekabet Kanunu'nun 46'ncı ve 47'inci maddelerinde detaylı olarak düzenlenmiştir. Tarafların katılımı gerçekleştirilen sözlü savunma toplantısı ilgili ya da ilgililerle Rekabet Kurulu arasında karşılıklı konuşmalar sayesinde yanlış anlamaların ortadan kaldırılmasını sağlamasının yanı sıra tarafların idari usuldeki hukuki durumlarının güçlenmesine de katkı sağlamaktadır⁴⁸¹. Doktrinde sözlü savunma toplantısının soruşturulan teşebbüslere sözlü savunma hakkı veren önemli bir aşama olduğu ifade edilmektedir⁴⁸². Ayrıca doktrinde sözlü savunma toplantısı aşaması duruşmaya benzetilerek, bu toplantının Rekabet Kurulu'nun yarı yargısal niteliğine işaret eden noktalarından biri olduğu ifade edilmektedir⁴⁸³. Rekabet Kanunu'nun sözlü savunma toplantısını düzenleyen 46'ncı maddesinin gerekçesinde, sözlü savunma toplantısının zorunlu olmadığını; ancak tarafların savunmalarını sözlü olarak daha iyi

⁴⁷⁸ Yılmaz, Usul ve İspat, ss. 124-125.

⁴⁷⁹ Yılmaz, Deliller, s. 75.

⁴⁸⁰ Budak, Rekabet, s. 148.

⁴⁸¹ Özkan, İdari Usul, s. 59.

⁴⁸² Aslan, Rekabet, s. 354.

⁴⁸³ Yılmaz, Usul ve İspat, s. 112; Ejder Yılmaz, Yargılama Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu, **Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan**, Ankara 1999, s. 957; Ali Cem Budak, AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, 27 Mayıs 2004, Ankara 2004, s. 138.

yapacaklarını düşünüyorlarsa bu taleplerini belirtilen süreler içinde yapmaları gerektiği açıklanmaktadır

Soruşturma safhasının sona ermesi ile birlikte soruşturma kurulunun görevi sona ermekte ve dosyayı Kurul devralarak öncelikle sözlü savunma toplantısını gerçekleştirmektedir. Rekabet Kanunu'nun 46'ncı maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri yahut Kurulun kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verme imkanı bulunmaktadır. Bu bağlamda sözlü savunma toplantısı iki halde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilki, şikâyetçi tarafın soruşturma raporuna veya ek görüşe cevap dilekçesinde sözlü savunma toplantısı yapılmasını talep etmesi yahut savunma tarafının, soruşturma raporu veya ek görüş hakkındaki savunma dilekçelerinde sözlü savunma toplantısı talep etmesi halidir. Bu halde taraflardan birinin sözlü savunma toplantısı yapılmasını talep etmesi hâlinde, Kurul sözlü savunma toplantısı düzenlemek zorundadır. İkinci hal ise, tarafların sözlü savunma toplantısı düzenlenmesine yönelik herhangi bir talepleri bulunmasa dahi, Rekabet Kurulu'nun kendi yetkisine dayanarak da sözlü savunma toplantısı düzenleyebilmesidir.

Rekabet Kurulu Nezinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ'in 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, Rekabet Kurulu, toplantı tarihini, yerini, saatini ve toplantıya katılmak isteyen şikâyetçiler ile üçüncü kişiler için başvuru süresini tespit eder ve bu karar Kurumun internet sayfasında duyurulur. Tebliğin toplantı zamanı ve davetiye başlıklı 5'inci maddesi uyarınca, sözlü savunma toplantısı, soruşturma safhasının bitiminden en az 30 gün en çok 60 gün içinde yapılır. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri sözlü savunma toplantısı gününden en az 30 gün önce taraflara gönderilir.

Sözlü savunma toplantısının, soruşturma safhasının bitiminden itibaren 30 ilâ 60 gün içinde yapılmasının amacı, Kurul'a ve taraflara toplantıya hazırlanmak için yeterli sürenin verilmesi; ancak bunun yanında da Rekabet Kurulu'nun soruşturma konusuna ilişkin ilgisini kaybettirecek kadar uzun olmaması ve soruşturmanın makul sürede sonuçlandırılmasıdır⁴⁸⁴. Rekabet Kanunu'nun 47'inci maddesinin dördüncü fıkrasında sözlü savunma toplantısından en geç 7 gün önce tarafların sözlü

⁴⁸⁴ Aksoylu, s. 41.

savunmada yararlanacakları ispat vasıtalarını Kurula bildirmekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Rekabet Kurul'una sunulacak deliller bakımından, toplantı gününden 30 gün önce taraflara toplantı davetiyelerini göndermesi ve sözlü savunma toplantısından 7 gün önceye kadar taraflara ispat vasıtalarını hazırlama imkanı tanınarak, taraflara ispat vasıtalarını hazırlaması için kanunla güvence altına alınmış bir süreden yararlanma imkânı tanınmış olmaktadır. Taraflar süresi içinde bildirilmemiş ispat vasıtalarından yararlanamazlar.

Rekabet Kanunu'nda soruşturma aşamasının ardından sözlü savunma toplantısı aşaması getirilerek yürütülen soruşturmada katılımcı yöntem modeli benimsenmiştir⁴⁸⁵. Katılımcı yöntem modelinin işlerliğinin sağlanması için, teşebbüslerin savunmalarına olanak verilmesi, savunmalarını sağlayacak soruların sorulması, Kurul üyelerinin kanaatlerini açıklamaması ve de kanaat açıklama anlamına gelecek soruların sorulmaması gerekmektedir⁴⁸⁶.

Rekabet Kanunu'nun 47'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, sözlü savunma toplantıları kural olarak açık yapılır. Ancak, genel ahlâkın ve ticarî sırların korunması gerekçesi ile Kurul, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebilir. Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ'in Toplantının aleniyeti ve gizli oturum kararı başlıklı 9'uncu maddesinde gizli oturum yapılabilmesi için izlenmesi gerekli olan prosedür hükme bağlamıştır⁴⁸⁷. Tebliğin 9'uncu maddesinde düzenlenen toplantıların aleniyeti ve

⁴⁸⁵ Müslüm Akıncı, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, İstanbul 1999, s. 245.

⁴⁸⁶ Tekin Akıllıoğlu, Rekabet Hukuku Uygulamasında İnsan Hakları, RDHB 2005/10, s. 13.

⁴⁸⁷ "(1) Sözlü savunma toplantıları açık olarak yapılır. Genel ahlâkın ve ticarî sırların korunması gerekçesi ile sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verilebilir.

(2) Gizli oturum kararı Kurul tarafından resen alınabileceği gibi, tarafların yazılı olarak başvurmaları üzerine de alınabilir.

(3) Taraflar, sözlü savunmalarının kısmen veya tamamen gizli oturumda yapılmasına ilişkin taleplerini en geç, ispat vasıtalarının sunulmasına ilişkin sürenin sonuna kadar Kurula yazılı olarak bildirebilirler. Bu süre geçirildikten sonra yapılan gizlilik talebi kabul edilmez.

(4) Gizlilik talebinde bulunan taraflar, sözlü savunmalarında kullanacakları ispat vasıtalarının yanı sıra, yapacakları sunumun temel unsurlarını içeren bir taslağını, toplantıdan en geç yedi gün önce Kurula iletirler. Gizlilik niteliğine sahip dokümanlar, açık ve görülebilir bir şekilde "gizlidir" ya da "ticarî sır içermektedir" ifadeleri ile işaretlenir ve bu dokümanların gizlilik içeren bir nüshasıyla birlikte, yalnızca gizlilik içeren kısımlarının çıkarılmış ya da kapatılmış olduğu, gizlilik içermeyen bir nüshası da Kurula sunulur.

(5) Ticarî sırların korunması gerekçesiyle gizlilik talebinde bulunan taraf, işaretlenen bütün bilgiler bakımından, bunların neden ticarî sır olarak kabul edilmesi gerektiğini, söz konusu ticarî sırların açıklanmasının kendisi bakımından nasıl bir zarara yol açacağını ve bunların korunması için sunumun hangi kısımlarının gizli yapılması gerektiğini gerekçeleriyle açıklamakla yükümlüdür.

gizli oturum yapılmasına ilişkin düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesi başlıklı 28’inci maddesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Duruşmanın Aleniyeti ve Gizli Yapılabileceği Haller başlıklı 373’üncü maddesinde düzenlenen duruşmaların aleni olarak yapılmasına yönelik düzenlemelerle benzerlik taşımakla birlikte, Rekabet Kanunu’nun 47’inci maddesinde yer alan düzenleme Anayasa’nın “Duruşmaların Açık ve Kararların Gerekçeli Olması” başlıklı 141’inci maddesinde düzenlenen kararların gerekçeli olmasına ilişkin düzenleme ile uyumlu değildir. Zira, Rekabet Kanunu’nun 47’inci maddesinde oturumlara bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcilerinin katılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle sözlü savunma toplantısına sadece maddede açıkça belirtilen sınırlı sayıdaki kişiler katılabilecektir. Toplantılar kamuya açıklık gereği gizlilik kararı alınmadığı sürece herkes tarafından izlenebilecek, ancak oturumlara Rekabet Kanunu’nu ihlâl ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcileri katılabilecektir. Rekabet Kanunu’nun 47’inci maddesinde düzenlenen oturuma katılacak kimselerin menfaati Rekabet Kurulu tarafından takdir edilecektir. Belirtmek gerekir ki, Rekabet Kurulu’nun doğrudan yahut dolaylı menfaate sahip olan kimseleri belirlerken takdir yetkisini dikkatli kullanması gerekir. Zira, aleniyet ilkesine riayetsizliğin bir iptal sebebi olacağı doktrinde kabul edilmektedir⁴⁸⁸.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Rekabet Kanunu’nun 47’inci maddesinin son fıkrasında oturumlara bu Kanunu ihlâl ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da “onların temsilcilerinin” katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile tarafların yürütülen işlemlere bizzat katılma zorunluluğu bulunmadığı açıkça düzenlenmiş durumdadır. Rekabet Kanunu’da yazılı savunmaların temsilci aracılığıyla yapılmasını engelleyen herhangi özel bir düzenleme bulunmamakta ve uygulama da, yazılı savunmaların temsilci aracılığıyla

(6) Kurul, gizlilik talebini sözlü savunma toplantısından evvel değerlendirecek karara bağlar. Kurul, bu talebi kısmen ya da tamamen kabul ya da reddedebilir. Kurulun bu talebe ilişkin olarak aldığı kararın gerekçesi, nihai kararda yer alır.”

⁴⁸⁸ Yılmaz, Usul ve İspat s. 97; Aslan, Yargısal Denetim s. 5; Zehrettin Aslan ve Kahraman Berk, **Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev ve Yetkileri İle Yargısal Denetimi**, İstanbul 2000, s. 130.

yapıldığı görülmektedir⁴⁸⁹. Tarafların temsilcisinin avukat olma zorunluluğunun bulunmadığı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ'in 7'inci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Esasen Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesi avukatların tekel hakkını dava takip etmekle sınırlamış olup, resmi dairelerde iş takip etmeyi avukatlara özgülemediğinden, bu düzenleme Avukatlık Kanunu ile de uyumludur⁴⁹⁰. Bununla birlikte Rekabet Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması halinde temsilcinin avukat olma zorunluluğu mevcuttur⁴⁹¹.

Rekabet Kanunu'nun 47'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, sözlü savunma toplantılarını Kurul Başkanı veya Kurul Başkanının toplantıya katılmadığı durumlarda Kurul İkinci Başkanı yönetir. Aynı fıkra göre, toplantı, Kurul Başkanı veya İkinci Başkan ile en az dört kurul üyesinin katılımı ile yapılır. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, sözlü savunma toplantıları en çok birbirini izleyen 5 oturumda tamamlanır ve bir gün içinde yapılan çeşitli toplantılar bir oturum sayılır.

4. Nihai Karar Toplantısı

Rekabet Kanunu'nun 48'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde karar verilir. Nihai karar toplantısı sözlü savunma toplantısının yapıldığı gün gerçekleştirilmediği takdirde nihai karar toplantısının sözlü savunma toplantısından niçin 15 gün içinde yapıldığının gerekçesinin de belirtilmesi gerekir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği yahut Rekabet Kurulu tarafından da kendiliğinden sözlü savunma yapılmasına karar verilmediği hallerde, nihai karar dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir.

⁴⁸⁹ Aksoylu, s. 43.

⁴⁹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul s. 255; Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011, s. 138 vd.; Meral: Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2013, s. 54 vd., Aksoylu, s. 44. Temsilcilerin avukat olması gerektiği yönünde bkz. Zehreddin Aslan, **Rekabet Kurulu Kararları Ve Yargısal Denetimi**, s. 141; Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 97.

⁴⁹¹ Yılmaz, Yargılama Hukukçusu s. 959; Aslan, Yargısal Denetim s. 5.

Sözlü savunma yapılmasına karar verilmesine rağmen, tarafların sözlü savunma toplantısına katılmaması halinde sürecin nasıl işleyeceğine ilişkin düzenleme Kanun'un 48'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Belirtilen düzenleme uyarınca, ilgili tarafların sözlü savunmaya gelmemesi halinde karar, belirlenmiş toplantı tarihinden sonraki bir hafta içinde dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre verilir. Karar safhasında bu tür sürelerin konulması karar aşamasına gelmiş uyuşmazlığın bir an önce karara bağlanmasını ve sürüncemede kalmamasını amaçlamaktadır⁴⁹².

Rekabet Kanunu'nun 49'uncu maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, Rekabet Kurulu kararlarını gizli görüşme sonucu verir ve alenen tefhim eder. Rekabet Kurulu uyuşmazlık hakkında karar verirken üyelerin çekimse oy kullanma hakkı yoktur. Yine aynı maddede görüşmelere mazeretli olan üyeler dışında sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş olan üyelerin katılmalarının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Kanun'un 50'inci maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, nihai karar toplantısında görüşmeyi Kurul Başkanı veya Kurul Başkanının görüşmeye katılmadığı durumlarda ikinci başkan yönetir ve karara bağlanacak konuları belirler. Bu konular serbestçe tartışıldıktan sonra Başkan oyları toplar ve en son kendi oyunu verir.

Kanun'un 51'inci maddesinde nihai karar toplantısında karar alınabilmesi için gerekli olan toplantı ve karar yeter sayıları düzenlenmiştir. Rekabet Kurulu'nun nihai karar toplantısında karar alabilmesi için Başkan ya da ikinci Başkan dâhil en az toplam beş üyenin toplantıya katılması ve en az dört üyenin aynı yönde oy kullanması gerekir. İlk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda, Başkan ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlar. Ancak bunun mümkün olmaması halinde karar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Bu durumda da toplantı nisabı birinci fıkrada belirtilenden az olamaz. İkinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılır.

Rekabet Kanunu'nun 52'inci maddesinde yer alan düzenleme kapsamında Rekabet Kurulu kararlarında aşağıda belirtilen hususların bulunması gerekir;

- a) Kararı veren Kurul üyelerinin adları ve soyadları,

⁴⁹² Zehreddin Aslan, İdari Usul Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulunun Çalışma Yöntemi, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Ankara, 1998, s. 284; Aslan/Berk, s. 132.

- b) İnceleme ve araştırmayı yapanların adları ve soyadları,
- c) Tarafların ad ve unvanları ile ikametgâhları ve ayırıcı nitelikleri,
- d) Tarafların iddialarının özeti,
- e) İnceleme ve tartışılan ekonomik ve hukuki konuların özeti,
- f) Raportörün görüşü,
- g) İleri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi,
- h) Gerekçe ve kararın hukuki dayanağı,
- ı) Sonuç,
- k) Varsa karşı oy yazıları.

Bu noktada karar içeriğinde bulunması zorunlu unsurlardan belki de en önemlisi kararın gerekçe kısmıdır. Hukuk devleti ilkesinin en önemli yansımalarından biri olan kararların gerekçeli olması idarenin karar alırken daha dikkatli davranmasını sağlar⁴⁹³. Bu düzenleme uyarınca, Rekabet Kurulu kararında gerekçe olmaması iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bunun sebebi ise, gerekçesiz bir kararın, gerekçeli karar verme ilkesine uyulmadığı için usul eksikliği sebebi ile iptali gerekir. Bunun üç sebebi bulunmaktadır. Öncelikle, Kurul'un tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamamasıdır. İkinci olarak, kararda bulunması gereken hususlar arasında gerekçe ve kararın hukukî dayanağı da sayılmıştır. Üçüncü olarak ise, Kurul kararlarında süreler gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. Belirtilen tüm bu düzenlemeler, kararların mutlaka gerekçeli olması gerektiğini ortaya koymaktadır⁴⁹⁴.

Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, Rekabet kurulu tarafından verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan hakların şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılması gerekir. Rekabet Kurulu tarafından verilen karar, Kurul Başkanı veya onun görevlendireceği bir üye tarafından yazılır. Kararlar toplantıya katılan üyeler tarafından imzalanır. Karara muhalif kalan üyeler ayrı ayrı veya birlikte karşı oy yazısı yazabilir⁴⁹⁵. Eğer karar oy çokluğu ile alındığı halde,

⁴⁹³ Akıllıoğlu, Gerekçe, ss. 10-16; Sezginer, İdari İşlem, ss. 219-224.

⁴⁹⁴ Aslan, Teori, s. 1288.

⁴⁹⁵ Karşı oy konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gönül, Mustafa: Türk Anayasa Yargısında Karşı Oy (AİD 1995/2, s. 11-27), s. 11 vd. Danıştay 10. Dairesi, T. 26.04.2004, E. 2001/2004, K. 2004/4070 . “Davacının, belirtilen Kurul kararının iptali istemiyle açtığı dava sonucunda; Dairemizin 15.1.2001 tarih ve E:2000/1432, K:2001/54 sayılı kararı ile, 4054 sayılı Yasa'nın 52. maddesinde, kararlarda bulunması gereken hususlar arasında "varsa karşı oy yazılarının" da yer alacağını belirtildiği,

birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia savunmaları ile ileri sürülen delillerinin, Kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda oluştuğu göz önüne alındığında, kararın değerlendirilmesinde çoğunluk oyları kadar, karşı görüşte olanların oylarının da bilinmesinin önemli olduğu, kararın bütünlüğü bakımından, kanun koyucu tarafından da bu hususa verilen önem dolayısıyla konunun kanunla düzenlendiği, dosyanın incelenmesinden ve tarafların duruşmadaki beyanlarından davacıya tebliğ edilen kurul kararında karşı oy yazılarının bulunmadığı gibi, 4054 sayılı Yasa'nın 53. maddesi uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanan kararda da karşı oy yazılarının yer almadığının anlaşıldığı, bu itibarla, yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulmamasının esaslı etkileyen bir noksanlık olduğu gerekçesiyle dava konusu Kurul Kararının davacıya ilişkin kısmının şekil noktasından hukuka aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmiştir. Davalı Kurumun, "Kurul kararının metnindeki şekil noksanlığının, karşı oy yazılarına da metinde yer vermek ve kararı bu şekliyle taraflara tebliğ etmek suretiyle giderilebileceği ve böylece yargı kararı gereğinin yerine getirilebileceği" sonucuna varılmakla birlikte, "Kararın şekil noktasından Kanun'a aykırılığı nedeniyle iptaline karar verildi" şeklindeki kesin ifadenin, kararın anlamını tesbit bakımından tereddüt yarattığını belirterek, Dairemizin belirtilen kararının açıklanmasını istemesi üzerine, Dairemizin 8.5.2001 tarihi ve E:2000/143 sayılı kararıyla, açıklanması istenilen kararda açıklanmayı gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle açıklama istemi reddedilmiştir. Dairemizin, Kurul kararı n ı n iptaline ilişkin kararı, davalı kurumun temyiz istemi üzerine incelenerek İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 15.2.2002 tarih ve E:2001/543, K:2002/168 sayılı kararı ile onanmıştır. Davacı Kurum'un kararın düzeltilmesi istemi de İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 22.1.2004 tarih ve E:2002/637, K:2002/59 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Rekabet Kurulu Başkanı'nın imzaladığı 2.5.2001 tarihli yazı ile Dairemizce iptaline karar verilen 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı Rekabet Kurulu kararının evvela karşı oy gerekçeleri olmaksızın tebliğ edilmiş olması nedeniyle bu kere söz konusu eksikliğin giderilmesini teminen karşı oy gerekçeleri ile birlikte gönderildiği belirtilerek, iptal edilen Kurul Kararı karşı oy yazılarıyla birlikte 3.5.2001 tarihinde davacıya tebliğ edilmiştir. Davacı, Dairemizin 15.1.2001 tarih ve E:2000/1432, K:2001/54 sayılı kararı ile davacı yönünden iptaline karar verilen Rekabet Kurulu'nun 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararının karşı oy yazılarıyla birlikte, Rekabet Kurulu Başkanı'nın imzaladığı 02.05.2001 tarihli yazısıyla 3.5.2001 tarihinde tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemin iptali istemi ile dava açmıştır. Dairemizce, Rekabet Kurulu kararının karşı oy yazıları olmaksızın tebliğinden sonra, karşı oy yazılarının tebliğine rağmen iptal kararı verildiği halde, davalı Kurumun iptal kararımızın açıklanması istemine ilişkin dilekçesinde yer alan "şekil noksanlığının, Karşı oy yazılarına da metinde yer vermek ve kararı bu şekliyle taraflara tebliğ etmek suretiyle giderilebileceği" yolundaki ifadesinin, Rekabet Kurulu Başkanı imzasıyla gönderilen yazıdaki" evvelce karşı oy gerekçeleri olmaksızın tebliğ edilmiş olması nedeniyle bu kere söz konusu eksikliğin giderilmesini teminen" şeklindeki ifadenin, duruşma sırasında iptal kararı üzerine dava konusu işlem dışında başka bir işlem tesis edilmediğine ilişkin tarafların beyanlarının ve karşı oy gerekçelerinin iptal kararı üzerine davacıya tebliğinin birlikte değerlendirilmesi sonucu dava konusu işleminin iptal kararı üzerine karar gereğinin yerine getirilmesi amacıyla tesis edildiği sonucuna ulaşıldığından, davalı idarenin işlemin yargı kararı gereğinin yerine getirilmesi niteliğinde yeni bir işlem olmadığı, temyiz aşamasında karşı oy yazılarının da tebliği suretiyle yargı yerince esasa girilmesi halinde davacının karşı oy yazılarını da bilmesinin ve yararlanmasının amaçlandığı yolundaki iddiaları yerinde görülmemiştir. Uyuşmazlıkta Dairemizce verilen iptal kararı üzerine, yargı kararının yerine getirilmesi amacıyla tesis edilen bir işlem bulunduğuna ve davacı öncelikle yargı kararı gereğinin usulüne uygun olarak yerine getirilmediğini öne sürdüğüne göre, iptal davasının hukuki sonuçlarının ve yargı kararı gereğinin yerine getirilmesi usullerinin uyuşmazlıktaki somut hukuki durumla sınırlı olarak tartışılıp, değerlendirilmesi gerekmektedir. İptal kararları bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen idari yargı yerinin işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptaması halinde, işlemin geriyü yürür biçimde tesis edildiği tarih itibarıyla hukuk düzeninden kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen yargı kararlarıdır. İptal kararları üzerine idarenin yeni bir işlem tesisini gerektiren durumlarda kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak biçimde işlem yapılamaz. Bazı durumlarda, iptal edilen işlemin yenilenmesi mümkündür. İdari işlemin yetki, şekil, sebep yönünden veya yeterli araştırmanın yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilmesinde, işlemin hukuka aykırılığının giderilerek yenilenmesi hukuka aykırı sayılmayabilir. Ancak, bu halde de iptal edilen işlem geriye yürür biçimde ve tesis edildiği tarih itibarıyla hukuk düzeninden kalkmış bulunduğundan, usulüne uygun olarak ve tesis edildiği tarihte yürürlüğe girebilecek yeni bir işlem yapılması zorunlu bulunmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayda Rekabet

muhalefet şerhi kararda yer almamışsa kararın gerekçesi eksik olacak ve nihai kararda bulunması zorunlu olan hususlarda eksiklik olduğu gerekçesi ile iptali gerekecektir⁴⁹⁶. Kararın aslı Kurul arşivinde saklanır ve birer nüshası imza karşılığında taraflara verilir. Bir nüshası da yayınlanmak üzere Rekabet Kurumu yayın işlerine gönderilir. Kurul kararları tarafların ticari nitelikli sırlarını ifsat etmeyecek şekilde Kurum internet sayfasında yayımlanır.

B. Sorumluluğun Yaptırımı

1. Rekabet Kanununda Düzenlenen İdari Yaptırımların Konusu

Rekabet Kanunu'nda düzenlenen yasak davranışlara aykırılık halinde aykırılığı gerçekleştirenlere idari para cezası uygulanacaktır. Bir diğer ifade ile Rekabet Kanunu'nda düzenlenen idari yaptırımların konusu ihlali meydana getiren kimsenin malvarlığından belirli bir miktar paranın tahsil edilmesinden ibarettir. Uygulanacak idari para cezalarına ilişkin düzenleme Kanunun idari para cezaları başlığını taşıyan üçüncü bölümünde detaylı olarak düzenlenmiştir.

Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinde düzenlenen ihlaller gerçekleştirildiği takdirde para cezasının verileceği hükme bağlanmıştır. Kanun'un 16'ncı maddesinde öngörülen idari para cezası yaptırımlarının konu unsuru teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzelkişiler ile teşebbüs birliklerinin malvarlığından belli miktar paranın alınmasıdır. Maddede düzenlenen idari ihlal rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları, hâkim durumun kötüye

Kurulu'nun 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararı, birden fazla kişisel iradenin bulunmasını ve konunun müzakere edilmesini gerektiren bir kolektif işlem olması dikkate alınarak, sonradan tebliğ edilse bile esas kurul kararının tebliği tarihinde karşı oy yazılarının tebliğ edilmemesinin esası etkileyen bir sakatlık olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Buna karşın iptal edilen Kurul Kararı karşı oy yazıları da eklenerek Rekabet Kurulu Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmiştir. Bu durum karşısında, Kurulca, verildiği tarih itibarıyla yürürlüğe girecek, yeni bir karar verilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, karşı oy yazılarının sonradan tebliğ edildiği bilindiği halde işlemin "kolektif işlem" olması gözönüne alınarak verilen iptal kararı gerekçesi ve iptal edilen kararın ortadan kalktığı dikkate alınmadan, iptal edilen kararı n karşı oy gerekçelerinin eklenerek Kurul Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemektedir. Açıklanan nedenlerle, Rekabet Kurulu'nun daha önce iptal edilen 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararının karşı oy yazıları eklenerek Rekabet Kurulu Başkanı'nın imzaladığı 02.05.2001 tarihli yazıyla yeniden tebliğ edilmek suretiyle tesis edilen işlemin iptaline, "oybirliği ile karar vererek bu konuyu açıklamıştır." Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 30.10.2018).

⁴⁹⁶ Aslan, Teori, s. 1289; Aslan, Rekabet, s. 370; Özyörük, s. 203; Aslan, Biak Kararı, ss. 27-28.

kullanılması ve yasak birleşme ve devralmalardır. Bu ihlallerden biri gerçekleştirildiği takdirde Rekabet Kurulu, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verir. Bu noktada Rekabet Kurulu vereceği cezayı tespit ederken ileride detaylı şekilde açıklanacağı üzere Kanun'un 16'ncı maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hususları göz önüne alır ve bu hususlar Rekabet Kurulu'nun takdir yetkisini belirler.

2. Kanun ve Ceza Yönetmeliği Çerçevesinde İdari Para Cezalarının Belirlenmesi

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik(Ceza yönetmeliği)⁴⁹⁷, Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrasında cezaların belirlenmesine ilişkin olarak öngörülen hükmün gereğini yerine getirmeyi amaçlamaktadır. Aynı yönde, yine Kanun'un 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrasında Kabahatler Kanunu'na yapılan atıf nedeniyle, Kabahatler Kanunu'nun 17'inci maddesinin 2'inci fıkrasının 2'inci cümlesinin gereğinin yerine getirilmesi amaçlanmaktadır⁴⁹⁸. Kabahatler Kanunu'nun 17'inci maddesinin 2'inci fıkrasına göre, idari para cezası kanunda gösterilen alt ve üst sınırlar içerisinde belirlenecek ve bu belirleme yapılırken yapılan kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacaktır.

Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre idarî para cezasına karar verirken, Kabahatler Kanunu'nun 17'inci maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan düzenlemeyi dikkate alacaktır. Kabahatler Kanunu'nun 17'inci maddesinin 2'inci maddesinde yer alan hükme göre, *“ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü,*

⁴⁹⁷ Ceza Yönetmeliği 15 Şubat 2009 tarihli, 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴⁹⁸ Burak Oder ve Karcıoğlu, N. Kaan, “Ceza ve İdare Hukuku İlkeleri Açısından Rekabet Hukukundaki Yeni Yaptırım Politikasının Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri, Haz. Kerem Cem Sanlı, s. 121, İstanbul, 2009.

ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları” Rekabet Kurulu dikkate alacaktır

Bu düzenlemelerin yanı sıra Rekabet Kanunu’nun 16’ıncı maddesinin son fıkrası ile Rekabet Kuruluna Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiş ve Rekabet Kuruluna bu yetkiye dayanarak çıkaracağı yönetmelikle, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarını, işbirliğine ilişkin usul ve esasları belirleme ve buna ek olarak da yine Rekabet Kanunu’nun 27’inci maddesine dayanarak para cezaları için tebliğ çıkarma ve düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

a. Cezanın Belirlenmesine İlişkin Temel İlkeler

Ceza Yönetmeliği’nde düzenlenmiş olan sistem iki aşamalıdır. Çünkü öncelikle temel para cezasına ilişkin oran belirlenmekte ve ardından bu orana ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepleri uygulanarak nihai ceza oranının belirlenmektedir. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’in 4’üncü maddesinde para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, öncelikle Ceza Yönetmeliği’nin 5’inci maddesi gereğince temel para cezası hesaplanacaktır. Temel para cezası belirlenirken Rekabet Kanunu’nun 4’üncü ve 6’ıncı maddelerinde yasaklanmış olan davranışlardan, birden fazla davranışın tespit edilmesi halinde her bir davranış için ayrı ayrı hesaplama yapılacaktır. Temel para cezasının hesaplanmasından sonra, Yönetmeliğin 6’ıncı ve 7’inci maddeleri çerçevesinde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önüne alınarak artırma ve/veya indirim yapılacaktır. Yönetmeliğin 5’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, Ceza Yönetmeliği hükümlerine göre belirlenen para cezası miktarı, Rekabet Kanunu’nun 4’üncü ve 6’ıncı maddesini ihlal eden muhatabın nihai karardan bir önceki mali yılı sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmaz ise nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen gayri safi gelirlerin yüzde onunu aşamaz. Para cezasının belirtilen bu sınırı aşması halinde yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna indirilir ve koşulları bulunduğu takdirde Ceza Yönetmeliği’nin 7’inci maddesinin

2'inci ve 3'üncü fıkraları ile Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri uygulanır. Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında belirtilen para cezalarının verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışanlara verilecek para cezası muhataba verilen cezanın yüzde beşini aşamaz⁴⁹⁹.

b. Temel Para Cezasının Belirlenmesi

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5'inci maddesinde temel cezanın belirlenmesine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Hükme göre, temel para cezasının belirlenmesinde, Rekabet Kanunu'nun 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan muhatapların, nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bu meblağın hesaplanmasının mümkün olmadığı takdirde nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Rekabet Kurulu tarafından belirlenecek olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

- a) Karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü,
- b) Diğer ihlaller için binde beşi ile yüzde üçü, arasında oran esas alınır.

Yönetmeliğin 5'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen bu oranların belirlenmesinde, muhatapların piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınacağı yönünde düzenleme maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Rekabet Kurulu tarafından 2014 yılında hazırlanan taslakta idari para cezasının belirlenmesine ilişkin genel esaslar başlıklı 4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; “ (1) Teşebbüs ve teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine verilecek idari para cezası belirlenirken bu Yönetmeliğin 6'ncı maddesi çerçevesinde önce her bir teşebbüs veya teşebbüs birliği için temel para cezası hesaplanır. İkinci aşamada ise sırasıyla bu Yönetmeliğin 7 ila 11 inci maddeleri çerçevesinde temel para cezasında artırma ve/veya indirim yapılır.

(2) Kanunun 4 üncü veya 6'ncı maddelerinde yasaklanan; piyasa, nitelik veya kronolojik süreç bakımından bağımsız birden fazla davranışın saptanması halinde, idari para cezası her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanır.”

⁵⁰⁰ Rekabet Kurulu tarafından 2014 yılında hazırlanan taslakta Temel para cezasına esas alınacak tutarın belirlenmesi 5'inci maddede, temel para cezasının belirlenmesi ise 6'ncı maddede düzenlenmiştir. Yönetmeliğin Temel para cezasına esas alınacak tutarın belirlenmesi başlıklı 5'inci maddeye göre; “(1) Temel para cezasına esas olacak tutar, ihlale katılan teşebbüsün ihlalle doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili bulunan mal ve hizmetlerine ilişkin ilgili pazar cirosu esas alınarak tespit edilir. Bu ciro, ilgili pazarda nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından hesaplanacak olan yıllık net satışlardan oluşur.

Temel para cezası belirlenirken ihlalin süresinin de dikkate alınacağı yönünde maddenin son fıkrasında düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında, beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında, ceza artırılır.

c. Ağırlaştırıcı Unsurlar

Ceza Yönetmeliği'nin 5'inci maddesine göre belirlenen temel para cezasına ilişkin olarak Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde ağırlaştırıcı unsurlar düzenlenmiştir. Hükme göre; ihlalin tekerrürü ve soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi hallerinde temel cezanın arttırılacağı düzenlenmiştir. Bunun yanısıra maddenin ikinci fıkrasında temel para cezasının Rekabet Kanunu'nun 4'üncü ve 6'ncı maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması halinde yarısından bir katına kadar, incelemeye yardımcı olunmaması halinde yarısına kadar, Diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi hallerde dörtte bire kadar temel cezanın arttırılacağı düzenlenmiştir⁵⁰¹. Ceza

(2) Teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının hesaplanmasında, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in cironun hesaplanmasına ilişkin hükümleri dikkate alınır.

(3) Teşebbüs birlikleri tarafından gerçekleştirilen ihlal üyelerin faaliyetleriyle ilgiliyse, kural olarak üye teşebbüslerin ilgili pazar ciroları toplamı esas alınır.

(4) İhlalin gerçekleştiği pazarda faaliyeti olmamasına rağmen ihlale iştirak eden teşebbüslere Kabahatler Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca idari para cezası verilir. Bu teşebbüsler bakımından, iştiraki oluşturan davranışın ilgili bulunduğu pazardaki ciro esas alınır." Temel para cezasının belirlenmesi başlıklı 6'ncı maddeye göre ise "(1) Temel para cezası ihlalin ağırlığı ve süresi esas alınarak belirlenir. Bu çerçevede Kurul, her bir teşebbüs veya teşebbüs birliği için ilgili teşebbüsün veya teşebbüs birliğinin piyasa gücünü, ihlalin niteliğini, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zarar gibi unsurları dikkate alarak, 5 inci maddede belirtilen cironun % 30'una kadar belirleyeceği miktarı ihlalin gerçekleştiği yıl sayısı ile çarparak temel para cezasını tespit eder. Bu hesaplamada ihlalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.

(2) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller için birinci fıkra da belirtilen temel para cezası oranının üst hadde yakın tespit edilmesi esastır.

(3) Gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığının takdirinde Kurul; ihlalin vuku bulunduğu coğrafi pazarın kapsamı, ihlale katılan teşebbüslerin pazardaki toplam büyüklüğü ve ihlalin uygulanıp uygulanmadığı gibi unsurları göz önünde bulundurur."

⁵⁰¹ Rekabet Kurulu tarafından 2014 yılında hazırlanan taslakta ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin düzenleme 7'inci maddede şu şekilde düzenlenmiştir; "(1) Aşağıdaki koşulların varlığı halinde, ilgili teşebbüs bakımından temel para cezası, her bir bentteki ağırlaştırıcı unsur için %50'yi, toplamda ise bir katını aşmamak üzere Kurul tarafından artırılır.

a) İhlalde lider veya başlatıcı konumda olma, diğer teşebbüsleri ihlale zorlama veya ihlalin yürütülebilmesi amacıyla diğer teşebbüslere çeşitli yaptırım ve misillemelerde bulunma gibi eylemlerle ihlalde aktif rol oynamak suretiyle belirleyici etkide bulunulması,

Yönetmeliği'nde düzenlenen ağırlaştırıcı unsurlar sınırlı sayım değildir. Zira, madde metninde yer alan “gibi” ibaresi, ağırlaştırıcı unsurların maddede belirtilen haller ile sınırlı olmadığını ve bu nedenle de Ceza Yönetmeliği'nde ağırlaştırıcı unsur olarak düzenlenmemiş olsa dahi Rekabet Kurulunun takdirine göre başka hususların da ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilebileceğini göstermektedir⁵⁰².

d. Hafifletici Unsurlar

Ceza Yönetmeliğinde düzenlenen hafifletici unsurların düzenlenme biçimi ile ağırlaştırıcı unsurların düzenleme biçimi arasında fark bulunmaktadır. Zira, Rekabet Kurul'unun, hafifletici unsurları dikkate alıp almama noktasında bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Hafifletici unsurlara ilişkin düzenlene Yönetmeliğin 7'inci maddesinde hükme bağlanmıştır. Düzenleme uyarınca, maddede belirlenen hallerden birinin gerçekleşmesi halinde temel cezada dörtte bir ile beşte üç arasında indirim yapılabilmektedir. Bu haller, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olmasıdır⁵⁰³. Madde metninde “gibi” ifadesi

b) Teşebbüslerce sunulan ve Kurul tarafından uygun bulunduğu teşebbüse bildirilmiş olan taahhütlere uyulmaması.

(2) Kurul tarafından bir teşebbüsün rekabet ihlali yaptığından tespit edilmesinden sonra, gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden itibaren sekiz yıl içerisinde Kanunun aynı teşebbüs tarafından tekrar ihlali halinde her bir ihlal için temel para cezası bir katına kadar artırılır. Bu fıkra hükmünün uygulanması bakımından gerçekleşen ihlallerin Kanunun aynı maddesine ilişkin olması gerekmez.”

Bu hükmün yanısıra yönetmelik taslağının 9'uncu maddesinde caydırıcılık başlıklı bir hüküm daha getirilmiştir. Hükme göre; “(1) Cirounun kayda değer bir kısmını ihlalle ilişkili mal ve hizmetlerin satışları dışındaki satışlardan elde eden teşebbüslere uygulanacak idari para cezası, caydırıcılığın sağlanması amacıyla Kurul tarafından artırılabilir.

(2) Teşebbüslerin ilgili pazar cirolarının ihlaldeki ağırlıklarını gereği gibi yansıtmadığı ya da verilen idari para cezasının ihlal nedeniyle elde edilen kazancın üzerinde olması için gerektiği hallerde cezada artırım yapılabilir.”

⁵⁰² Arı/Aygün, s. 30.

⁵⁰³ Rekabet Kurulu tarafından 2014 yılında hazırlanan taslakta ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin düzenleme 8'inci maddede şu şekilde düzenlenmiştir; “(1) Kurul, aşağıdaki gibi koşulların varlığı halinde idari para cezasında her bir unsur için 1/3 oranına kadar indirim uygular:

a) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, 3 arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller hariç olmak üzere, Kurul tarafından incelemeye başlanıldığından haberdar olunması üzerine ihlale son verildiğinin ilgililer tarafından ispat edilmesi,

b) İhlal neticesinde ortaya çıkan zararın kısmen veya tamamen tazmin edilmiş olmasının ispat edilmesi,

yer aldığından belirlenen haller sınırlı sayım değil örnekleme yolu ile sayımdır. Ceza Yönetmeliği'nde yer alan düzenleme uyarınca, hafifletici unsurlar dikkate alınarak temel para cezasından en fazla %60 oranında indirim yapılması mümkündür.

Yönetmeliğin 7'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüslere ilave indirimden yararlanma imkanı tanınmıştır. İlave indirim, yürütülen bir soruşturmada Pişmanlık Yönetmeliği'ndeki para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan bir teşebbüse verilecek cezanın, başka bir kartele ilişkin olarak Rekabet Kurul'unun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunması halinde, dörtte bir oranında indirilebilmesidir. Diğer ihlalleri gerçekleştiren muhatapların ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları halinde, para cezası altıda bir ile dörtte bir arasında indirilir. Buna göre ihlali kabullenme cezada indirim nedenidir. Üçüncü fıkra uyarınca diğer ihlalleri gerçekleştiren muhatapların ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları halinde, para cezası altıda bir ile dörtte bir arasında indirilir. Buna göre ihlali kabullenme cezada indirim nedenidir.

e. İhlalin Tekerrürü

İhlalin tekerrürü durumu hem Rekabet Kanunu'un 16'ıncı maddesinin 5'inci fıkrasında hem de yönetmeliğin ağırlaştırıcı unsurlar başlıklı 6'ıncı maddesinin birinci fıkrasının a bendinde düzenlenmiştir. Belirtilen düzenlemeler uyarınca ihlalin tekerrürü halinde her bir tekrar için yarısından bir katına kadar verilecek cezanın

c) Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında ve yasal yükümlülüğün ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması,

ç) Teşebbüsün ihlal konusu davranışının kamu kurumlarının teşviki ve zorlaması gibi müdahaleleri neticesinde meydana geldiğinin ispat edilmesi, d) Teşebbüsün kayda değer ölçüde rekabetçi davranışlar da sergilemek suretiyle ihlale katılımının sınırlı olduğunu ispatlaması. Bir teşebbüsün anılan ihlale diğer teşebbüslere göre daha kısa süreli katılması hali temel para cezasının tespitinde dikkate alındığından bu kapsamda ayrıca indirim nedeni olarak değerlendirilmez.

(2) Kurul tarafından bu madde uyarınca idari para cezasında yapılacak indirim oranı toplamda $\frac{3}{4}$ ü aşamaz" Bu maddenin yanısıra ödeme güçlüğü başlıklı 10'uncu maddede farklı bir hafifletici neden düzenlenmiştir. Hükme göre; "(1) Verilen idari para cezasının teşebbüsün iktisadi faaliyetini sürdürebilmesini ciddi şekilde tehlikeye atacağıın objektif delillerle ispat edilmesi halinde Kurul, istisnai olarak ve teşebbüsün talebi üzerine, ödeme güçlüğü nedeniyle idari para cezasında indirim yapabilir."

arttırılacağı hükme bağlanmıştır⁵⁰⁴. Maddede kullanılan arttırılır ifadesi şeklindeki düzenleme biçiminden dolayı tekerrür halinin gerçekleşmesi halinde tekerrür hükümleri Rekabet Kurulu tarafından takdir yetkisini haiz olmaksızın uygulanacaktır.

Tekerrür hali teşebbüs yahut teşebbüs birliği hakkında Rekabet Kurulu tarafından Rekabet Kanunu'nun 4'üncü ve 6'ncı maddelerine aykırılık sebebi ile hakkında yürütülen ön araştırma yahut soruşturma sonrasında ihlal gerçekleştiğinin tespitinin sonra aynı yahut benzer ihlalin tekrar gerçekleştirilmesi halinde Rekabet Kurulu ceza verirken tekerrür durumunu dikkate alarak arttıracaktır⁵⁰⁵. Burada belirtmek gerekir ki kanunda düzenlenen tekerrür hükümlerinin somut olayda uygulanabilmesi için gerçekleştirilen ihlalin önceki ihlal ile aynı yahut benzer olması gerekir. Bir diğer ifade ile önce ve sonra gerçekleştirilen ihlalin aynı madde ihlali olması gerekir. Belirtilmesi gereken son bir husus ise tekerrür hükümlerinin uygulanması için ilk gerçekleştirdiği ihlal sebebi ile ceza alması zorunlu olmayıp, ihlalin varlığının Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmiş olması yeterlidir.

f. İhlalin Süresi

Rekabet Kanunu'nun 6'ncı maddesinde yer alan hakim durumun kötüye kullanılması nedeni ile meydana gelen para cezasını gerektiren ihlallerde, uygulamada rekabet ihlallerinin 1 yıldan daha kısa veya 1 ila 5 yıl arasında sürdüğü tespit edilmiş ve 5 yıldan daha uzun süren bir ihlalin tespiti yapılamamıştır. Ceza Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, süre bakımından bir düzenleme getirilmiş ve soruşturma kararının tebliğinden sonra karteile devam edilmesi halinde, verilecek cezanın yarısından bir katına kadar arttırılacağı

⁵⁰⁴ Rekabet Kurulu tarafından 2014 yılında hazırlanan taslakta ihlalin tekerrürüne ilişkin düzenleme 7'inci maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir; “Kurul tarafından bir teşebbüsün rekabet ihlali yaptığıının tespit edilmesinden sonra, gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden itibaren sekiz yıl içerisinde Kanunun aynı teşebbüs tarafından tekrar ihlali halinde her bir ihlal için temel para cezası bir katına kadar artırılır. Bu fıkra hükmünün uygulanması bakımından gerçekleşen ihlallerin Kanunun aynı maddesine ilişkin olması gerekmez.”

⁵⁰⁵ Aslan, Rekabet, s. 288.

belirtilmiştir. Kartele devam gerçekleştiği takdirde Rekabet Kurulu takdir hakkını haiz olmaksızın artırımı uygulayacaktır⁵⁰⁶.

g. Ceza Miktarının Tayininde Dikkate Alınan Diğer Haller

Ceza miktarının tayininde dikkate alınan hallerden biri de teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücüdür. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrasında, Kabahatler Kanunu'na atıf yapılmıştır. Düzenlemeye göre teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, para cezasının miktarında dikkate alınacaktır⁵⁰⁷. Bu düzenleme uyarınca da piyasa payı bakımından küçük bir paya sahip olan teşebbüs ile piyasanın büyük bir çoğunluğuna etki eden teşebbüsün ihlali

⁵⁰⁶ Rekabet Kurulu Kararı, K.S: 14-06/127-56, K.T.: 12.02.2014 “Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında ihlalin süresinin de ceza miktarının tespitinde dikkat alındığı görülmektedir. Buna göre, bir yıldan uzun beş yıldan kısa süren ihlallerde temel para cezasının yarısı oranında; beş yıldan uzun süren ihlallerde ise bir katı oranında arttırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, Ali İlker ŞİŞMAN'ın (Özel Şişman MTSK) ihlale bir yıldan kısa bir süre boyunca taraf olmaları nedeniyle bu teşebbüsler bakımından temel para cezası belirlenirken Yönetmeliğin 5. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında herhangi bir artırıma gidilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Diğer taraftan 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri tespit edilen teşebbüslerden; – Aker Eğitim Hizmetleri Temz. Nakliyat İnş. Turizm ve San. Ltd. Şti. (Özel Aker MTSK), – Nafis TÜLEK (Özel Cem MTSK), – Saray Eğitim Turizm İnş. Tic. Ltd. Şti. (Özel Saray MTSK), – Sonar Eğitim Gıda İnş. Petrol Turizm San. Tic. Ltd. Şti. (Özel Sonar MTSK), – Zirvem Sürücü Kursları Öğretim Eğitim Hizm. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Özel Zirve MTSK), – Özel Zümrüt Motorlu Taşıt Sürücüleri Kursu Ltd. Şti. (Özel Zümrüt MTSK) – Elif Sürücü Kursu Nakliye Eğitim Bilg. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Özel Elif MTSK), – Çakıroğlu Eğitim Reklam Gıda Otomotiv San. Tic. Ltd. Şti. (Özel Ar MTSK) (Yaşar AR - Özel Yaz-Ar MTSK), – Akyüz Kardeşler Eğitim Nakliyat İnş. Otomotiv Turizm San ve Tic. Ltd. Şti. (Özel Seçkin MTSK) (Aköz Özel Eğitim Öğretim İletişim İnş. Nakliye San. ve Tic. Ltd. Şti.- Özel Kariyer MTSK), – Fazlı AĞIRDICI (Özel Aksaray MTSK) (Mustafa ÜNSAL - Özel Aksaray MTSK), – Mansur ALTINDAL'ın (Özel Anadolu MTSK) (Aköz Özel Eğitim Öğretim İletişim İnş. Nakliye San. ve Tic. Ltd. Şti.- Özel Anadolu MTSK), – Çağdaş Sürücü Kursları Özel Öğretim Eğitim Hizm. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Özel Aksaray Çağdaş MTSK), – Lider Sürücü Kursu Öğretim Hizm. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Özel Lider MTSK), – Başarı Sürücü Kursları Nak. Bilgisayar Hiz. İşlt. Eğt. Öğrt. Hiz. Otom. San. Tic. Ltd. Şti. (Özel Başarı MTSK) ve – Yiğitcan Sürücü Kursları Öğretim Eğitim Hizm. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin (Özel Can MTSK) söz konusu ihlale bir yıldan uzun, beş yıldan kısa bir süre için taraf olmaları nedeniyle bu teşebbüsler bakımından belirlenecek temel para cezasının yarısı oranında arttırılması gerektiği kanaatine varılmıştır.” Rekabet Kurulu Kararı, K.S.:13-67/929-391, K.T.: 02.12.2013 “Yönetmelik'in 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinde, bir yıldan uzun beş yıldan kısa süren ihlallerde temel para cezasının yarısı oranında, beş yıldan uzun süren ihlaller ise bir katı oranında arttırılacağı hükme bağlanmıştır. Soruşturma konusu olan iş alma sisteminin uygulamasının ise 2011 başlarında YDK'ların faaliyete geçmesiyle başladığı ve Bakanlığın 200 km. kuralına kadar devam ederek 2012 sonlarına doğru bitirildiği anlaşılmıştır. Bu çerçevede, ihlalin bir yıldan uzun beş yıldan kısa sürmesi nedeniyle söz konusu ihlal süresi ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmıştır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 01.11.2018).

⁵⁰⁷ Rekabet Kurulu tarafından 2014 yılında hazırlanan taslakta ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin düzenleme 6'ncı maddenin üçüncü fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir; “Gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığının takdirinde Kurul; ihlalin vuku bulduğu coğrafi pazarın kapsamı, ihlale katılan teşebbüslerin pazardaki toplam büyüklüğü ve ihlalin uygulanıp uygulanmadığı gibi unsurları göz önünde bulundurur.”

devam ettirmesi arasında farklılıklar olacak ve bu farklılık da ihlalin sonucunda verilecek ceza miktarının tayininde etki doğuracaktır⁵⁰⁸. Ceza miktarının tayininde dikkate alınan diğer bir husus ise ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi bulunmasıdır.

Diğer bir husus ise teşebbüs yahut teşebbüs birliklerinin verilen taahhütlere uyup uymaması halidir. Ceza Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin 2'inci fıkrasının a bendinde Rekabet Kanunu'nun 4'üncü yahut 6'ncı maddeleri kapsamında ortaya

⁵⁰⁸ Kaya, s. 124. Rekabet Kurulu Kararı, K.S.: 01-10/100-24, K.T.: 27.2.2001 “Ancak, 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasında yer alan; “Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır.” hükmü gereği, Ankara il sınırları içinde yer alan içten yanmalı motorların yenilenme pazarı ve söz konusu teşebbüs birliği üyelerinin pazar içindeki mali yapıları ayrıntılı olarak ele alınarak teşebbüs birliğine verilecek idari para cezasının muhtemel sonuçları üzerinde değerlendirme yapılmıştır. Neticede, pazarda faaliyet gösteren firmalar ve dolayısıyla söz konusu firmalara ait ciroların kümülatif değerlerinin ortaya koyduğu pazarın toplam rakamsal büyüklüğüne ilişkin tabloda; 18 firmanın ciroları toplamından meydana gelen teşebbüs birliği cirosuna ağır bir idari para cezasının uygulanması durumunda cezanın muhatabı olacak mezkur firmaların sahip oldukları ciroların farklı olması sonucu nispeten büyük olanların küçüklere karşı avantajlı duruma geleceği, hatta bu durumda küçük firmaların pazardan çekilerek, faaliyetlerine devam eden az sayıda firmanın pazarın iktisadi tanımını değiştirebileceği ortaya çıkmıştır. Bu sebeple, uygulanacak idari para cezası; Rekabet Hukuku'nun piyasaların doğal rekabet ortamında işlemesine yönelik denetleyici ve düzenleyici olma ya da rekabeti motive etme şeklinde de ifade edilebilecek genel amacı göz önünde bulundurularak alınmıştır.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 01.11.2018). Rekabet Kurulu Kararı, K.S.: 14-07/138-M Karar Tarihi : 19.02.2014 “Yurt Çimento tarafından Ankara 2. İdare Mahkemesinin 2012/619 E. sayısında açılan dava kapsamında alınan 25.11.2013 tarih ve 2013/1724 K. sayılı kararda “... davalı idarece davacıya piyasadaki gücü nispetinde gayri safi gelirinin %3'ü oranında para cezası verilmiş ise de üretim kapasitesi ve piyasadaki yeri gibi hususlar dikkate alındığında davacının aynı soruşturma kapsamında %2 oranında para cezası verilen teşebbüslerden farklı olarak piyasada etkin bir gücü bulunmadığı anlaşıldığından gayri safi gelirin %2 oranında idari para cezası tesis edilmeyen dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” hükmüne varılmıştır.....Ancak Elazığ Altınova Çimento San. Tic. A.Ş. ve Yurt Çimento San. ve Tic. A.Ş. hakkında verilen 06.04.2012 tarih ve 12-17/499-140 sayılı Rekabet Kurulu kararının Ankara 2. İdare Mahkemesinin 25.11.2013 tarihli, 2012/1789 E., 2013/1723 K. ve 2012/619 E, 2013/1724 K. sayılı kararları ile iptali üzerine davacılar bakımından dosyanın yeniden değerlendirilmesi ve dolayısıyla ceza oranının yeniden belirlenmesi gerekmiştir. Mahkemenin verdiği iptal kararlarında teşebbüslerin piyasadaki gücü dikkate alınmış, iptal kararının temel gerekçesini Elazığ Çimento ve Yurt Çimento'nun piyasada etkin bir gücünün bulunmadığı, bu nedenle bu teşebbüsler açısından öngörülen ceza oranının hukuka aykırı olduğu şeklindeki değerlendirme oluşturmuştur....Önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, Ankara 2. İdare Mahkemesinin iptal kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda; 06.04.2012 tarih ve 12-17/499-140 sayılı Kurul karar ile Elazığ Altınova Çimento San. Tic. A.Ş. ve Yurt Çimento San. ve Tic. A.Ş. 'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri tespit edildiğinden, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, ve ikinci fıkrası hükümleri ile Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 25.11.2013 tarihli, 2012/1789 E., 2013/1723 K. ve 2012/619 E, 2013/1724 K. sayılı kararları dikkate alınarak 2011 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin %2'si oranında olmak üzere - Elazığ Altınova Çimento San. Tic. A.Ş. 'ye 1.935.305,84 TL - Yurt Çimento San. ve Tic. A.Ş. 'ye 1.705.303,03 TL idari para cezası verilmesine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 01.11.2018).

çıkan rekabete aykırılıkların giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması halinde, verilecek cezanın yarısından bir katına kadar artırılacağı hususu öngörmüştür. Bu düzenlemenin Ceza Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden farkın bu arttırma sebepleri nedeni ile Rekabet Kurulu tarafından cezanın arttırılması zorunlu olmayıp, Kurul takdir yetkisine bırakılmıştır⁵⁰⁹.

Ceza miktarının tayininde dikkate alınan diğer bir husus teşebbüs yahut teşebbüs birliğinin incelemeye yardımcı olup olmadığıdır. Daha önce de belirtildiği gibi Rekabet Kurulu teşebbüs yahut teşebbüs birliklerinden soruşturmanın yürütülmesi kapsamında çeşitli belgeler isteyebilir ve gerektiği takdirde yerinde inceleme de yapabilir. Bu noktalarda teşebbüs yahut teşebbüs birliğinin Rekabet Kurulu tarafından yürütülen incelemeye yardımcı olup olmaması önem taşır ve karar verilinceye kadar Kurul tarafından her aşama dikkate alınır⁵¹⁰. Ceza Yönetmeliği'nin

⁵⁰⁹ Kaya, s. 125. Rekabet Kurulu Kararı, K.S.: 03 - 40/432-186, K.T.: 9.6.2003 “*Turkcell ve Telsim'in GSM altyapı hizmetleri pazarında sahip oldukları birlikte hakim durumlarının, İŞ-TİM'in piyasaya sokmama amacı çerçevesinde birlikte hareketleri ile kötüye kullanılması, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde ağır bir ihlal oluşturmaktadır. Turkcell ve Telsim'in iki yıl süre ile İŞ-TİM ile ulusal dolaşım yapmaya yanaşmaması, daha sonra rekabet ihlali nedeniyle Rekabet Kurumu tarafından açılan soruşturmaya rağmen herhangi bir işbirliğine yanaşmayarak ihlali devam ettirmeleri bu ihlalin ağırlığını ortaya koyan unsurlar olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, her iki teşebbüsün GSM piyasasında sahip oldukları ekonomik büyüklükleri bu ihlali ağırlaştıran unsurlar olmuş ve ihlal dolayısıyla GSM hizmetleri piyasasında yüksek fiyat oluşmuştur. Tarafların 4054 sayılı Kanunun kapsamı hakkında bilgileri olduğu muhakkaktır. Nitekim, Turkcell 2001 yılında Rekabet Kurulu tarafından rekabet ihlali nedeniyle cezalandırılmıştır. Buna rağmen, ulusal dolaşım ile ilgili rekabet soruşturması başladıktan sonra özellikle Turkcell'in davranışlarında değişiklik olmamıştır. Telsim ise yerinde incelemeye engel olmuş ve bu nedenle süreli para cezası ile cezalandırılmıştır. Ulusal dolaşım yapılamaması sonucunda çok ciddi kaynak israfı yaşanmış, piyasaya yeni girmeye çalışan İŞ-TİM zor durumda kalmıştır. Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca Turkcell ve Telsim hakkında 2001 yılı cirolarının takdiren %1'i oranında para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.*” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 01.11.2018).

⁵¹⁰ Rekabet Kurulu Kararı, D.S.: 2012-2-173, K.S.: 14-06/127-56, K.T.: 12.02.2014 “*...Yukarıda belirtilen sürücü kursları tarafından yapılan yazılı savunmalarda, Dernek'te yapılan yerinde incelemede soruşturma açılmasına dayanak olan tüm belgeler ve bilgiler hatta tutulmuş olan el yazmalı notların bile ön soruşturmayı yürüten görevlilere hiçbir engel çıkartılmadan teslim edilmiş ve fotokopi almasının sağlandığı, bu konuda herhangi bir olumsuzluğun yaşanmadığı belirtilmektedir. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 7/1. maddesinde hafifletici unsurlar “Temel para cezası, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa 1/4 ile 3/5 arasında indirilebilir.” şeklinde düzenlenmektedir. Yukarıda görüldüğü üzere yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması Ceza Yönetmeliği'nde hafifletici unsur olarak sayılmıştır. Ancak savunmada iddia olunan ise, raportörler inceleme yaparken herhangi bir engel çıkartılmadığıdır. Yerinde inceleme yapma yetkisi ve teşebbüslerin inceleme esnasındaki yükümlülükleri 4054 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmektedir.....Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun ile raportörlere, teşebbüslerde*

6'ıncı maddesinin 2'inci fıkrasının b bendinde yer alan düzenleme uyarınca temel para cezası, incelemeye yardımcı olunmaması halinde ceza yarısına kadar artırılacaktır. Bu düzenlemenin yanısıra teşebbüs birliği tarafından incelemeye yardımcı olunması bakımından Yönetmeliğin "Hafifletici Unsurlar" başlıklı 7'inci maddesinde yasal yükümlülükler dışında incelemeye yardımcı olunması halinde verilecek ceza dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 6'ıncı maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi 7'inci madde de hafifletici sebeplerin uygulanması Kurul'un takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu düzenlemelerin yanısıra incelemeye yardımcı olup olunmaması bakımından aktif işbirliği hükümlerinde detaylı düzenlemeler bulunmaktadır.

Ceza miktarının tayininde dikkate alınan son husus ise gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığıdır. Rekabet Kanunu'na aykırılık durumunda piyasada gerçekleşmiş yahut gerçekleşmesi muhtemel bir zararın mevcudiyeti konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu noktada da idari para cezasını belirlenirken zararın ağırlığı da dikkate alınacaktır⁵¹¹. Bu konu kapsamında son olarak belirtilmesi gerekir ki Ceza Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin kinci fıkrasında cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak haller tahdidi olarak belirtilmemiş, hükümde gibi ifadesi kullanılmıştır⁵¹².

yerinde inceleme yapma yetkisi verilmiş ve bu yetkinin kullanılmasının engellenmesi veya zorlaştırılması durumunda ceza uygulanması gerektiği öngörülmüştür. Bu çerçevede, teşebbüslerin savunmalarında belirttikleri şekilde raportörlere engel olunmaması ve istenen belgelerin sunulması durumu 4054 sayılı Kanun ile teşebbüslerin yasal yükümlülüğü olarak görülmektedir. Bunun haricinde incelemeye yardımcı olunması hali mevcut durumda söz konusu olmayıp, bu anlamda hafifletici unsur olarak kabul edilebilecek bir husus oluşturmamaktadır." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 01.11.2018).

⁵¹¹ Rekabet Kurulu Kararı, D.S: 2012-1-162, K.S.:13-67/929-391, K.T: 02.12.2013 "...Yönetmelik uyarınca nihai para cezası miktarı belirlenirken, öncelikle temel para cezası belirlenmeli ve ardından varsa ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar uygulanarak nihai para cezası tespit edilmelidir. Ayrıca söz konusu oran belirlenirken, ilgili teşebbüslerin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, tespit edilen ihlale Çorum'da faaliyet gösteren yapı denetim firmalarının neredeyse tamamının katılmış olmasının yanı sıra, ihlalin niteliği itibarıyla temelde sıra sistemi ve iş alma veya almamayla ilgili olması, fiyatlar üzerinde doğrudan bir belirleyiciliğinin olmaması ve sadece tek bir firmaya yönlendirme gibi zorlayıcı uygulamalar içermemesi gibi hususlar hafifletici unsurlar olarak dikkate alınmıştır...Duru Bilişim bakımından ise, söz konusu ceza oranı belirlenirken, ilgili teşebbüsün piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar hafifletici unsurlar olarak dikkate alınmıştır. Soruşturma konusu olan iş alma sisteminin uygulamasının ise 2011 başlarında YDK'ların faaliyete geçmesiyle başladığı ve Bakanlığın 200 km. kuralına kadar devam ederek 2012 sonlarına doğru bitirildiği anlaşılmıştır. Bu çerçevede, ihlalin bir yıldan uzun beş yıldan kısa sürmesi nedeniyle Duru Bilişim bakımından da söz konusu ihlal süresi ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmiştir." Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 01.11.2018).

⁵¹² Doktrinde gibi ifadesinin kullanılarak Rekabet Kuruluna yetki tanınmasının hukuki güvenlik ilkesi ve eşitlik ilkelerine aykırı düşeceği ve bu nedenle de indirim nedenlerinin kapsamı gibi hususlar

C. Zamanaşımı

Zamanaşımı hususunda yürürlükteki Rekabet Kanunu'nda hüküm bulunmamaktadır. Çünkü Kanun'un 19'uncu maddesinde yer alan Para Cezaları ve Süreli Para Cezalarında Zamanaşımı başlıklı hüküm 57282 sayılı Kanun'un 578'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır⁵¹³. Bu nedenle yürürlükte bulunan mevzuat bakımından Kabahatler Kanunu'nu 20 ve 21'inci maddelerinin uygulanması gerekir. Kabahatler Kanunu'nda zamanaşımı sürelerinin düzenlenmesi bakımından ikili bir ayırım yapılmıştır. Kabahatler Kanunu'nun 20'inci maddesinde soruşturma zamanaşımı düzenlenmiştir. Madde hükmünde soruşturma zamanaşımı süresi

denilerek genişletilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Kaya, s. 128. Rekabet Kurulu Kararı, D.S.: 2012-1-162, K.S.:13-67/929-391, K.T.: 02.12.2013 “...Yönetmelik uyarınca nihai para cezası miktarı belirlenirken, öncelikle temel para cezası belirlenmeli ve ardından varsa ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar uygulanarak nihai para cezası tespit edilmelidir. Ayrıca söz konusu oran belirlenirken, ilgili teşebbüslerin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, tespit edilen ihlale Çorum'da faaliyet gösteren yapı denetim firmalarının neredeyse tamamının katılmış olmasının yanı sıra, ihlalin niteliği itibarıyla temelde sıra sistemi ve iş alma veya almamaya ilgili olması, fiyatlar üzerinde doğrudan bir belirleyiciliğinin olmaması ve sadece tek bir firmaya yönlendirme gibi zorlayıcı uygulamalar içermemesi gibi hususlar hafifletici unsurlar olarak dikkate alınmıştır.... Öte yandan daha önceki Kurul kararlarına konu olduğu üzere, yapı denetimi sektörünün yeni oluşmakta olması, firmaların havuz sistemi kurma çabalarının temelinde özellikle küçük illerde kamu otoritelerince mevcut kapasiteyi aşacak sayıda YDK kurulmasına izin verilmesinin yatması, ilgili mevzuatta sektöre ilişkin olarak sıklıkla değişikliklerin yapılması, halihazırda sektöre ilişkin yeni bir kanun tasarısının varlığı ve sektörün önemli yapısal sorunlarının bulunması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, bu hususların hafifletici unsurlar olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.” Kararın farklı gerekçesinde de konuya ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar yer almaktadır. Aynı şekilde Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Verilen Rekabet Kurulu Kararı, D.S.: D1/1/C.S.-99/1, K.S.: 08-67/1091-424, K.T.: 27.11.2008 “...Bununla birlikte, Kanun'un 16 ncı maddesinin beşinci fıkrasında; “Kurul, üçüncü fıkra göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrarı, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.” hükmü bulunmaktadır. Söz konusu fıkra da yer alan hususların tahdidi nitelikte olmaması nedeniyle, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan bildirimle derhal uyulması da ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği hakkında uygulanacak idari para cezasının belirlenmesinde aynı Kanun'un 16 ncı maddesinin beşinci fıkrası çerçevesinde dikkate alınabilecektir.” Bu karar için bkz. www.rekabet.gov.tr (Son Erişim: 01.11.2018).

⁵¹³ Mülga hüküm şu şekildedir; “Kurulun para cezası ve süreli para cezası verme yetkisi aşağıdaki zamanaşımı sürelerine tabidir:

a) Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl,

b) Diğer hallerde beş yıl.

Süre, ihlalin vuku bulduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar.

Bu ihlalle ilgili olarak Kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser.

Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımı süresini keser.”

bakımından maktu ve nispi para cezaları arasında ayırım yaparak düzenlemiştir. Bu bağlamda maddenin ikinci fıkrasında maktu para cezaları bakımından para cezasının miktarı dikkate alınarak üç, dört ve beş süreler getirilmiştir. Fıkroda, Kanun'un 89 uncu maddesi hariç olmak üzere 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemeyeceği ve verilmiş olanların da düşeceği hükme bağlanmıştır. Nispi para cezaları bakımından ise zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak belirlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı hükme bağlanmış ve kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturmaları halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Belirtilen soruşturma zamanaşımı sürelerinin dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez. Bu noktada belirtilmesi gereken son bir husus ise Kabahatler Kanunu'nda, zamanaşımını kesen yahut durduran herhangi bir neden düzenlenmediği gibi herhangi bir Kanuna da atıf yapılmadığından dolayı Rekabet Hukuku bakımından idari para cezası öngörülen bir fiil bakımından zamanaşımını kesen yahut durduran bir neden olmadığının kabulü gerekir⁵¹⁴.

Kabahatler Kanunu'nda öngörülen diğer bir zamanaşımı süresi ise kanunun 21'inci maddesinde düzenlenen yerine getirme zamanaşımı süresidir. Maddenin ilk fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararın verilme imkanı bulunmamaktadır. Yerine getirme zamanaşımı süresi soruşturma zamanaşımı süresinde olduğu gibi verilen ceza miktarı esas alınarak üç, dört, beş ve yedi yıllık zamanaşımı sürelerine tabi kılınmıştır. Bunun yanı sıra mülkiyetin kamuya

⁵¹⁴ Kaya, s. 129.

geçirilmesine ilişkin olan kararlar için ise on yıllık zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Madde hükmünde zamanaşımının başlangıç anı olarak kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren olarak düzenlenmiş ve kanun hükmü gereğı olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemeyeceğı düzenlenmiştir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
REKABET KANUNU’NUN 16’INCI MADDESİNDE DÜZENLENEN
YÖNETİCİLER VE ÇALIŞANLAR HAKKINDA UYGULANACAK
YAPTIRIM

I. GENEL OLARAK

Rekabet Kanunu’nun 16’ıncı maddesinin dördüncü fıkrasında teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilebileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Rekabet Kanunu’nun 16’ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise hangi hallerde idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Bu Kanunun 4, 6 ve 7’inci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.”* Belirtilen düzenleme uyarınca, anonim şirket rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma sebebi ile idari para cezasına çarptırıldığı takdirde, şirket hakkında idari para cezası uygulanmasına sebep olan teşebbüs yahut teşebbüs birliği yöneticilerine yahut çalışanlarına da idari para ceza verilmesi mümkündür. Şüphesiz “teşebbüs yahut teşebbüs birliği yöneticileri” kavramına en başta anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile limited şirket müdürleri de girer.

Anılan hüküm gereğince anonim şirket yönetim kurulu üyelerine idari para cezası verilebilmesi için gerekli olan koşullar şöyle sıralanabilir: İlk olarak Rekabet Kanunu anlamında teşebbüs yahut teşebbüs birliği söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, kendisine idari para cezası verilecek kişinin teşebbüs yahut teşebbüs birliğinin yöneticisi yahut çalışanı olması gerekir. Üçüncü olarak, idari para cezasının konusu rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma söz konusu olmalıdır.

olmalıdır. Son olarak ise idari para cezası verilmesine sebep olan olayda yöneticilerin yahut çalışanların ihlalde belirleyici etkisi olması gereklidir. İkinci bölümde teşebbüs kavramının içeriğine ve ihlale neden olan davranışlara değinildiğinden dolayı bu bölümde sadece yönetici ve çalışan kavramının içeriği ile ihlalde belirleyici etki bulunması kavramlarının içeriğine değinilecektir.

II. YAPTIRIMIN ÖZELLİKLERİ

A. Yönetici ve Çalışanların Sorumluluğuna Hakim Olan Temel Prensipler ve Sorumluluğun Fonksiyonları

1. Kusur Prensibi-Kusurlu Sorumluluk Prensibi

Kusur prensibi, şirket yönetici ve çalışanlarına yönelik sorumluluk ve yaptırım uygulanmasını kabul eden birçok hukuk sisteminde geçerli olan temel prensip niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda, Rekabet Kanunu'nda şirket yönetici ve çalışanlarına getirilen yaptırım düzenlemesinin esasında kabul edilen temel prensip kusur prensibi olup, aynı şekilde TTK'da da anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile limited şirket müdürlerinin sorumluluk esasında kusurlu sorumluluk ilkesini kabul etmiştir⁵¹⁵. Her iki kanunda getirilen esas birbiri ile uyumluluk taşımaktadır⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Mimaroglu, s. 27; Atan, s. 20; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 244; Özsunay, s. 67,69; Ansay, Anonim Şirketler, s. 125; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 28; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 13; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 35; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 310. Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Türk Ticaret Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'nda farklı olarak kasıt yahut ihmal yerine kusur ifadesi kullanılmıştır. Anonim şirketler hukuku bakımından da kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinin birinci fıkrasında getirdiği düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi kusurları ile hareket etmelerini aramış bir diğer ifade ile kusurlu sorumluluk prensibini benimsemiştir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları için kusurlu sorumluluk prensibinin kabul edilmesinin sebebi kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin temelinde yer alan tehlike sorumluluğunun yönetim kurulu üyeleri bakımından söz konusu olmamasıdır. Bunun yanısıra doktrinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluğun düzenlenmesi halinde yönetim kurulu üyesi sıfatı taşıyan kimse bulmakta zorlanılmasına ek olarak yöneticinin de sorumluluk rejimi sebebi ile görevini rahat edemeyeceği doktrinde ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 36; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 310.

⁵¹⁶ Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri

2. Sorumluluğun Kişiselliği Prensibi- Bireysel Sorumluluk Prensibi

Anonim şirket yönetici ve çalışanları ile limited şirket müdürlerinin Rekabet Kanunu kapsamında yaptırım uygulandığı takdirde, yönetici ve çalışan kendisine uygulanan yaptırımı bütün malvarlıkları ile tazmin borcu altına girerler. Bir diğer ifade ile yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları sınırsız ve kişiseldir⁵¹⁷. Bu noktada Rekabet Kanunu kapsamında uygulanan yaptırım kurulun kurulunun tamamı için değil ihmalde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışan hakkında bireysel olarak dikkate alınıp düzenlenmiştir. Bir diğer ifade ile yönetim kurulunun organ olarak sorumlu olmayıp, yönetim kurulunda yer alan üyeler yahut çalışanların bireysel sorumluluğu söz konusudur. Yönetim kuruluna kurul olarak yüklenen görevlerin sorumluluğu dahi üyelere aittir. Bunun temel nedeni, yönetim kurulunun organ olarak tüzel kişiliğe sahip olmamasından kaynaklanmaktadır. Organ adına hak

zarardan sorumludurlar. Türk Ticaret Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'nda farklı olarak kasıt yahut ihmal yerine kusur ifadesi kullanılmıştır. (OR 754 *“Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.”*). Anonim şirketler hukuku bakımından da kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinin birinci fıkrasında getirdiği düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi kusurları ile hareket etmelerini aramış, bir diğer ifade ile kusurlu sorumluluk prensibini benimsemiştir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları için kusurlu sorumluluk prensibinin kabul edilmesinin sebebi, kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin temelinde yer alan tehlike sorumluluğunun yönetim kurulu üyeleri bakımından söz konusu olmamasıdır. Bunun yanı sıra doktrinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluğun düzenlenmesi halinde yönetim kurulu üyesi sıfatı taşıyan kimse bulmakta zorlanılmasına ek olarak yöneticinin de sorumluluk rejimi sebebi ile görevini rahat yerine getiremeyeceği edemeyeceği hususları ifade edilmektedir. Ancak Türk Ticaret Kanununda 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, aynen sözleşmesel sorumlulukta Türk Borçlar Kanunu'nun 112 vd. maddelerinde kabul edildiği gibi kusur karinesine dayalı sorumluluk kabul edilmişken, bu değişiklikten sonra artık davacının yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun dayanağı da sözleşmesel sorumluluk olduğu halde, bu husustaki genel prensipten ayrılmış, böylece bir bakıma yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hafifletilmiştir.

⁵¹⁷ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 12; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 38. Yargıtay 11. HD., E:2005/370, K:2006/2749, T:16.3.2006 *“...TTK'nun 336'ncı maddesinde belirtildiği üzere sorumluluğu gerektiren mi ve işlemlerde idare meclisinin heyet olarak sorumlu olmadığı, sorumluluğun ferdan fakat müteselsilen olması nedeniyle ibranın kısmen yapılabilmesi ve bunun iyi niyet kurallarına aykırı olmadığı, bilançonun reddi kararı alınmasında etkili olan ortağın temsilcisinin TTK'nun 348'inci maddesi gereğince, yönetim ve denetim kurulunun görevini kötüye kullandığı hususunun tahkiki yönünde genel kurulca özel denetçi atanmasını istemesi ve şirketin defter ve kayıtlarının incelenmesi yönünde genel kurul ve yönetim kurulundan talepte bulunmamasının genel kurul kararının iptali nedeni olmayacağı, nitekim davacı Holding bünyesindeki başka bir şirketin aynı şekilde yapılan genel kurul toplantısında alınan aynı kararların iptali davalarının da reddedilip kesinleştiği gerekçesiyle asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir.”* Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 10.11.2018).

ve yükümlülükleri yerine getiren yönetim kurulu üyelerinin, anonim ve limited şirketten bağımsız ve şahsi malvarlığına sahip gerçek kişiler olarak sorumluluğun muhatabıdır⁵¹⁸. Bu bağlamda yönetim kurulunda yer alan her bir üye sadece kendi kusurlu hareketinden sorumludur. Kanunda düzenlenen ihlal niteliği taşıyan fiil yönetim kuruluna ait olmakla birlikte üyelerinden kendisine kusur izafe edilemeyeceğini ispat eden yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu esas TTK'da düzenlenen sorumluluk esası ile paralellik içermektedir⁵¹⁹. Son olarak belirtmek gerekir ki, aynı TTK'da düzenlenen sorumluluk esasında olduğu gibi Rekabet Kanunu'nda getirilen yaptırımın uygulanması bakımından da kişi hakkında salt üye sıfatını haiz olmasından dolayı yaptırım uygulanması söz konusu değildir. Ferdi sorumluluk prensibi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda kusur sorumluluğunun kabul edilmesinin sonucudur⁵²⁰.

3. Teselsül Prensibi

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tâbi olan müteselsil sorumluluk rejimi, bir zarara sebep olan birden fazla kişinin zarardan birlikte sorumlu olmaları anlamına gelmekte ve bu sorumluluk rejimi ya kanundan yahut sözleşmeden doğmaktadır. Türk Borçlar Kanunu borçlular arasında teselsül karinesini prensip olarak reddedip, sadece bazı hallerde teselsül karinesine yer vermiştir⁵²¹. Müteselsil sorumluluğun amacı alacaklının birden fazla borçlu ile karşı karşıya kalmasından dolayı zayıflayan durumunu dengelemek olup, alacaklıya ispat kolaylığı sağlamakta, borcun ödenmemesi riskini azaltmakta, böylece alacaklı lehine sonuçlar doğurmaktadır. Müteselsil sorumluluğun söz konusu olması için birden fazla kimsenin zarara birlikte sebebiyet vermeleri gerekli olup, zarar verenlerden her birinin ayrı ayrı kusurlu olmaları gerekir. Bu halde birden fazla kişinin aynı zarardan aynı yahut çeşitli sebeplerle birlikte sorumlu olmaları söz konusudur. Müteselsil

⁵¹⁸ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 38.

⁵¹⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesi başta olmak üzere, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna değinilen tüm hükümlerde sorumluluk kurulun tamamı için değil yönetim kurulu üyeleri hakkında bireysel olarak düzenlenmiştir. Pay sahibi ve alacaklılara zarar veren fiil yönetim kuruluna ait olmakla birlikte üyelerinden kusurlu olduğu ispat edilemeyen yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 31; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 39.

⁵²⁰ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 32; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 39.

⁵²¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku, s. 775; Tekinay, s. 266 vd; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 368.

sorumluluk halinde zarar gören ile zarar verenler arasındaki ilişki dış ilişki, zarar veren kimselerin kendi arasındaki ilişki ise iç ilişkiyi ifade etmektedir⁵²². Alacaklı müteselsil sorumluluk halinde uğradığı zararı borçluların hepsinden talep edebileceği gibi, yalnızca birinden ya da birkaçından da talep edebilmektedir. Müteselsil sorumluluk halinde geçerli olan zararın ve tazminatın tekliği prensibi gereği edimin tamamen bir defa ifası ile borç sona erer, kısmi ifa halinde ise borç ifa edilen oranda sona erer⁵²³.

Türk Ticaret Kanunu ile Rekabet Kanunu arasında bu noktada düzenleme farklılığı bulunmaktadır. Rekabet Kanunu'nda ise ihlalde belirleyici etkisi saptanan birden fazla yönetici ve çalışan olduğu takdirde aralarındaki teselsül ilişkisinin ne olacağına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Bu bağlamda, yönetici ve çalışanlara idari yaptırım verilirken sorumluluk müteselsil mi yoksa TTK'da yer aldığı gibi farklılaştırılmış teselsül ilkesi mi uygulanacağını hususu değerlendirilmelidir. Şirketin meydana gelen zararın giderilmesi maksadı ile rücu davası açtığı takdirde ise Rekabet Kanunu'nun 57'inci maddesinde müteselsil sorumluluk esası uygulanacaktır⁵²⁴⁵²⁵. Kanaatimizce, Kanunun 16'ıncı maddesi kapsamında anonim şirketin yaptırımı maruz kalmasında etkisi bulunan birden fazla yönetici ve çalışan olduğu takdirde, açılan dava neticesinde yönetici ve çalışanların tazminat sorumluluğu müteselsil nitelik taşıyacaktır.

Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu üyelerinin heyet halinde çalışması dikkate alınarak şirket tüzel kişiliğine, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına yönetim kurulu üyelerinden hangisinin kusurlu olduğunu araştırma yahut ispat etme zorunluluğu altında olmaksızın üyelerden herhangi birine yahut hepsine uğradıkları zararın tazmini için hangisinin ne oranda kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda olmaksızın istediği üye yahut üyelere müracaat hakkı

⁵²² Kadir Berk Kapanıcı, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul 2015, s. 25; Çamurcu, s. 106.

⁵²³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 285-286; Turgut Akıntürk, **Müteselsil Borçluluk**, Ankara; Çamurcu, s. 107; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, s. 1051; Kılıçoğlu, s. 746; Eren, s. 1200; Oğuzman ve Öz, 439; Kapanıcı, s. 24.

⁵²⁴ Rekabet Hukukundan kaynaklanan tazminat talepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Buğra Kesici, **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, İstanbul, 2017; Murat Şahin, **Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri**, İstanbul, 2018; İlhan Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, 2013.

⁵²⁵ Şirketin ihlale sebep olan yönetim kurulu üyesine açacağı rücu davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hamdi Pınar. "Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu", **BATİDER**, C. XXV, S. 4, s. 378 vd.

tanınmıştı⁵²⁶. Mülga TTK'nın 336'ncı maddesinin birinci fıkrasına göre; “İdare meclisi azaları şirket namına yapmış oldukları mukavele ve muamelelerden dolayı şahsan mesul olamazlar. Ancak aşağıda yazılı hallerde gerek şirkete gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen mesuldürler.” Belirtilen hüküm gereğince yönetim kurulu üyeleri kasten yahut ihmalleri nedeniyle kendilerine kanunen yahut esas sözleşme ile verilen görevleri ihlal etmeleri neticesinde oluşan zararlardan şirkete, pay sahipleri ve alacaklılara karşı kusurlarının derecesine bakılmaksızın tüm zarardan sorumlu olup, kusurlarının derecesi iç ilişkilerinde rücu bakımından önem taşır⁵²⁷. Kanun koyucunun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından müteselsil sorumluluk getirmesinin sebebi alacaklıya kolaylık sağlamaktır ve bu şekilde alacaklılar hangi üyenin ne derecede kusurlu olduğunu ispat zorunluluğu altında olmaksızın istediği üyeye başvurabilecek ve üyenin de sorumluluktan kurtulabilmesinin tek yolu kusursuzluğunun ispatıdır⁵²⁸.

Teselsül ve Rücu başlıklı TTK'nın 557'inci maddesine göre; “(1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.

(2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.

(3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.”

Belirtilen düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 759'uncu maddesinden⁵²⁹ aynen iktibas edilmiştir. TTK'nın 557'inci maddesinde yer alan düzenleme ile birlikte mutlak teselsül ilkesi terk edilmiş ve zarardan sorumlu

⁵²⁶ Eren, s. 778; Tandoğan, Mesuliyet, s. 368; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 370.

⁵²⁷ Mimaroglu, Hukuki Sorumluluk, s. 24; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 21; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 40.

⁵²⁸ Mimaroglu, Hukuki Sorumluluk, s. 23; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 22; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 40.

⁵²⁹ OR 759 “1 Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.

2 Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt.

3 Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Richter in Würdigung aller Umstände bestimmt.”

olanların zarar görene karşı dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürerek meydana gelen zarardan indirim talep edilebilmesi imkanını sunan farklılaştırılmış teselsül prensibi kabul edilmiştir⁵³⁰. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince sorumlu tutulan yönetim kurulu üyesi sadece kendisinin sebep olduğu zarar miktarı kadar sorumlu olacak, daha fazla bir meblağ için sorumlu tutulamayacaktır⁵³¹.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesini düzenleyen TTK'nın 557'inci maddesinin ilk iki fıkrasında anonim şirketlere özgü sorumluluk davaları, üçüncü fıkra ise rücu davaları düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasının gerekçesinde maddenin dört temel ilke üzerine yapılandırıldığı ifade edilmiştir. Birinci ilke, farklılaştırılmış teselsül ile birlikte zarar verenlerin dış ilişkideki sorumluluklarını düzenlediği; bu hükmün sorumluların iç ilişkideki sorumluluk ilişkileri hakkında öngörülmuş bir rücu hükmü olmadığı belirtilmiştir. İkinci ilke olarak, “aynı zarar” ibaresi ile “birlikte verilen zarar” kastedildiği, sorumluların “tek başına verdikleri zarar”dan söz edilmediği, hükümde yer alan “bu zarardan” ve “aynı zarardan” ibarelerinin bu farkı vurguladığı ve mahkemenin, talep edilen şirket zararında önce “aynı zarar” ve “tek başına verilen zarar” ayrımı yapması gerektiği ifade edilmiştir. Zararın tümü davacı tarafından “aynı zarar” diye nitelendirilerek talep edilmiş olsa dahi mahkemenin bu araştırmayı yaptıktan sonra teselsülde farklılaştırmaya gitmesi gerektiği belirtilmiştir. Üçüncü ilke olarak, farklılaştırılmış teselsülün müteselsilen sorumlu farklı tazminat yükümlüsü gruplarının ortaya çıkması sonucunu da doğurabileceği belirtilmiş ve son ilke olarak da hem aynı zarar, hem de tek başına verilen zarar belirlenirken mahkemenin Türk Borçlar Kanunu'nun 51 ve 52'inci maddelerini şartları olduğu takdirde uygulaması gerektiği ifade edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, davacı uğradığı zararın tümü için dava açarak hakimden zararın sorumlusu yönetim kurulu üyelerinin ne miktarda sorumlu olduğunun tespitinin yapılmasını talep edebilir. Hâkim bu tespiti ilk fıkra da yer alan bireysel indirim sebeplerini nazara alarak yapacaktır. Madde gerekçesinde “zararın tamamı” kavramının merkez kavram olduğu, tanımının öğretisi ve yargı kararlarına bırakıldığı ifade edilmiş ve İsviçre’de “zararın tamamı” veya başka bir deyişle “tüm zarar” kavramından zarar verenlerin anonim şirketler

⁵³⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 37; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 40; Göktürk/Cani, s. 249; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 464; Çamurcu, s. 105.

⁵³¹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 37; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 40; Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül, s. 88; Çamurcu, s. 105.

hukukuna aykırı eylem ve kararlarının doğurduğu, tek başlarına veya birlikte verdikleri zarar kalemlerinin toplamının anlaşıldığı ifade edilmiştir. Burada hakimden yapması beklenen bireysel sorumluluk tavanının tespit edilmesidir. Bireysel sorumluluk tavanı, sorumluluğuna gidilen kimse eğer meydana gelen zararı tek başına neden olsa idi zararın ne kadarından sorumlu olacağına ilişkin yapılan değerlendirmedir⁵³². Bireysel sorumluluk tavanı müteselsil sorumluluğun en üst sınırını ifade etmekte olup, iç ilişkide sorumlu olunan miktardan farklıdır⁵³³. Bu halde hakim davalı olup olmadığına bakmaksızın tüm sorumlu çevresini nazara alarak bir değerlendirme yapacak ve davalının meydana gelen zarara ne oranda sebep olduğunu tespit edecektir⁵³⁴. Rücu davasına bakan hakim ise sorumluluk davasında yapılan değerlendirmeden bağımsız olarak karar verecektir zira davanın taraflarının farklı olmasının yanı sıra sorumluluk davasında tüm sorumlulara karşı dava açılmasının zorunlu olmaması, hakkında sorumluluk davası açılmayan kişilere karşı da rücu davasının açılmasının mümkün olması ve sorumluluk davası ile rücu davasında değerlendirmeye tabi tutulacak hususların birbirinden farklı olmasıdır⁵³⁵.

Ödemesi gerekli olan meblağdan fazlasını ödeyen yönetim kurulu üyesi ödediği fazla miktar için üçüncü fıkra da yer alan düzenleme uyarınca iç ilişkide diğer sorumlulara karşı rücu hakkını haizdir. Üçüncü fıkranın gerekçesinde hükmün mülga Türk Ticaret Kanunu'nda yer almadığı ve düzenlemenin en önemli özelliğinin rücuun sorumluluk davasının davalıları ile sınırlandırılmamış olduğu ifade edilmiştir. Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin dış ilişkiye yansımaları ise dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi imkanına haiz olup, hakkında sorumluluk davası açılan yönetim kurulu üyesi sadece kendi kusuru ile sebep olduğu zarardan sorumludur⁵³⁶. Bu yöndeki düzenleme yönetim kurulu üyeleri ile Murahhaslar bakımından olumlu bir düzenleme olmakla birlikte zarar gören kimse bakımından

⁵³² Kapancı, s. 180; Pulaşlı, Özen Yükümlülüğü, s. 42; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, N. 16-130; Göktürk/Can; Sayı: 259; Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül, s. 85; Altay, Yetki Devri, s. 321; Çamurcu, s. 114.

⁵³³ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 387; Altay, Yetki Devri, ss. 321-322; Kapancı, s. 45; Çamurcu, s. 115.

⁵³⁴ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 387; Çamurcu, s. 114. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamurcu, s. 128 vd.

⁵³⁵ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 387; Çamurcu, s. 115. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamurcu, s. 186 vd.

⁵³⁶ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 397; Çamurcu, s. 113.

mutlak teselsül ilkesine göre olumsuz nitelik taşımaktadır⁵³⁷. Zarara uğrayan kimsenin bu olumsuz durumunu gidermek maksadı ile maddenin ikinci fıkrasında zararın tamamını tek bir davada talep ederek her bir sorumlunun sorumluluk miktarının tespitini talep etmesine imkan tanınmıştır⁵³⁸.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sebeplerinin genel yahut özel olduğu fark etmeksizin tüm sorumluluk halleri bakımından uygulanır. Çünkü doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı tazminatın ödeneceği kimse bakımından yapılan bir ayırım olup, sorumluluk şartları bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır⁵³⁹. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 557'inci maddesinin emredici nitelik taşıyıp taşımadığıdır. Anonim şirketlerde sorumluluğu teselsül ilkesine bağlayan düzenleme emredici nitelik taşır; bu nedenle de esas sözleşmeye konulacak hüküm ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sadece iç ilişkideki sorumluluk miktarı kadar sorumlu olacağına yönelik düzenleme, yahut pay sahibi veya alacaklı ile bu hususta sözleşme yapılamaz⁵⁴⁰.

Düzenleme farklılığı sadece Türk Ticaret Kanunu ile Rekabet Kanunu bakımından olmayıp, anonim şirket yöneticilerine ilişkin diğer mevzuat hükümlerinde de çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 32'inci maddesinin birinci fıkrası ile 56'ıncı maddesinin dördüncü fıkrasında müteselsil sorumluluk prensibi düzenlenmiştir. SPK'nın Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk başlıklı 32'inci maddenin birinci fıkrasına göre; *"10 uncu madde çerçevesinde, aynı maddede sorumlu olduğu belirtilen kişiler ile mevzuat uyarınca izahname, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar gibi Kurulca kamuyu aydınlatma amacı ile düzenlenmesi öngörülen sair kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişiler bu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur."* Sermaye Piyasası Kanunu'nun Portföy saklama hizmeti ve bundan doğan sorumluluk

⁵³⁷ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 397; Çamurcu, s. 116.

⁵³⁸ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 393; Çamurcu, s. 116.

⁵³⁹ Çamurcu, s. 122. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 399 vd.

⁵⁴⁰ Helvacı, Müteselsil Sorumluluk, s. 222; Altay, Yetki Devri, s. 323; Çamurcu, s. 122.

başlıklı 56'ncı maddesinin dördüncü fıkrasına göre; *“Portföy saklama hizmetini yürüten kuruluş, saklamasında bulunan varlıkların tümünü veya bir kısmını portföy saklama hizmeti yürüten diğer kuruluşlar nezdinde saklayabilir. Bu hâlde, portföy saklama hizmetini veren tüm kuruluşlar müteselsilen sorumludur.”*

Bankacılık Kanunu'nun şahsi sorumluluk başlıklı 110'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre *“Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti hâlinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir....”* Belirtilen madde hükmü banka yöneticilerini müteselsil yahut farklılaştırılmış teselsül yerine şahsi iflasa göre sorumlu tutarak daha ağır bir yaptırım şekli düzenlenmiştir⁵⁴¹. İcra ve İflas Kanunu'nun 43'üncü maddesi uyarınca sadece tacirlerin iflas yolu ile takip edilebilmesine istisna getirmiştir. Belirtilen düzenleme ile bankayı zarara uğrayan yönetim kurulu üyesi şahsi sorumluluğu gereğince iflas yolu ile takip edilecek, bankanın mali yükümlülüğünü karşılayamayan banka yönetim kurulu üyeleri tacir gibi muamele görmektedir⁵⁴². Ayrıca Bankacılık Kanunu'nun 110'uncu maddesinde verdikleri zararlarla sınırlı sorumluluk ibaresi ile banka yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak olan şahsi iflas davalarında üyenin sorumluluk miktarını bankaya verdikleri zarar ile sınırlı tutmuştur. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin şahsi iflasa uğratılabileceği miktar sadece kendisine isnat edilecek tutar ile sınırlı olup, müteselsil sorumluluktan bahsedilmesi mümkün değildir⁵⁴³.

B. Özellikle Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirkette Müdürlerin Hukuki Sorumluluğunun Fonksiyonları

Rekabet Kanunu'nda getirilen ve şirket yönetici ve çalışanına bireysel olarak yaptırım uygulanmasına imkan veren düzenlemenin sermayeyi koruma fonksiyonu,

⁵⁴¹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 371.

⁵⁴² Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 372.

⁵⁴³ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 252 vd.; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 372.

kişiyi koruma fonksiyonu ve önleyici fonksiyon olmak üzere temel olarak üç fonksiyonu bulunmaktadır.

Sermayeyi koruma fonksiyonu, şirketin yönetim kurulu üyelerine, yönetici ve çalışanlara karşı dava açıp uğradığı zararın giderilmesini talep ederek şirketin sermayesindeki azalmanın önlenmesini ifade eder (TTK m. 553, 549 vd, RK 57 vd.). TTK'da anonim şirketlere hâkim olan ilkelerin en önemlilerinden biri de sermayenin korunması ilkesidir. Türk Ticaret Kanunu'nun mesela 342, 343, 376, 484/2, 509'uncu maddelerinde sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde birçok emredici hüküm getirilmiştir. TTK'da yer alan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerde de dolaylı zarara uğrayan alacaklı ve pay sahiplerine açtıkları sorumluluk davalarında tazminatın şirkete ödeneceği öngörülerek şirket sermayesi korunmaya çalışılmıştır (TTK m. 555-556)⁵⁴⁴. Rekabet Kanunu'nda ise anonim şirketin 16'ncı maddenin üçüncü fıkrası kapsamında yaptırım uygulanması halinde şirket maruz kaldığı bu zararı gidermek maksadı ile yaptırım uygulanmasına sebep olan şirket yönetici ve çalışanına rücu davası açabilecektir. Sermayenin korunması ilkesinin önemi Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesinin II 058 nolu kısmında *“Son yıllarda, sermayenin korunması ilkesinin Kara Avrupası anonim şirketler hukukundaki itibarlı konumunu sorgulayan görüşlere sıkça rastlanmaktadır. Bu eğilim belirgindir. Görüşün temsilcileri gün geçtikçe fazlalaşmaktadır. Buna karşılık sınırlı sorumluluk sisteminin, söz konusu ilke olmadan ayakta kalamayacağı düşüncesi dile getirilmektedir. Büyük çoğunluk ilkenin hâla anonim şirketler hukuku açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu kabul etmektedir. IFRS'nin anılan ilkeye duyarsız olduğu yorumu ise, bu standartlara ilişkin, yüzeyde kalan hatta haksız bir yargıdır.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Kişiyi koruma fonksiyonu doğrudan zarara uğramış olan alacaklılar ve pay sahipleri bakımından getirilmiş olup, doğrudan zarar nedeni ile açılan davalarda sermayenin korunması ilkesi değil, kişiyi koruma fonksiyonu kendini gösterir⁵⁴⁵. Türk Ticaret Kanunu'nun 556'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre; *“İflas idaresi birinci fıkra da öngörülen davayı açmadığı takdirde, her pay sahibi veya şirket alacaklısı mezkûr davayı ikame edebilir. Elde edilen hasıla, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis*

⁵⁴⁴ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 273.

⁵⁴⁵ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 274.

olunur; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflas masasına verilir.” Belirtilen düzenleme uyarınca alacaklılardan bireysel olarak dava açanlara dava sonunda kazanılan miktarın öncelikle verileceği öngörülerek kişiyi koruyucu düzenleme getirilmiştir⁵⁴⁶. Rekabet Hukuku bakımından şirket hakkında 16’ncı maddenin üçüncü fıkrasında ceza uygulandığı takdirde şirket malvarlığında eksilme meydana geleceğinden dolayı şirket pay sahibi ve alacaklıların bu madde kapsamında dava açma hakkını haiz olacaktır.

Önleyici fonksiyon olarak adlandırılan diğer bir fonksiyona göre ise, yönetici ve çalışanların şirkete verdikleri zarardan dolayı sorumlu tutulmaları, onların faaliyetlerini ifa ederken daha dikkatli davranmalarını sağlamasına ilişkindir⁵⁴⁷. Türk Ticaret Kanunu’nun 369’uncu maddesinin birinci fıkrasında özen ve bağlılık yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.”* Belirtilen düzenlemede yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün açıkça düzenlenmiş olmasının yanı sıra sorumluluk davasında üyenin meydana gelen zararı bizzat tazmin etme yükümlülüğünün bulunması üyeyi kararlarını verirken daha dikkatli davranmaya sevk etmektedir⁵⁴⁸. Bu ilkenin Rekabet Hukukuna yansması bakımından değerlendirme yapıldığında, Rekabet Kanunu’nun 16’ncı maddesi kapsamında şirket yönetici ve çalışanlarına ceza verilmesi bakımından da geçerlidir. Rekabet Kanunu’nda getirilen ve bireysel yaptırım uygulanmasına imkan veren bu düzenleme sayesinde yönetici ve çalışanlar şirket adına karar alıp uygularken daha dikkatli davranacaktır⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 275.

⁵⁴⁷ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 275.

⁵⁴⁸ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 275.

⁵⁴⁹ Benzer düzenleme Banka yöneticilerinin şahsi iflasına imkan veren Bankacılık Kanunu’nun 110’uncu maddesinde kanunen yalnızca tacirler için mümkün olan iflas, tacir sıfatını haiz olmayan banka yöneticileri için de getirilerek banka yöneticilerinin eylem ve işlemlerinde daha dikkatli davranması sağlanmaya çalışılmış ve önleyici fonksiyonun amacına hizmet eden düzenleme getirilmiştir.

III. YÖNETİCİ VE ÇALIŞAN KAVRAMININ KAPSAMI

Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrasında belirtilen idari para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde şirket yöneticilerine ve çalışanlarına yönelik olarak şahsen ceza kesilebileceğine ilişkin düzenleme getirilmesinin sebebinin caydırıcılığı sağlamak olduğu belirtilmiştir.

Yönetim kurulunun yapısına ilişkin olmak üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 359 ve devamı maddelerinde detaylı düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda temel kurallar emredici hükümler çerçevesinde düzenlenmiş, bunun dışında kalan hususlarda ise anonim şirketin farklı düzenlemeler yapmasına imkan bırakılmıştır. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu, Avrupa Birliği Yönetmeliği ile getirilen düzenlemelere uygun olarak yönetim kurulunun yapılanmasının monist yahut kısmen de olsa dualist sistemdekine benzer şekilde oluşturulmasına imkan sağlanmıştır⁵⁵⁰. Getirilen bu düzenleme şekli ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin yönetim hakkına sahip olan üyeler ve yönetim hakkına sahip olmayan üyeler olarak iki gruba ayırmak mümkündür⁵⁵¹. Yönetim kurulunun temsil yetkisini kullanma şeklini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 367'inci maddesinin gerekçesinin birinci fıkrasına göre; *“6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, Tasarıya göre de, yönetim kurulu, yönetim haklarıyla temsil yetkilerini muhakkak kendisinin kullanmasının zorunlu olmadığı; gereğinde bir gözetim organı olarak çalışabilen bir organdır. Tasarıda yönetim kurulunun hemen hemen üyelerinin tümünün, yürütme yetkisini haiz olmayan (non-executive) üye konumuna geçebildiği esnek bir rejim benimsenmiştir.”* Aynı madde gerekçesinin ikinci fıkrasına göre; *“Böylece Tasarının 367 ile 370 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinde yer alan düzen, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir. Bu düzen yani Tasarının sistemi yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan, yönetim*

⁵⁵⁰ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 27; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 74; Doğan, s. 31; Ünal, s. 27; Çamurcu, s. 8.

⁵⁵¹ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 27; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 74; Doğan, s. 31; Ünal, s. 27; Çamurcu, s. 9.

hakkını haiz olan (intern, executive) ve olmayan (exter, non-executive) üyeler ayrımına tâbi tutmaya da elverişlidir. Hatta Fransa’da geçerli “Président Directeur Général” sisteminin uygulanmasına da müsaittir. Böylelikle şirketler topluluğunun gereksinim duyduğu yönetim şekli için esneklik de sağlanmış olmaktadır.”

Doktrinde gerekçede belirtilen bu düzenleme bir kısım yazar tarafından eleştirilmektedir. Bu görüşe göre; Almanya’da uygulanan ikili sistem, gözetim kurulu üyelerini genel kurul seçmekte, yönetici kurul üyelerini ise gözetim kurulu seçmektedir. Buna ek olarak, dualist yönetim sisteminde gözetim kurulunda hem pay sahipleri hem de şirket çalışanlarının temsilcileri yer almakta iken, monist sistemde bu hukuken mümkün değildir. Ayrıca her iki sistem arasında belirtilen farkların yanı sıra görev ve yetki paylaşımı bakımından da farklılıklar bulunmaktadır⁵⁵². Bu bağlamda Türk hukuk sisteminde yönetim kurulunun üyeler arasında görev paylaşımı yapması ve komiteler kurmasının mümkün olması her iki sistem arasında benzerlik var gibi yakınlaştırsa da bu benzerliğin ikili yahut tercihli yönetim sistemine geçiş olarak adlandırılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁵³. Zira kanunun 375’inci maddesinde düzenlediği yönetim kurulunun devredilmez yetkileri olup, dualist sistemden farklı olarak yönetim kurulunun şirketin üst düzeyde yönetim ve talimat verme yetkisi ile finansal planlamaya dair sahip olduğu yetkileri kendi kurduğu komite yahut komisyonlara devri mümkün değildir⁵⁵⁴.

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu’nda yönetim kurulu üyeleri tarafından murahhas atanabileceği öngörülerek eski kanundaki monist sistemden ziyade uygulamada dualist yapıya benzer bir model tercih edilmiştir⁵⁵⁵. Kanımızca ilk görüş daha doğrudur. Bir kere mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da muhahhas üye müdür seçimi mümkün idi Bu bakımdan getirilmiş bir yenilik bulunmamaktadır. Diğer taraftan eski kanundan farklı olarak Türk Ticaret Kanunu’nun 375. maddesinde yönetim kurulunun devredilemez yetkileri açıkça sayılmış ve bunların murahhaslara devri yasaklanmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında üst yönetim ve talimat verme yetkileri de bulunmaktadır. Oysa bunlar dualist sisteme yabancıdır. Keza, 370. maddenin 2. fıkrasına göre; “Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak

⁵⁵² Pulaşlı, Şerh, §30, N.25; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 27; Ünal, s. 28.

⁵⁵³ Ünal, s. 28.

⁵⁵⁴ Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 27.

⁵⁵⁵ Türk, s. 2176, dn. 23.

üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.” Bu hüküm karşısında yönetim kurulu üyelerinin tamamının icra yetkisi olmayan (non-executive) olarak atanmasına olanak yoktur. Oysa dualist sistemde gözetim kurulu üyelerinin temsil yetkisi bulunmamaktadır.

A. Yönetici Kavramının Kapsamı

1. Organ Yönetici

Organ yönetici ile kastedilen anonim ortaklıklarda en başta yönetim kurulu, limited ortaklıklarda ise müdürlerdir. Yönetim kurulu üyeleri ile müdürlerin yönetim ve temsil yetkilerinin kapsamı diğer yöneticilere kıyasla çok daha geniş olarak düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri ile müdürler şirketin amacına ve işletme konusu kapsamında yer alan tüm işlemleri şirket adına yapmaya yetkilidirler. Bu nedenle Rekabet Kanunu’nun 16’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasında idari yaptırım uygulanabilecek olanların başında yönetim kurulu üyeleriyle limited şirketlerde müdürler yer alır. Çünkü hem rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile uyumlu eylemler ve kararların yanısıra hakim durumun kötüye kullanılması faaliyetleri doğrudan şirketin üst düzey yönetimi ile ilgili faaliyetlerdir. Bu sebeple de Rekabet Kanunu’nda yasaklanmış olan bu faaliyetleri gerçekleştiren yönetim kurulu üyelerinin ve limited şirketlerde müdürlerin belirtilen para cezasından sorumlu olacağından tereddüt bulunmamaktadır⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sait Kemal Mimaroglu, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Me’suliyeti**, Ankara 1967; Turhan Atan, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti**, Ankara, 1967; Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995; Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010; Oğuz, İmregün, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Bası, İstanbul, 2001; Fatih Bilgili, **Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004; Bedir Karaca, **Anonim Ortaklıklarda Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010 Ersin, Çamurcu, **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015; Necla, Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

2. Anonim Şirkette Yönetim Kurulunun, Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirkette Müdürlerin Organ Sıfatı

Kanunlarımızda organ kavramının tanımı yapılmamıştır. Türk Medeni Kanunu'nda organ kavramının kullanılıp TTK'da temsil kavramının kullanılması durumu doktrinde organ kavramı ile temsil kavramının kapsamı konusunda her iki kavramın birbirinden farklı olduğu, organ kavramının temsilci kavramından daha dar olduğu ve organ kavramının temsilci kavramından daha geniş olduğu yönünde olmak üzere üç farklı görüş ortaya çıkmıştır⁵⁵⁷.

Organ kavramının temsilci kavramından daha dar olduğu yönündeki görüşe göre; organ niteliği yalnızca tüzel kişinin iradesinin oluşumuna bizzat katılan kimselere atfedilebilir olup, temsilci kavramı tüzel kişinin idare ve temsil yetkisini ifa eden kimseler için kullanılmaktadır⁵⁵⁸. Bu görüşün savunucuları organ kavramının temsilci kavramından daha dar olduğu yönündeki görüşlerini gerçeklik kuramına dayandırmaktadırlar⁵⁵⁹. Doktrinde kanun maddelerinin yorumlanmasında kuramların etkisi bulunmadığından organ kavramının temsilci kavramından daha dar olduğu görüşüne katılma imkanı bulunmamaktadır⁵⁶⁰. Organ kavramının temsilci kavramından daha geniş olduğunu savunan görüş ise, temsilciye verilen idare ve temsil yetkilerini daha dar olarak yorumlamaktadır⁵⁶¹.

Anonim ve limited ortaklığı temsile yetkili olanlar ile genel hükümlere tâbi temsilci (TBK 40 vd.) arasında önemli farklar bulunmaktadır. Anonim ve limited ortaklıkta temsilcinin işlediği haksız fiillerden dolayı şirketin sorumlu olması bunun bir göstergesidir. Anonim şirketlerde bu husus TTK'nın 371'inci maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre anonim şirketi temsil yahut yönetim yetkisini haiz olan kimselerin faaliyetlerini ifa ettikleri esnada gerçekleştirdikleri haksız fiillerden dolayı şirketin rücu hakkı saklı kalmak kaydı ile şirket bizzat kendisi sorumlu olacaktır.

Anonim ortaklık açısından TTK'nın 365'inci maddesinde yönetim kurulunun organ sıfatı ile anonim şirketi temsil yetkisi düzenlenmekle birlikte bahse konusu

⁵⁵⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 265; Öztan, s. 90.

⁵⁵⁸ Öztan, s. 90.

⁵⁵⁹ Öztan, s. 90.

⁵⁶⁰ Öztan, s. 90.

⁵⁶¹ Öztan, s. 90.

temsil yetkisinin borçlar hukukundaki iradi temsil yetkisinden farklı olduğunu gösteren düzenleme kanunun 371'inci maddesi ile sınırlı değildir⁵⁶². TTK'nın 365'inci maddesinde şekli kıstaslar nazara alınarak yönetim kurulunun anonim şirketin organı sıfatını haiz olduğu belirtilmiştir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre kanunda yer alan istisnalar saklı kalmak kaydı ile şirketin yönetim kurulu aracılığıyla yönetilmesi ve temsil edilmesi gerekmektedir. Belirtilen düzenleme uyarınca yönetim kurulu anonim şirketin yürütme organı sıfatını haiz olup, aynı zamanda kanunen bulunması zorunlu ve devamlılık niteliği taşıyan bir organ olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁵⁶³. Yönetim kurulunun organ niteliği taşıdığını vurgulayan düzenlemeler TTK'nın 365'inci maddesinin yanısıra TTK'nın 359'uncu⁵⁶⁴ maddesi ile 530'uncu⁵⁶⁵ maddesi de yönetim kurulunun organ niteliğine önemle vurgu yapan maddeler arasında gösterilebilir.

Yönetim kurulunun bir kurul olarak anonim şirketin organı olduğu konusunda tereddüt olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatı taşıyıp taşımadığı konusu doktrinde tartışma konusu olmuştur⁵⁶⁶. Bu tartışma doktrinde şekli organ, fiili

⁵⁶² Oğuzman/Seliçi/ Özdemir Oktay, s. 266; Dural/Öğüz, s. 238.

⁵⁶³ Halil Arslanlı, Anonim Şirketler II-III, **Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, (Cilt: II-III), s. 94, 149-150; Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, 4.Bası, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 191; Hayri Domaniç, **TTK Şerhi Cilt: II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul 1988, s. 465; Sait Kemal Mimaroglu, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Me'suliyeti**, Ankara 1967, s. 1; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 32; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 22.

⁵⁶⁴ "(1) Anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. (Mülga son cümle: 26/6/2012-6335/42 md.) (...)

(2) Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.

(3) Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır. (Mülga ikinci ve üçüncü cümle: 26/6/2012-6335/42 md.)

(4) Üyeliği sona erdiren sebepler seçilmeye de engeldir.

(5) (Ek: 28/3/2013-6455/79 md.) Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcileri yönetim kuruluna seçilebilir. Yönetim kurulu üye sayısı ikiden fazla olan şirketlerde üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişininin temsilcisi olmaması şartıyla kamu tüzel kişisini temsilen birden fazla gerçek kişi yönetim kuruluna seçilebilir."

⁵⁶⁵ "(1) Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir.

(2) Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir."

⁵⁶⁶ Arslanlı, Cilt: II-III, s. 94; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 35 vd; Beşir Fatih Doğan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 8; Özge Ayan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat**

organ ve maddi organ ayırımlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Şekli organ, kanun yada esas sözleşme gereğince yahut bazı hallerde hakim tarafından seçilen kişilerden oluşan organ olup bu kişilerin yetki ve sorumlulukları kanun, esas sözleşme yahut iç yönergede açıkça düzenlemesi gerekir⁵⁶⁷. Belirtilen şekilde seçilip görevi kabul eden ve ticaret siciline tescil edilen yönetim kurulu üyeleri şekli organı meydana getirir. Fiili organ⁵⁶⁸, şirketle arasında maddi yahut şekli organ ilişkisi bulunmaksızın bir diğer ifade ile kanunda yer alan yasal düzenlemeye uygun olarak seçilmemekle birlikte yönetim kurulunun görevini fiilen yerinen getiren ve tıpkı yönetim kurulu üyesi gibi şirketin yönetilmesinde etkili olan kişidir⁵⁶⁹. Fiili organ gerçek yahut tüzel kişi olup olmadığına bakılmaksızın şirket iç işleyişinde etkili olan kişilerdir⁵⁷⁰. Fiili organ kavramının kapsamın içerisinde şirketin geleceğine ilişkin kurul olarak alınması ve uygulanması gereken kararların alınmasında ve uygulanmasında tek başına hareket etme yetkisini haiz olan gerçek yahut tüzel kişiler de fiili organ kavramının kapsamı içerisinde yer almaktadır. Bu kişiler kanun yahut esas sözleşmede yönetici organ olarak nitelendirilmemiş ayrıca kendilerine yöneticilik vazifesi bırakılmamış kişilerdir⁵⁷¹. Tanımlanan kapsam içerisinde fiili organ olarak sayılan kimselerin bu sıfatlarının kaynağı kanun, esas sözleşme yahut iç yönergelerden almazlar. Bu grupta yer alan kişilerin fiili organ olarak kabul edilmesinin sebebi yönetim kuruluna özgü görev ve yetkileri ellerinde bulundurup, şirketin geleceğine ilişkin kararların alınması sürecine katılmalarından kaynaklanmaktadır⁵⁷². Maddi organ kanunda yönetim kuruluna verilen görevleri yerine getirebilmesi için yönetim kurulu üyesi olmadıkları halde kendilerine yönetimin devredilmesi sonucunda şirket yönetiminin gerçekleşmesini sağlayan

Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 5.

⁵⁶⁷ Ömer Korkut, **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, (İnançlı Yönetim Kurulu), s. 103; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 34; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 5; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (Hukuki Sorumluluk), ss. 147-150; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 354; Çamurcu, s. 14.

⁵⁶⁸ Fiili organ kavramı için doktrinde olgu organ, fonksiyonel organ, fiili yönetici kavramları da kullanılmaktadır.

⁵⁶⁹ Korkut, İnançlı Yönetim Kurulu, s. 105; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, ss. 9-10; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 34; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, ss. 147-150; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 354; Doğan, s. 12; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 5; Çamurcu, s. 15.

⁵⁷⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 240; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 6; Çamurcu, s. 15.

⁵⁷¹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 354; Doğan, s. 12; Çamurcu, s. 15.

⁵⁷² Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 354; Doğan, s. 13; Çamurcu, s. 15.

müdür ve ticari temsilcilerdir⁵⁷³. Bir diğer ifade ile maddi organ şekli organ ile fiili organ arasında bir özellik gösterir⁵⁷⁴.

Organ doktrinde yapılan bir sınıflandırmaya göre geniş ve dar anlamda organ olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁷⁵. Geniş anlamda organ, şirket adına fonksiyon üstlenen bir diğer ifade ile bir tüzel kişinin yönetim, gözetim ve denetim faaliyetleri kapsamında faaliyet gösteren gerçek kişi veya kurullardır⁵⁷⁶. Geniş anlamda organ kavramının kapsamına karar alma, yönetim, denetim, gözetim, temsil gibi özellikleri yetkileri ifa eden yapılar yer alır⁵⁷⁷. Dar anlamda organ ise kanun yahut şirket içerisinde yapılan düzenlemeler ile kurulan bir birimde atama ve seçme yolu ile görevlendirilen ve tüzel kişinin iradesini meydana getirip icra eden, oluşan iradeyi dışa yansıtan ve sorumluluk üstlenen gerçek kişi veya kişi grupları ifade eder⁵⁷⁸. Dar anlamda organ kavramının kaynağı sorumluluktur. Bu nedenle de icra yetkisine sahip olan tüm kişiler dar anlamda organ kavramının kapsamında yer alır. Dar anlamda organ kavramı kendi içerisinde şekli ve fiili organ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli organ kavramı kanun, şirket sözleşmesi yahut şirket içerisinde yapılan görevlendirmeler ile çeşitli yetkilendirme yahut görevlendirmelerin yapıldığı kişileri ifade etmekte olup, bu kişilerin organ olmasının sebebini onlara verilen yetkiler ve bu sebeple sahip oldukları sorumluluklar oluşturmaktadır⁵⁷⁹. Burada önem taşıyan husus, bu kimselere verilen yetkilerin kanun, esas sözleşme yahut iç yönerge gibi düzenlemelerde açıkça belirlenmiş olması gerekli olup, bu kişilerin kendilerine verilen yetkileri fiilen kullanıp kullanmadıkları önem taşımamaktadır⁵⁸⁰. Belirtilen kimselerin şekli organ kapsamı içerisinde yer alıp almadıkları değerlendirilirken yapılması gerekli olan bu kişilere verilen yetki ile kendilerine tanınan yetkilerden

⁵⁷³ Korkut, İnançlı Yönetim Kurulu, s. 104; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 8.

⁵⁷⁴ Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 7.

⁵⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 5 vd.

⁵⁷⁶ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 212; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 4; Doğan, s. 6.

⁵⁷⁷ Doğan, s. 6.

⁵⁷⁸ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, ss. 9-10; Yadigar İzmirli, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Sonuçları**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2001, s. 28; Öztan, s. 36-37; Özge Karaage, “Yeni TTK Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, 2012, Sayı: 3, Sayı: 3, ss. 68-69; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 34; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 212; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 4; Korkut, İnançlı Yönetim Kurulu, s. 202; Doğan, s. 6.

⁵⁷⁹ Korkut, İnançlı Yönetim Kurulu, s. 103; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 34; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 5; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, ss. 147-150; Altay, Yetki Devri, s. 28; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 354; Çamurcu, s. 14; Doğan, s. 7.

⁵⁸⁰ Doğan, s. 7; Altay, Yetki Devri, s. 28; Çamurcu, s. 14.

dolayı sahip oldukları sorumluluklar dikkate alınmalı ve her bir kimse bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır⁵⁸¹. Bu bağlamda şekli anlamda organ kavramının kapsamına yalnızca esas sözleşme yahut iç yönergelerde organ olarak gösterilen kişilerin yanında yetkili olduğu faaliyet alanı içerisinde bağımsız şekilde karar alıp, bunları uygulayabilen kişiler de dahildir. Bu nedenle de bu kimselere sahip oldukları fonksiyon sebebiyle fonksiyonel organ veya olgu organ da denilmektedir⁵⁸². Fiili organ ise kanunda ve esas sözleşmede organ olarak belirtilmemiş ve kendilerine yönetime ilişkin görevlendirme yapılmamış birlikte, şirket yönetimine ilişkin kararların oluşumuna katılan ve yönetim kurulu tarafından bizzat kullanılması gereken yetkileri tek başına kullanan gerçek yahut tüzel kişileri ifade eder⁵⁸³. Bir kimsenin fiili organ kabul edilmesi için şirket iradesinin oluşumuna katılan kimsenin bu fiili ne kadar zamandır ifa ettiğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁵⁸⁴. Fiili organ kavramının kabul edilmesi ile birlikte, çok çeşitli kimseler bu kapsam içerisinde yer alacaktır. Örneğin saman adam olarak adlandırılan ve şirketi yönetim yetkisini elinde bulunduran kimseler bu kapsamda olacaktır. Diğer bir örnek olarak ise inançlı yönetim kurulu üyeleridir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyesi olup kendisini temsil etmesi için temsilci atayan tüzel kişi yahut kamu kurumu bu kapsam dahilinde değerlendirilecektir⁵⁸⁵.

Doktrin genel kabul olarak organ kavramının geniş anlamı ile kullanılması yönünde olup, tüzel kişiliğin iradesinin oluşmasını etkileyen fiili durumların da bu kapsamda değerlendirileceği kabul olunmaktadır⁵⁸⁶. Bu bağlamda kendisine bağımsız faaliyet gösterebileceği hareket alanı tanınmış şirket hakkında önemli kararlar aralan yöneticilerin dış ilişkide kendilerine temsil yetkisi tanınmamış dahi olsa organ sıfatına haiz oldukları kabul edilmektedir⁵⁸⁷. Bunun yanı sıra müdürlerin de organ sıfatını haiz olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda doktrinde TTK'nın 367'inci maddesinde yer alan düzenleme uyarınca yönetim kurulu üyesi olmamakla

⁵⁸¹ Altay, Yetki Devri, s. 28; Doğan, s. 8.

⁵⁸² Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 7; Doğan, s. 8.

⁵⁸³ Altay, Yetki Devri, s. 31; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 147; Doğan, s. 12; Çamurcu, s. 15.

⁵⁸⁴ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 150; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 8; Doğan, s. 14.

⁵⁸⁵ Ünal Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, (Tek Kişilik Ortaklık), N.11-13,14; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 8; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 150; Doğan, s. 14; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (Ortaklıklar), s. 414; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 271.

⁵⁸⁶ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, ss. 9-10; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, ss. 34-35; Korkut, ss. 202-203; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 4.

⁵⁸⁷ Arslanlı, Cilt: II-III, s. 150; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 36.

birlikte yönetim hakkı ile temsil yetkisi tanınan kişinin de organ niteliğinde olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁵⁸⁸. Anonim şirket esas sözleşmesine göre tüzel kişi adına hareket etme yetkisine sahip olmak şartı ile dış ilişkide ortaklık adına işlem yapmaya yetkili olmayan teknik müdür de organ olarak kabul edilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir⁵⁸⁹. Bununla birlikte, yalnızca anonim şirket ortaklık işlemlerinin ifası için tayin edilen müdürlerin organ sıfatını taşıyıp taşımadığı noktasında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır⁵⁹⁰. Doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca TTK'nın 367'inci ve 370'inci maddelerinde düzenlenen murahhas müdürlerin yönetim kurulunun emir ve talimatı altında çalışmaları organ sıfatını kazanmalarına engel olmamaktadır; zira başka bir organın emir ve talimatıyla çalışıyor olmakla birlikte bağımsız bir faaliyet alanına sahip olan çalışan da organ sıfatını haiz olur⁵⁹¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tasfiye memurları ve kayyımların da kendilerine kanunen verilen görevleri ifa ettikleri esnada şekli anlamda organ kapsamı içerisinde yer alacakları doktrinde kabul edilmektedir⁵⁹².

Doktrinde savunulan bir görüşe göre ise, yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatını tayin edebilmek için organ ve organ görevlisi üyeler kavramları arasındaki farka dikkat etmek gerekir⁵⁹³. Organ, faaliyet yürüten kişi sayısı bakımından şahıs organ ve kurul organ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵⁹⁴. Organın tek kişiden oluştuğu hallerde gerçek kişi organ ve organ görevlisi sıfatlarını şahsında topladığından dolayı şahıs organdan söz edilir⁵⁹⁵. Organ birden fazla kimseden oluştuğu durumlarda ise kurul organdan bahsedilir ve üyelerin hepsi tek balına organ

⁵⁸⁸ 588 Öztan, s. 74; Tandoğan, Mesuliyet, s. 127; Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1965, (Tüzel Kişilerin Temsili), s. 127 vd.; Bedir Karaca, **Anonim Ortaklıklarda Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 18; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 159; Öztan, s. 74; Tandoğan, Mesuliyet, s. 127; Mimaroglu, s. 1; Arslanlı, Cilt: II-III, s. 150; Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 1982, (Anonim Şirketler), s. 84; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 36; Doğan, s. 11. Karşı görüş için bkz. Mimaroglu, 1 dpn 2. Yazar, müdürlerin yönetim kurulu üyelerinin talimatları altında hareket etmesinden dolayı organ sıfatına haiz olmadıklarını düşünmektedir.

⁵⁸⁹ Bu yöndeki görüş için bkz. Arslanlı, Cilt: II-III, s. 150; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 36.

⁵⁹⁰ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 36.

⁵⁹¹ Öztan, s. 102; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 79; Turhan Atan, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti**, Ankara, 1967, s. 34; Arslanlı, s. 75; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 36; Doğan, s. 10. Doğanay sadece genel müdürün organ sıfatını haiz olduğu kanaatindedir. Bkz. İsmail, Doğanay, TTK Şerhi, Cilt: I, m. 1-419, İstanbul, 2004, s. 946.

⁵⁹² Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, N.10-11,11-11; Doğan, s. 11.

⁵⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37 vd.

⁵⁹⁴ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37; Öztan, s. 99 vd.

⁵⁹⁵ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37; Öztan, s. 99.

görevlisi üye sıfatını taşırlar ve birlikte tüzel kişinin organı olarak faaliyette bulunurlar⁵⁹⁶. Bu halde organ tüzel kişinin bir parçası olmasından kaynaklı olarak tüzel kişiye karşı hak ve yükümlülüklerin süjesi kendisi değil tüzel kişinin karşısında organ görevlileri hak ve borçların hamili sıfatı ile sorumlu olur⁵⁹⁷. Bu nedende yönetim kurulu üyeleri kurul organ niteliği taşıyan yönetim kurulu üyeleri organ görevlisi sıfatı ile hareket ettiklerinden dolayı organ sıfatını haiz değillerdir⁵⁹⁸.

Hakim görüş yönetim kurulu üyelerinin şekli anlamda organ olduğunu kabul etmekte ve bunu yönetim kurulu üyelerinin şirket adına yaptıkları işlemlerinin sonuçlarının şirket tüzel kişiliği üzerinde doğmasına, yönetim kurulunun haksız fiillerden dolayı anonim şirketin sorumlu tutulmasına, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin mevcudiyetine dayandırmaktadırlar⁵⁹⁹.

Yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatına sahip olduğuna ilişkin gösterilen gerekçelere değinirsek; TTK'nın 371'inci maddesinde yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisinin kapsamı düzenlenmiştir. Belirtilen düzenleme uyarınca yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsilen yaptıkları işlemlerden kaynaklanan sorumluluk doğrudan şirketin kendisine ait olup, üyelerin şirketi temsilen yaptıkları işlemler nedeni ile şahsi sorumluluğu bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları bakımından getirilen bu düzenleme şekli yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatına sahip olduğu görüşünü desteklemektedir⁶⁰⁰. Sorumluluk hükümlerinde yönetim kurulu üyelerinin organ niteliği bakımından değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, yönetim kurulu üyelerinin haksız fiillerinden sorumluluğuna ilişkindir. Yine aynı maddenin beşinci fıkrasında yönetim kurulu üyelerinin şirket adına temsil faaliyetini ifa ederken işledikleri haksız fiillerden dolayı da bizzat şirket sorumludur⁶⁰¹. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki TTK ile yürürlüğe giren ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk rejimine temel teşkil eden farklılaştırılmış teselsül prensibinin temelini de yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatını haiz olması oluşturur. Üyelerin kurul olarak değil her birinin kusuru varsa ve kusuru oranında

⁵⁹⁶ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37; Öztan, s. 100.

⁵⁹⁷ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37; Öztan, s. 101.

⁵⁹⁸ İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 228; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37.

⁵⁹⁹ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 23; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 158; Doğan, s. 9; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 5; Doğan, s. 9.

⁶⁰⁰ Doğan, s. 9.

⁶⁰¹ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 23; Doğan, s. 9.

sorumlu olması yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatı taşıdığı dikkate alınarak kanunda düzenlendiğinin göstergesidir⁶⁰².

Burada değinilmesi gerekli olan bir diğer husus da, şirket yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin kendisini kurulda temsil ettirmek üzere gönderdiği gerçek kişi yönetim kurulu üyesi gönderdiği durumlarda temsilci gönderen tüzel kişinin organ sıfatına sahip olup olmayacağıdır⁶⁰³. Doktrinde ETTK döneminde hakim görüş, tüzel kişi tarafından yönetim kuruluna seçtirilen gerçek kişi temsilcinin organ sıfatını haiz olduğudur⁶⁰⁴. Bir diğer görüş ise, tüzel kişilerin yönetilmesi iradesinin oluşma sürecine etkili şekilde katılan kimselerin organ sıfatına sahip olup olmadığının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁰⁵. Aksi yöndeki görüşe göre ise, tüzel kişilerin yönetim kuruluna temsilci göndermesi halinde gönderilen gerçek kişinin tüzel kişinin organı sıfatını haiz olması mümkün değildir. Zira aksinin kabulü Eski TTK'nın 312'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacağına ilişkin düzenlemenin ihlali anlamına gelir ki bu da Türk pozitif hukuku bakımından mümkün değildir⁶⁰⁶. Yeni TTK'nın 359'uncu maddesinin ikinci fıkrasında tüzel kişilere de yönetim kurulu üyesi olması imkanını tanıdığından, organ sıfatının sadece tüzelkişi YK üyesinde mi, yoksa hem tüzelkişi YK üyesi, hem de onun gönderdiği gerçek kişide mi olduğu tartışılabilir. Kanımızca, yönetim kuruluna seçilen tüzelkişinin organ niteliği tartışmasız olduğu gibi, tüzelkişinin kendi seçip gönderdiği gerçek kişinin de ticaret siciline tescil edilip, ilan edildiğinden ve yönetim ve temsil yetkisini bizzat icra ettiğinden dolayı bu kişinin de organ olduğu kabul edilmelidir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile limited şirkette müdürlerin organ olarak kabul edilmesinin sorumluluk rejimi bakımından önemli sonuçları vardır⁶⁰⁷. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatını haiz olduklarının kabulü ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin gerçekleştirdikleri tüm fiil ve işlemlerin sonuçları şirketin bizzat kendisi üzerinde doğacaktır⁶⁰⁸. Diğer bir anlatımla, yönetim kurulu

⁶⁰² Doğan, s. 11.

⁶⁰³ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37.

⁶⁰⁴ Tekinalp, Yönetim Kurulunda Tüzel Kişilerin Temsili, s. 128 vd.

⁶⁰⁵ Tandoğan, Hükmi Şahısların İdare Meclisinde Temsili, s. 24; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37.

⁶⁰⁶ İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 228; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 38.

⁶⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 24; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 39.

⁶⁰⁸ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 24; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 39.

adına üyeler tarafından açıklanan iradeler anonim ve limited şirketin iradesi olarak kabul edilmekte, yönetim kurulu üyeleri şirketin amaç ve konusuna dahil olan tüm işlemleri şirket adına yapacaklar ve açıkladıkları bu irade ortaklığa izafe edilecektir⁶⁰⁹. Bu bağlamda, anonim şirket kendisine yönelik dava açıldığı takdirde, bu davada yönetim kurulu üyeleri tarafından temsil edilebilecek, yemin teklif edildiği takdirde bu yemin yönetim kurulu üyeleri tarafından yerine getirilecek ve yine yönetim kurulu üyeleri tarafından ikrarda bulunulduğu takdirde bu ikrarın anonim şirketin kendisi tarafından yapıldığı kabul edilecektir. Bunun yanısıra iyiniyete ve kötüniyete sonuç bağlanan haller ile bir konunun uyuşmazlık tarafından bilinip bilinmemesinin önem taşıdığı noktalarda bilip bilmeme hali ve iyiniyet ve kötüniyet yöneticinin kendisinde aranacaktır⁶¹⁰.

Organların fiillerinin tüzel kişiye tarafından yapılmış sayılacağına ilişkin düzenleme Türk Medeni Kanunu'nun 50'inci maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.*

Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.

Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar.”

Medeni Kanun'da belirtilen bu düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nda 365'inci maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Düzenlemeye göre; *“Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanundaki istisnai hükümler saklıdır.”* Türk Ticaret Kanunu'nun 365'inci maddesinde yer alan açık hükümle anonim şirketin yönetim kurulu tarafından temsil olunacağı düzenlenmiştir. Organ sıfatına sahip olduğu kabul edilen yönetim kurulu üyelerinin yönetim ve temsil yetkisi kapsamında yaptığı tüm işlemler anonim şirketin bünyesinde hüküm ve sonuç doğuracak ve bu kapsamda işlem yapılan diğer tarafa karşı yönetim kurulu üyelerinin kural olarak sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁶¹¹. Anonim şirketin yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna ait olduğundan dolayı yönetim kurulu üçüncü kişilerle anonim şirketi bağlayan işlemleri bu yetkiye dayanarak yapar.

Yönetim kurulunun görevi yalnızca anonim ortaklığın temsilinden ibaret olmayıp, aynı zamanda anonim ortaklığın yükümlülüklerinin de yerine getirilmesini

⁶⁰⁹ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 39.

⁶¹⁰ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk s. 40.

⁶¹¹ Öztan, s. 123; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 40.

sağlamaktır. Bu kapsamda yönetim kurulunun anonim şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklanan tüm sonuçlar yine kural olarak anonim şirketin bizzat kendisine ait olacaktır ve anonim şirket Türk Borçlar Kanunu'nun 112'inci ve devamı maddelerinde düzenlenen akde aykırılık sebebiyle sorumlu olacaktır⁶¹². Burada belirtmek gerekir ki, organ tüzel kişinin yardımcı şahsı olarak kabul edilemeyeceğinden dolayı, anonim şirketin sorumluluğuna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 116'ıncı maddesinin uygulanması imkanı yoktur⁶¹³.

Türk Medeni Kanunu'nun 50'inci maddesinin üçüncü fıkrasında organların kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak da sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Bu maddenin yansıması yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 549 vd. maddeleridir. Ayrıca, 371'inci maddede yönetim kurulu tarafından yapılan kanun ve anonim şirket esas sözleşmesine aykırı işlemler nedeni ile şirketin rücu hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Anonim ortaklık, organlarının sadece hukuka uygun fiillerinden değil aynı zamanda hukuka aykırı fiillerinden de sorumludur. Türk Medeni Kanunu'nun 50'inci maddesinin ikinci fıkrasında organların hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacakları belirtilerek tüzel kişilerin organlarının haksız fiillerinden de sorumluluğu hükme bağlanmıştır. Aynı yönde bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 371'inci maddesinin beşinci fıkrasında temsile veya yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirketin sorumlu olacağı ve şirketin rücu hakkı saklı olacağı hükme bağlanmıştır. Kanun koyucunun belirtilen her iki hüküm düzenlemesi getirerek “nimet külfetin karşılığıdır” prensibinin gereği ve hakkaniyete uygun olup, tüzel kişilerin temsilcilerine göre zararı yüklenme gücünün daha fazla olması nedeni ile menfaatler dengesine daha uygun olacağı ifade edilmektedir⁶¹⁴.

Burada değinilmesi gerekli olan bir diğer husus, Türk Ticaret Kanunu'nun 371'inci maddesinin uygulanmasının söz konusu olabilmesinin haksız fiilde bulunan kişinin yönetim kurulunda faaliyet gösteren organ görevlisi olarak tanımlanabilen bir kişi olması gerektiğidir⁶¹⁵. Zira, haksız fiilde bulunan kişi organ görevlisi değil de

⁶¹² Öztan, s. 123; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 40.

⁶¹³ Öztan, s. 123; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 40.

⁶¹⁴ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 41.

⁶¹⁵ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 41; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 154. Yargıtay 4. HD., E. 1976/6024, K. 1976/9292, T. 1.11.1976 “*Davalı Jokey Kulübü, bir kamu işlemi, özel yasa*

hizmetli-müstahdem sıfatı ile faaliyet gösteren bir kişi ise sorumluluk rejimi farklılık gösterecektir⁶¹⁶. Bir diğer fark ise Türk Borçlar Kanunu'nun 66'ncı maddesinde adam çalıştırmanın çalışanın faaliyetinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için çalışanın kusuru aranmazken, Türk Medeni Kanunu'nun 50'inci maddesi bakımından da Türk Ticaret Kanunu'nun 371'inci maddesi kapsamında tüzel kişinin sorumluluğundan bahsedilmek için organ görevlisinin kusurlu davranışta bulunması aranır. Zira, organ tüzelkişinin bir bakıma kendisi olup, haksız fiil sorumluluğunda da kural kusur olduğuna göre, organın kusuru, “şirketin kusuru” olarak değerlendirilmeli ve ancak organ (yönetim kurulu) kusurlu ise şirketin yönetim kurulunun haksız fiilinden sorumluluğu kabul edilmelidir. Doktrinde belirtildiği üzere, organın iradesi tüzel kişinin iradesi sayılmalı, bu nedenle organın kusurlu fiili de tüzel kişinin fiili sayılmalıdır. Böylece, burada söz konusu olan sorumluluk kusurlu sorumluluktur⁶¹⁷.

buyruğuna göre kendisine verilmiş tüzel kişiliktir. Tüzel kişiler yaptıkları işlemlerde tıpkı özel kişiler gibi doğan zararlardan sorumludurlar. Gişe memuru, davalının, hizmet sözleşmesi ile çalıştığı kimsedir. Ona aradaki hizmet sözleşmesi uyarınca kulüp adına üçüncü kişilerle kulübü bağlayıcı sözleşme yapılması yetkisi verilmiştir. Bu yetki uyarınca yapılan sözleşmenin bir bölümü başka yardımcıları tarafından değerlendirilecek olsa bile Kulübü bağlar. Kulüp gişe memurunun yardımcı kişi olarak üzerine yüklediği borcun yerine getirilmesinden sorumludur. Çünkü işinin yapılması görevini ona vermiş fakat görevliye yükletilen borç ağır kusurla yerine getirilmemiş ve suç niteliğindeki kusurlu davranışı nedeniyle Ceza Mahkemesinde hüküm giymiştir. Bu esasa göre Kulüp Borçlar Yasasının 100. maddesi hükmünce davalı (Ce) ye verdiği zarardan sorumludur. Kulüp Tarım Bakanlığı'na 6132 sayılı Yasa ile verilmiş ve sonucu bakımından Tekel hakkını da kapsayan görevi üzerine almış ve bu görevi (At yarışları Müşterek Bahisler) Tüzüğü uyarınca yerine getirmekle yükümlü bulunmuştur. Bu hak gerek koşuyu yapmakta gerek ikramiye işlerinde onun tekeli altındadır. O halde tüzüğün 20. maddesinin kulüple sağladığı bağışıklık Borçlar Yasasının 100. maddesinin 3. fıkrası karşısında geçersizdir, hükümsüzdür.” (Erişim Tarihi: 01.11.2017)

⁶¹⁶ Öztan, s. 9, Tandoğan, Mesuliyet, s. 123; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 41; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 154.

⁶¹⁷ Öztan, s. 135; Özsunay, Tüzel Kişiler, s. 44; Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 159; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 43; Reisoğlu, s. 65; Ferit Saymen ve Halid Elbir, **Türk Borçlar Hukuku, I. Umumi Hükümler**, C. 1-2, İstanbul 1958, s. 407. Yargıtay 4. HD., E. 1980/5474, K. 1980/13743, T. 27.11.1980 “Kural olarak bir tüzel kişinin iradesi, organları vasıtası ile ifade olunur. Orgalar hukuki tasarrufları veya herhangi fiilleri ile tüzel kişiyi ilzam ederler. Organların irtikap ettiği kusurlar şahsen kendilerini dahi sorumlu kılar; M.K.'nın 48. maddesinde anılan ilke budur. Ancak bu kural uyarınca mümessilin ve daha geniş bir deyim ile organların sorumlu tutulabilmesi için kusurlu davranmış olmaları gerekir. Çünkü organların sorumluluğu, kusurlu sorumluluk esasından kaynaklanır. O halde bir organın sorumlu tutulabilmesi için onun kusurlu olduğunun gerçekleşmesi şarttır.” (Erişim Tarihi: 01.11.2017) Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 42; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 154. Bazı yazarlara göre ise, bu kapsamda düzenlenen sorumluluk hükmü aynı Türk Medeni Kanunu'nun 50'inci maddesinde tüzel kişilerin haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluğunu düzenleyen hükümle paralel olup, her iki düzenleme de kurtuluş beyyinesi getirme imkanı bulunmayan kusursuz sorumluluk halleridir; Tandoğan, mesuliyet, s. 125.

Bir diğerk koşul olarak, yönetim kurulu üyelerinin haksız fiili görevlerini ifa ettikleri esnada işlemiş olmaları gerekmektedir⁶¹⁸. Bu kapsamda yönetim kurulu adına faaliyette bulunan organ görevlisinin işlediğı fiilin geniş anlamda organın görevinin kapsamı içerisinde olduğunun kabul edilebilmesi gerekir⁶¹⁹. Bu koşul Türk Borçlar Kanunu'nun 66'ıncı maddesinde yer alan düzenleme ile paralel olup, istihdam edenin de sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için çalışanın haksız fiili kendisine verilen görevin ifası esnasında işlemiş olması gerekir⁶²⁰.

Bu arada belirtmek gerekir ki, anonim şirket adına faaliyette bulunan kişinin tüzel kişi adına hareket ettiği esnada anonim şirket tarafından yetkilendirilmiş olup olmadığı önem taşımaz⁶²¹. İç ilişkide anonim şirket tarafından yetkilendirilmiş olup olmaması önem taşımaksızın yalnızca dış ilişkiye karşı organ sıfatına sahip kimseler değil, dış ilişkide fiilen organ olarak faaliyet gösteren kimselerin faaliyetlerinden de anonim şirket sorumlu olacaktır⁶²². Son olarak ifade edelim ki; organın haksız fiili işlediğı esnada anonim şirketin menfaatine uygun olarak davranmış olmasının önemli olmayıp, asıl olan gerçekleştirilen haksız fiilin organın faaliyetleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir⁶²³.

Burada değinilmesi gerekli olan önemli bir husus ise, yönetim kurulu üyelerinin haksız fiillerinden dolayı şahsi sorumlulukları meselesidir. Hem Türk Medeni Kanunu'nun 50'inci maddesi hem de Türk Ticaret Kanunu'nun 371'inci maddesi organların haksız fiillerinden dolayı sorumlu olan tüzel kişiye bu zarara kusuru ile sebep veren organ üyelerine rücu edebileceğine ilişkin hüküm getirmiştir. Bu kapsamda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca anonim şirket organın kusurlu faaliyetinden dolayı organ ile birlikte sorumlu olacak, aralarında ise eksik teselsül prensibi geçerli olacaktır⁶²⁴. Böylece anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin akdi faaliyetinden kaynaklanan sorumluluğı bakımından yapılan düzenleme rücu hakkı saklı tutularak aynen korunmuştur⁶²⁵. Burada önem taşıyan husus anonim şirketin

⁶¹⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s. 126; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 42; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 154.

⁶¹⁹ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 42.

⁶²⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s. 126; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 42.

⁶²¹ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 155.

⁶²² Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 155.

⁶²³ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 155.

⁶²⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s. 380; Arsebük, s. 596; Tunçomağ, s. 356; Tuhr, s. 439; Oğuzman/Öz, s. 710; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 43.

⁶²⁵ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 43.

organa rücu ilişkisini hangi çerçevede çözümleneceğidir. Bu noktada anonim şirketin yönetim kurulu üyesine karşı rücu hakkı aralarında geçerli olan vekalet ilişkisi çerçevesinde çözümlenecektir; zira yönetim kurulunun şirket görevini ifa ederken üçüncü şahıslara verdiği zararlar organın tüzel kişi ile yaptığı sözleşmenin ihlali niteliğindedir⁶²⁶.

a. Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirkette Müdürlerin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

Rekabet Kanunu'nu 16'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemenin hem kapsamının doğru tayin edilebilmesi hem de anonim şirket tarafından açılacak rücu davası bakımından anonim ve limited şirket ile şirketin yönetici ve çalışanları arasındaki ilişkinin doğru bir şekilde tayin edilmesi gereklidir. Zira, uygulanacak olan yaptırımda ihlalde belirleyici etki kavramının kapsamının tayinin de şirket ile yönetici ile çalışan arasındaki ilişkinin niteliği önem arz edecektir.

aa. Yönetim Kurulu/Müdürler İle Şirket Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği

Anonim şirket hakkında Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında yaptırım uygulandığı takdirde şirketin yaptırım uygulanmasına sebep olan yönetici ve çalışana rücu hakkı bulunacaktır. Anonim şirket tarafından açılacak olan bu rücu davasının hukuki dayanağı yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenecektir. Rekabet Kanunu'nda şirketin yönetici ve çalışanlarına yaptırım uygulanacağı düzenleyen hükümde yönetim kuruluna da ceza uygulanabilir şeklinde bir ifade bulunmamakla birlikte, maddede ihlale esas teşkil eden faaliyetler çoğunlukla yönetim kurulu tarafından gerçekleştirildiğinden dolayı kurulun tamamına yaptırım uygulanması da mümkündür. Rekabet Kanunu'nda şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin niteliği bakımından herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu bağlamda anonim

⁶²⁶ Tuhr, s. 439; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 43.

şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin niteliği Türk Ticaret Kanunu'na göre belirlenmesi gerekmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun borç kaynaklarından haksız fiilden mi, kanundan mı yahut sözleşmeden mi kaynaklandığı konusunda Türk Ticaret Kanunu'nda da hüküm bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyeleriyle şirket arasındaki hukuki ilişkinin hangi borç kaynağından kaynaklandığı hususu geçmiş dönemde zamanaşımı, sorumluluğun kapsamının tespiti, görevli mahkeme ve ispat yükü gibi konularda önem taşımış ise de, Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği özel hükümlerle birlikte belirtilen hususlar tartışma konusu olmaktan çıkmıştır⁶²⁷. Bu bağlamda örneğin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi Türk Ticaret Kanunu'nun 560'ıncı maddesinde *“Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.”* şeklinde hükme bağlanarak özel zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin kusurlarının ispatı bakımından sorumluluğun hangi borç kaynağından kaynaklandığının tespiti önem taşımaktadır. Çünkü Eski Türk Ticaret Kanunu'nda 338'inci maddesinde ve Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinde 6335 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce kusur karinesi düzenlenmiş olduğundan dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun hangi borç kaynağından doğduğu tartışmasının bir önemi kalmamıştı. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 553'üncü maddesinde 6335 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle *“kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça,”* ibaresi metinden çıkarıldığından dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda ispat yükünün kimin üzerinde olacağı genel hükümlere göre çözümlenecek ve ispat hükümlerinin tespiti de sorumluluğunun hangi borç kaynağından doğduğuna göre değişiklik gösterecektir⁶²⁸. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun haksız fiilden kaynaklandığının kabulü durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 50'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca davacı ispat yükü altında iken, sorumluluk

⁶²⁷ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 99; Çamurcu, s. 38.

⁶²⁸ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 99; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 277; Çamurcu, s. 38.

kaynağı akdi sorumluluk olarak kabul edildiği takdirde davalı kusursuzluğunu ispat etmelidir⁶²⁹.

Doktrinde, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerine limited şirkette ise müdürler aleyhine açacağı sorumluluk davasının hukuki dayanağı olarak akdi sorumluluk kabul edilmektedir⁶³⁰. Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişki, yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında seçilmesi ve seçilen kişinin yönetim kurulu üyeliği görevini kabul ettiği anda anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında hukuki ilişki kurulmuş olur. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesinin ticaret siciline tescili anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin kuruluş anı bakımından önem taşımayıp sadece bildirici etkisi bulunmaktadır. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesinin seçimine dair alınan karar icap niteliği taşır ve genel kurulun bu kararının seçilen üye tarafından görevin açık veya örtülü olarak kabulü de kabul niteliği taşır ve üyenin bu kabulünün anonim şirkete varması ile birlikte sözleşme kurulur⁶³¹. Anonim şirket yönetim kurulu üyesinin anonim şirketin kuruluş sözleşmesi ile atanması yahut genel kurul kararı ile seçilmesi ya da yönetim kurulu tarafından ilk genel kurula kadar görev yapmak üzere seçilmesi arasında fark olmayıp, her hâlükârda anonim şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin niteliği sözleşmeseldir⁶³². Yönetim kurulu üyesinin görevden alınması yahut istifa gibi sebeplerle üyelikten ayrılması halinde şirket ile arasında mevcut olan hukuki ilişki tamamıyla sona ermeyip, sadakat ve sır saklama yükümlülüğü gibi bazı yükümlülükler akdin sona ermesinden sonra dahi devam eder⁶³³.

⁶²⁹ Eren, s. 1065; Oğuzman ve Öz, s. 473; Çamurcu, s. 39.

⁶³⁰ Atan, s. 12; İmregün Anonim Ortaklıklar, s. 242; İmregün, Yönetim Kurulu, s. 260; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, ss. 111-112; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 277; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 99; Altay, Yetki Devri, s. 213; Tolga Ayoğlu, Pay Sahipleri İle Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi, **Legal Hukuk Dergisi**, S.73, 2009, s. 67; Pulaşlı, Özen Yükümlülüğü, s. 35; Hamdi Yasaman, Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, Y. 2013, s. 105; Karaege, Azil, s. 97; Çamoğlu, İbra, s. 325; Uçar, s. 78; Çamurcu, s. 39.

⁶³¹ Arslanlı, II, s. 99; Ansay, s. 103; Mimaroglu, s. 98; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 114; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 202; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 276; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 99; Çamurcu, s. 39.

⁶³² İmregün, Ortaklıklar, s. 175; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 100.

⁶³³ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, N. 586; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 99; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 99; Çamurcu, s. 39.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ve limited şirkette müdürlerin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılığa dayanmasının yanı sıra, aynı zamanda haksız fiil teşkil edip sorumlulukların yarışması halinin ortaya çıkması mümkündür⁶³⁴. Bu durumda yani yönetim kurulu üyesinin fiilinin hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil etmesi halinde zarar gören akdi sorumluluk yahut haksız fiil hükümlerinden hangisinden yararlanacağını serbestçe takdir eder⁶³⁵. Bununla birlikte yönetim kurulu üyesinin haksız fiil niteliği taşıyan fiili Türk Ticaret Kanunu'nda ve şirket iç yönergesinde belirlenmiş olan görev tanımının tamamen dışında ise, zarar gören yalnızca haksız fiil hükümlerinden yararlanarak sorumluluk davası açma hakkını haizdir⁶³⁶.

bb. Yönetim Kurulu/Müdürler İle Şirket Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Doktrinde görüş birliği halinde anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında sözleşme ilişkisinin varlığının tespitinden sonra, bu sözleşmenin niteliğinin de belirlenmesi gerekir. Anonim şirket ve yönetim kurulu üyeleri aralarında yapacakları sözleşmenin niteliğini ve koşullarını sözleşme özgürlüğü çerçevesinde dilekleri gibi belirleyebilirler⁶³⁷. Sözleşmenin taraflarınca sözleşmenin niteliğine ilişkin olarak belirleme yapıldığı takdirde uyuşmazlık halinde belirlenen sözleşme ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümleri kapsamında uyuşmazlık çözülür. Bununla birlikte taraflarca bu şekilde bir sözleşme tipi belirlenmediği takdirde sözleşmenin niteliğinin ne olduğu ve uyuşmazlık halinde hangi sözleşme tipine ait hükümlerin uygulanacağını belirlenmesi gerekir. Doktrinde görüş birliği bulunmamakla beraber anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin niteliği konusunda vekâlet sözleşmesi görüşü, hizmet

⁶³⁴ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, ss. 113-114; Mimaroglu, s. 105 vd.; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 100; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 277; Çamurcu, s. 40.

⁶³⁵ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 100; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 278; Çamurcu, s. 40.

⁶³⁶ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 115; Çamurcu, s. 40.

⁶³⁷ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 115; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 101; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 278; Çamurcu, s. 40.

sözleşmesi görüşü, karma görüş ve sui generis sözleşme görüşü olmak üzere dört görüş bulunmaktadır.

aaa. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Türk doktrinde çoğunluk olarak anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşme ilişkisinin vekalet akdi olduğu kabul edilmektedir⁶³⁸. Bu görüş Türk Ticaret Kanunu’nun 126’ncı maddesinde yapılan gönderme vasıtası ile Türk Borçlar Kanunu’nun 630’uncu maddesinin uygulanması gerekçesine dayanmaktadır. Uygulanacak kanun hükümleri başlıklı Türk Ticaret Kanunu’nun 126’ncı maddesine göre; *“Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.”* Bu düzenlemeden hareketle, Türk Ticaret Kanunu’nda özel hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen adi ortaklık hükümleri uygulanacağından, anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşme ilişkisine de vekalet

⁶³⁸ Arslanlı, s. 99 vd; Mimaroglu, s. 102; Ansay, s. 104; Atan, 11 vd.; İmregün, Ortaklıklar, s. 202; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 111; Pulaşlı, Şerh, §58; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 101; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 544; Şener, Ortaklıklar, s. 364; Kırca/Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 460; Bahtiyar, s. 220; Üçışık/Çelik, s. 395; Ayan, ss. 10-11; Türk, Azil, s. 183; Arslan, s. 72; Uçar, s. 78; İzmirli, s. 62; Doğanay, s. 949; Çamurcu, s. 41. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1981/4751, K. 1981/5019, T. 24.11.1981 *“Şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisi olup genellikle bu ilişki vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. (Prof. Domaniç, Age, Sh. 385; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Age, Sh. 241, Dr. Turhan Atan, Anonim şirketlerde idare meclisi aralarının hukuki mesuliyeti, Sh. 9-12, Fritz de Steiger Le Droit Des Societes Anonymes Suisses, 1973, Sh. 239). Federal Mahkemede yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkiyi vekalet olarak nitenlendirmektedir (Journal Des, Tribunaux, 1979, I, 627). O halde, TTK.nun 1. maddesindeki, TTK.nunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere göre hüküm verileceği kuralı gereğince olaya, icabı halinde, BK.nun vekalet hükümlerinin de uygulanması gerekmektedir.”* Yargıtay HGK, E. 2003/9-82, K. 2003/65, T. 5.2.2003 *“Somut olayı irdelerken davalının statüsünün sadece bir hizmet akdi ilişkisi olmadığı, onun yanında Bankalar Kanunundaki özel statüsünün de gözönünde bulundurulması gerekir. İlke olarak Banka Yönetim Kurulu Üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişkisi vekalet akdine dayanmaktadır. (Prof. Dr. Seza reisoğlu Bankalar Kanunu Şerhi Ank. 2002 sh.228 vd, Prof.Dr.İbrahim Kaplan Banka Sözleşmeleri Ank. 1996 sh.300)* Yargıtay, Yönetim Kurulu Üyeleri ile şirket (banka) arasında bir hizmet akdi bulunmadığını, en azından şirket (Banka) Genel Müdürü iken, Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdi ilişkisinin; sona erdiğini kabul etmiştir. (Bkz. Yargıtay 11.H.D. 15/9/1993 gün 3083/3773, Gönen Eriş Ticari İşletme ve Şirketler 1992 sh.1004, Yargıtay 9.H.D. 23/3/1989 gün. E; 88/13629 K:89/2707 Yargıtay Kararları Dergisi Eylül 1989 sh.1268, aynı şekilde Yargıtay 11.H.D. 24/11/1981 gün E:475 K:5019 Bk. Age. Kaplan Banka Sözleşmeleri Sh: 301)”. Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 30.10.2018).

sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁶³⁹. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nun 630'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir."* Türk Borçlar Kanunu'nda adi şirket için getirilen düzenleme uyarınca, şirket sözleşmesinde yahut kanunda aksine düzenleme bulunmadığı müddetçe yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 126'ncı maddesinde Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklar ilişkin hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlendiğinden, anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁴⁰. Buna ek olarak, vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını görüşünün bir diğer dayanağı da, yönetim kurulu üyelerine ücret verilmesinin zorunlu bir unsur olmaması, bunun da vekalet akdine ilişkin hükümlerle paralellik göstermesidir⁶⁴¹. Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin vekalet akdi olduğu kabul edildiği takdirde, şirket esas sözleşmesi tarafından atanan, genel kurul tarafından seçilen yahut yönetim kurulu tarafından geçici olarak seçilip genel kurulun onayına sunulan yönetim kurulu üyesi vekalet sözleşmesi hükümlerine göre hareket edecek ve anonim şirkete vekalet sözleşmesi hükümlerine göre hesap verecektir⁶⁴².

bbb. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Anonim şirket ile yönetim kurulu arasındaki sözleşme ilişkisi hakkında doktrinde ileri sürülen görüşlerden bir diğeri ise, bu ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu yönündedir⁶⁴³. Doktrinde ileri sürülen bu görüşün dayanağı, yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki ilişkinin belirli işlere özgülenmiş olması ve

⁶³⁹ Arslanlı, s. 100; Mimaroglu, s. 102; Atan, s. 12; Uçar, s. 78; Arslan, s. 72; Türk, Gündeme Bağlılık, s. 183; İmregün, s. 202; Ansay, s. 104; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 117; Çamurcu, s. 41.

⁶⁴⁰ Arslan, s. 72; Türk, Gündeme Bağlılık, s. 183; İmregün, s. 202; Ansay, s. 104; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 117; Çamurcu, s. 41.

⁶⁴¹ Ansay, s. 103; Çamurcu, s. 41.

⁶⁴² Yıldırım, s. 37; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 102.

⁶⁴³ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, N. 12-112; Çamurcu, s. 41.

süreklilik arz etmesidir. Doktrinde bu görüş yönetim kurulu üyeleri ile aralarındaki ilişkide ücretin sorunlu unsur olmaması ve iş hukuku alanında yönetim kurulu üyelerinin işçi değil işveren olarak kabul edilmesi sebebi ile eleştirilmektedir⁶⁴⁴. Diğer taraftan yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkileri belirli işlere özgülenmiş olmayıp, üyeler şirketin işletme konusuna giren ve genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri dışında kalan tüm iş ve işlemleri yapmaya yetkilidirler(TTK m. 371/1).

Yargıtay kararları bakımından değerlendirme yapıldığında, Yargıtay bazı kararlarında yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak değerlendiren⁶⁴⁵, bazı kararlarında bu ilişkinin hizmet akdi olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 103; Çamurcu, s. 42.

⁶⁴⁵Yargıtay 10. HD., E. 1986/2290, K. 1986/5005, T. 7.10.1986 “20.3.1963 - 1.9.1982 döneminde ise, davacı aynı Anonim Paysahibiliğin Yönetim Kurulu Başkanlığını yapmış, ayrıca Yönetim Kurulu kararıyla Murahhas aza seçilmiş ve bu dönemde Yönetim Kurulu Başkanlığı, ücretinden ayrı olarak Murahhas aza ücreti almış ve bu ücretinden yaşlılık sigortası primi kesilerek Kuruma ödenmiş ve Kurum tarafından da kabul edilmiştir. Burada da taraflar arasındaki uyumsuzluk, Murahhas azalığın hizmet akdine dayanıp dayanmadığı ve sigortalı hizmet niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği konusundadır. Burada da yönetim Kurulu Başkanlığı ile, Murahhas azalık görevlerini ayırmak lâzımdır. Vekâlet ilişkisine dayanan Yönetim Kurulu Başkanlığı, Murahhas azalığa engel değildir. Çözümlemesi gerekli sorun, Murahhas aza ile Anonim Paysahibilik arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve sonucuna göre Murahhas azalık hizmetinin, sigortalı hizmet sayılıp sayılamayacağını belirlemekten ibarettir.

Davacı, şirketin bütün işlerini tedvire memur Murahhas azalık hizmetine karşılık, ayrı bir ücret almaktadır. Bu ücret, işgörmeye ediminin karşılığıdır. İşin Anonim Şirket işyerinde görüldüğünü tanıklar haber vermişlerdir. 20.3.1963 - 1.9.1982 tarihleri arasındaki zamanda davacı sürekli olarak, Anonim Paysahibiliğe hizmet sunmuştur. Murahhas aza, Yönetim Kurulu Kararlarını icra etmektedir. Yönetim Kurulunun, Murahhas azalar üzerinde gözetim hakkı da mevcuttur. Murahhas azalık hizmeti, Anonim Şirket organlarından Yönetim Kurulunun, denetim ve gözetiminde ifa edilmektedir. Bu nedenlerle, Anonim Şirket tüzel kişiliği ile Murahhas aza arasındaki ilişkide, ivazlı vekâletten çok, hizmet akdi unsurlarının ağır bastığı ve hizmet akdi ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Şu halde, davacının 20.3.1963 - 1.9.1982 tarihleri arasındaki Murahhas azalık hizmetinin dahi sigortalı hizmet niteliğinde sayılması gereklidir.” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 30.10.2018).

⁶⁴⁶ Yargıtay 11. HD, 15.09.1983, E. 1983/3083, K.1983/3773 “... A.Sayı: ile idare meclisi üyeleri arasındaki ilişkiler, TTK. da düzenlenmiş olup anılan Yasanın 344’üncü maddesinde pay sahipleri arasından seçilen müdürün sebepsiz azli iddiasıyla tazminat isteyemeyeceği, bunun dışında sadece pay sahibi olmayanlar arasından seçilen müdürün tazminat isteyebileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Pay sahibi olan Murahhas azaların şirkette ayrıca başka görevler ifa etmesi halinde yapılan bu görevden dolayı ihbar ve kıdem tazminatı istenilip istenilemeyeceğine ilişkin bir hüküm TTK. da mevcut değildir. O halde, uyumsuzluğun ihbar ve kıdem tazminatının düzenlendiği 1475 sayılı İş Kanununa göre çözümlenmesi gerekir. 1475 sayılı Yasanın 13. maddesinde düzenlenen ihbar tazminatı ile 14. maddesinde hükme bağlanan kıdem tazminatının ödenebilmesinin ilk şartı çalışanın işçi vasfına haiz olmasıdır. (...) Oysa, bir kimsenin işçi sayılabilmesi için göz önüne alınacak husus, o kimsenin işyerine hizmet akdi ile bağlı olup olmadığı, hizmet ilişkisinin hizmet akdinden doğup doğmadığıdır. (...) Davacı şirketin Murahhas azası olan davalı ile şirket arasında hizmet ilişkisi söz konusu değildir. Bu nedenle işçi sayılması mümkün olmayan davalının 1475 sayılı Yasa ile işçi sıfatını haiz olanlar için öngörülmüş olan ihbar ve kıdem tazminatından faydalanabilmesine yasal olanak yoktur. Kaldı ki, dosya arasında bulunan Dokuzuncu Hukuk Dairesi’nin 22.12.1981 günlü bozma ilamında da taraflar arasında hizmet ilişkisinin olmadığı ve dolayısıyla davalının işçi statüsünü haiz bulunmadığı ifade edilmiş ve karar kesinleşmiştir.” Karar için bkz. Akdağ, Güney, Tazminat, s. 25.

ccc. Türü kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Görüşü

Türkü kendine özgü (sui generis) sözleşme, kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarını tamamıyla yahut bir kısmıyla içermeyip, kendine özgü öğelerden oluşan sözleşmedir⁶⁴⁷. İsviçre doktrininde bir grup yazar anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin tek başına hizmet sözleşmesi yahut vekalet sözleşmesi olarak tanımlanması imkanı bulunmadığını ve bu sözleşmenin hem vekalet sözleşmesi hem de hizmet sözleşmesi unsurlarını bünyesinde barındıran kendine özgü (sui generis) bir sözleşme tipi olduğu görüşündedir⁶⁴⁸. Belirtilen görüş uyarınca karma sözleşme niteliği taşıyan bu sözleşmeye kanun ve esas sözleşme hükümleriyle şirketle yönetim kurulu arasında yapılan sözleşme hükümleri ve bu konuda sonuca ulaşılamadığı takdirde niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet ve hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir.

ddd. Ortaklıklar Hukuku ve Borçlar Hukukuna İlişkin Unsurları Birlikte Barındıran Sözleşme Görüşü

Bazı yazarlara göre ise, anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşme şirketler hukuku ile borçlar hukukuna ait olan spesifik özellikleri içinde barındırmakta, somut uyuşmazlığa göre hem borçlar hukuku kurallarının hem de şirketler hukukuna ait kuralların uygulanması söz konusu olabilmektedir⁶⁴⁹. Şirketlerin yapısını ve örgütlenmesini düzenleyen kurallar şirketler hukuku içerisinde yer almakta ve yönetim kurulu üyesi de bu normlar çerçevesinde faaliyetlerini yürütmektedir. Böylece organ sıfatını taşıyan yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasında her şeyden önce şirketler hukuku ilişkisi bulunmaktadır⁶⁵⁰. Anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin her iki tarafa borç yüklediği ve bu borçların ihlali halinde tazminat sorumluluğu doğacağı için şirket ile yönetim kurulu

⁶⁴⁷ Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 13; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 1. Bası, İleri Kitapevi, İzmir 2013, s. 18.

⁶⁴⁸ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 104; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 278; Yıldırım, s. 36; Çamurcu, s. 42.

⁶⁴⁹ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 104; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 283; Çamurcu, s. 42.

⁶⁵⁰ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 105; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 283.

üyeleri arasında aynı zamanda borçlar hukuku hükümlerinin uygulanacağı bir sözleşmesel ilişki de mevcuttur⁶⁵¹.

⁶⁵¹ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 105; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 283. Yargıtay HGK, E. 2001/13-1026, K. 2001/765, T. 7.11.2001 "Yönetim Kurulu üyeleri, kanun ve ana sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri gereği gibi yerine getirmedikleri takdirde bu yüzden oluşan zararlardan dolayı ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumludurlar (Bkz. T.K. 308, 336, 338, 339, 346 md.). Sorumluluk davası olarak anılan bu davanın kendine özgü şartları vardır. Sorumluluk davasında asıl dava hakkına sahip kişi ortaklığın kendidir. Ortaklığın dava açabilmesi için Genel Kurul'un bu yolda karar alması gerekir (TK. 341). Sorumluluk açısından müdürler de, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabidir. (TTK. 342) Aynen Yönetim Kurulu üyeleri gibi, görevlerini ifa sırasında kusurlu ve özensiz davranışlarıyla ortaklığa verdikleri zararlar nedeniyle ortaklığa ve alacaklılara karşı sorumludurlar. (Bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku 8. Bası sh. 342, 327 vd.)

Bu genel açıklamadan sonra davaya genel mahkeme olan bu işle görevli Asliye Ticaret Mahkemesi mi yoksa Özel mahiyette olan İş Mahkemesi mi bakacaktır sorununun çözülmesi gerekir.

Ticaret Mahkemelerinin iş sahası ve hangi davalara bakacağı TTK. 5. maddesinin de belirtilmiştir, bu maddeye göre "Aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre Asliye Hukuk veya Sulh Hukuk Mahkemesi ticari davalara dahi bakmakla vazifelidir. Şu kadar ki; bir yerde Ticaret Mahkemesi varsa Asliye Hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4'üncü maddesi hükmünce ticari sayılan davalarla, hususi hükümler uyarınca Ticaret Mahkemesinde görülecek diğer işlere Ticaret Mahkemesinde bakılır." hükmünü getirmiştir. TK.'nın 4'üncü maddesi hangi davaların ticari dava olarak kabul edildiğini göstermiştir. Bu maddeye göre "TK. 21. maddenin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın:

1- Bu kanunda,

2- Medeni Kanunun, rehin mukabilinde ikraz ile meşgul olanlar hakkındaki 876 ila 883'ncü maddelerinden,

3- Borçlar Kanununun, bir işletmesinin satılması veya diğeriyle birleştirilmesi hakkındaki 179 ve 180, rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352, nesir mukavelesi hakkındaki 372 ila 385, itibar mektubu ve itibar emri hakkındaki 399 ile 403, komisyona dair 416 ila 429, ticari mümessiller ve diğer ticari vekiller hakkındaki 449 ila 456; havale hakkındaki 457 ila 462, vedia hakkındaki 463 ila 482 maddelerinde;

4- Almeti farika, ihtira berati ve Telif hakkına müteallik mevzuatta;

5- Bu Kanunun 135 maddesinde yazılı ticarete mahsus yerler hakkındaki hükümlerde;

6- Bankalar ve ödünç para verme işleri kanunlarında tanzim olunan hususlardan doğan, hukuk davalan ticari dava sayılır. Şu kadar ki; herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve telif hakkından doğan davalar bundan müstesnadır." Diyerek ticari davaları açık bir şekilde belirtmiştir. Yasada anılan davalara mutlak ticari dava denilmektedir. Ticaret Yasasının 4'üncü maddesinde sayılan mutlak ticari davalar yanında bazı özel yasalarda da mutlak ticari davalar düzenlenmiş olup, bunlar da tarafların sıfatına ve ticari işletmeye ilişkin bulunmasa bile ticaret mahkemesinde bakılacağı kararlaştırılmıştır. Örneğin 1163 sayılı yasanın 99 maddesi, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanununun 22. maddesi, 3226 sayılı yasanın 31'inci, İİK.'nin 154, 182, 296 maddelerinden doğan davalar da mutlak ticari dava sayılır.

Nisbi Ticari davalara gelince, bir davanın bu tür bir dava sayılabilmesi için a) Her iki tarafın tacir olması, b) Uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması gerekir.

Ayrıca bu iki unsurun bir arada bulunması zorunludur.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi ve 29/6/1960 tarih 1960/113- 15 sayılı YİBK. kararında, İş Mahkemelerinin, işçi sayılan kimselerle (kanunun değiştirilen 2'nci maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıkların bu mahkemelerde çözümleneceği açıklanmıştır. Bu mahkemeler ayrıca 5018 sayılı Kanunun 4'ncü maddesinin (E) fıkrasına göre sendikaların açacakları ve bu sıfatla aleyhine açılacak hukuk davalarına işçi sigortalı Kanunu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara da bakar. Özel yasalardaki özel düzenlemeler nedeniyle 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, 506 sayılı Sosyal

eee. Görüşlerin Değerlendirmesi

Kanaatimizce, anonim şirket ile yönetim kurulu ile limited şirkette müdürler arasındaki hukuki ilişkinin hem Türk Borçlar Kanunu'nun hem de Türk Ticaret Kanunu'nun hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmesi daha uygun olacaktır⁶⁵². Hem anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hem de limited şirket müdürlerinin yetki, görev ve sorumlulukları Türk Ticaret Kanunu'nda ve şirket esas sözleşmesinde düzenlenir. Hal böyle olmakla birlikte, anonim şirket ile anonim şirket yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin kapsamı bununla sınırlı olmayıp, ayrıca taraflar arasında karşılıklı edim yükümlülüğü mevcut olup, bu edim yükümlülüğüne aykırılık halinde de tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu kapsamda kanaatimizce yapılması gereken anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında uyuşmazlık olduğu takdirde uyuşmazlığın niteliği Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir konuya ilişkin olduğu takdirde Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak uyuşmazlık konusunda Türk Ticaret Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmadığı takdirde Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir⁶⁵³. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisi, bunların organ vekil sıfatını haiz olmaları nedeniyle Türk Ticaret Kanunu'nun anonim

Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Yasasından doğan uyuşmazlıklar İş Mahkemelerinde çözümlenir.

5521 sayılı Yasa hükmüne göre bir uyuşmazlığın İş mahkemesinde görülebilmesi için tarafların İş Kanununa göre işçi, işveren olması ve uyuşmazlığın İş Kanunundan veya yukarıda yazılı kanunlardan doğan hukuki uyuşmazlık olması gerekir.

Somut olaya gelince; davacı karşı davalı V İnşaat - Restorasyon ve Ticaret A.Ş., Kazakistan'da üstlenmiş olduğu bir işle ilgili olarak gerekli olan E. N. A. Ticaret Firmasından satın alınması nedeniyle, davacı şirket yönetim kurulu başkanı ve Murahhas Üyesi V. K. ve şirket müdürü Abdülkadir'in satım akdinde gerekli özeni göstermiyerek şirketi zarara uğrattıklarından dolayı bu k.işilere karşı T.K. 336. maddesi uyarınca açılmış sorumluluk davasıdır. Davalı Fahrettin (A. Ticaret yetkilisi) sıfatı ile satım akdinde, şirket yetkilileriyle birlikte hareket ederek şirketi zarara uğrattığı iddia edilmiştir.

Görüldüğü gibi uyuşmazlık TTK.'nın 336 vd. maddelerinde gösterilen yöneticci ve şirket müdürünün sorumluluğu ile ilgili hukuk davasıdır. Uyuşmazlık Abdülkadir ile onu çalıştıran şirket arasındaki hizmet akdinden, İş Kanunundan doğan bir uyuşmazlık değildir. Yönetim Kurulu Üyesi ve şirket müdürünün birlikte sorumluluğu TK.'da özel olarak düzenlenmiştir. O halde TK. 4/1. madde uyarınca mutlak ticari davadır. TK. 5'nci maddesi uyarınca bu davalara o yerde Ticaret Mahkemesi varsa, bu mahkemenin bakması yasa buyruğudur. Bu durumda yerel mahkemenin davada Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli bulunduğuna ilişkin direnme kararı usul ve yasaya uygun bulunmaktadır. Ne var ki Özel Dairece esasa ilişkin temyiz itirazları incelenmediğinden dosya Özel Dairesine gönderilmelidir.” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 30.10.2018).

⁶⁵² Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 106; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 284; Çamurcu, s. 43.

⁶⁵³ Aynı yönde bkz. Çamurcu, s. 43.

ortaklığın temsiline ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 370 vd. maddeleri uygulanacak, yoksa vekilin temsil yetkisine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümler uygulanmayacaktır. Yine, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü hakkında Türk Ticaret Kanunu'nda özel hüküm bulunduğundan (m. 369), öncelikle bu hüküm uygulanacak, vekilin özen borcuna ilişkin Türk Borçlar Kanunundaki hüküm ancak ikinci derecede rol oynayabilecektir.

Böylece anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki uyuşmazlığın hangi noktadan kaynaklandığına bakılmalı ve açık hüküm varsa öncelikle Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmalı, daha sonra ilişkinin vekalet mi, hizmet sözleşmesi mi olduğu değerlendirilerek ona göre uygulanacak hükümler tespit edilmelidir⁶⁵⁴. Yargıtay da anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi yahut Murahhas Müdür ile anonim şirket arasında hizmet sözleşmesi akdedildiği hallerde, uyuşmazlığın iş akdinden mi yahut pay sahipliği ilişkisinden mi kaynaklandığının tespit edilmesini ve yapılan tespite göre ilgili kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatinde⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 106; Çamurcu, s. 44.

⁶⁵⁵ Yargıtay HGK, E. 2003/9-82, K. 2003/65, T. 5.2.2003 "Dava, banka Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Üyesi olan davalının bankacılık usul ve esaslarına aykırı olarak bankayı zarara uğrattığı iddiası ile TTK'nun 336 vd. maddeleri uyarınca açılan sorumluluk davasıdır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Davaya bakma görevinin İş Mahkemesine mi, yoksa Asliye Ticaret Mahkemesine mi ait olduğu noktasında toplandığı anlaşılmaktadır. Somut olayın irdelenmesinden önce davada yer alan kişinin statüsünün irdelenmesi gerekir. Davalı Nazım Dörtbudak'ın bankanın Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Üyesi olduğu, hizmet sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunun 13. maddesine göre fesh edilip kendisine kıdem ve ihbar tazminatı ödendiği, esasen bu konuda yerel mahkeme ile Yargıtay Özel Dairesi arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yürürlükten kalkan 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinde özel olarak Yönetim kurulu Başkan ve Üyelerinin banka sermayesinin % 1 ini temsil eden hisse senedine sahip olmaları (azami 2 milyar TL; ve bu hisse senetlerine Merkez Bankasına tevdi yükümlülüğü öngördüğü halde, 18/6/1999 gün ve 4339 sayılı Bankalar Kanunda bu hükmün yer verilmemiş olup Anonim Şirket şeklinde kurulan bankaların TTK'nun 313.maddedeki yükümlüğe tabi olacakları belirtilmiştir. Banka yönetim kurulu üyeleri itibarı kıymetleri esas sermayenin en az -yüzde birine muaddil miktarda hisse senedi alacakları ve 3182 sayılı Kanundan farklı olarak Merkez Bankasına değil bankaya tevdi edilecekleri belirtilmiş ve yönetim kurulunun muvafakati ile bir üçüncü kişi tarafından da bu hisse senetlerinin bankaya rehn edilebileceği kabul edilmiştir. Somut olayı irdelerken davalının statüsünün sadece bir hizmet akdi ilişkisi olmadığı, onun yanında Bankalar Kanunundaki özel statüsünün de gözönünde bulundurulması gerekir. İlke olarak Banka Yönetim Kurulu Üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişkisi vekalet akdine dayanmaktadır. (Prof. Dr. Seza reisoğlu Bankalar Kanunu Şerhi Ank. 2002 sh.228 vd, Prof. Dr. İbrahim Kaplan Banka Sözleşmeleri Ank. 1996 sh.300) Yargıtay, Yönetim Kurulu Üyeleri ile şirket (banka) arasında bir hizmet akdi bulunmadığını, en azından şirket (Banka) Genel Müdürü iken, Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdi ilişkisinin; sona erdiğini kabul etmiştir. (Bkz. Yargıtay 11.H.D. 15/9/1993 gün 3083/3773, Gönen Eriş Ticari İşletme ve Şirketler 1992 sh.1004, Yargıtay 9.H.D. 23/3/1989 gün. E; 88/13629 K:89/2707 Yargıtay Kararları Dergisi Eylül 1989 sh.1268, aynı şekilde Yargıtay 11.H.D. 24/11/1981 gün E:475 K:5019 Bk. Age. Kaplan Banka Sözleşmeleri Sh: 301). Genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK.320 ve TTK.336,maddelerine göre belirlenir. Banka Yönetim

Kurulu Üyeleri ile Banka arasında bir vekalet akdi ilişkisi bulunduğundan üyelerin bankaya karşı vekil gibi sorumlu olmaları doğaldır. Ayrıca TTK.320; madde sorumluluğu yanında aynı Kanunun 336.maddesinde sayılan hallerde banka yönetim; kurulu üyeleri gerek bankaya, gerek münferit pay sahiplerine ve banka alacaklılarına karşı müteselsil sorumlulukları vardır. Yine Banka Yönetim Kurulu Üyeleri hakkında, Anonim Şirketler Yönetim Kurulu üyeleri gibi dava açılabilmesinin ön koşulu TTK nun 341.maddesi uyarınca Banka Genel Kurulunun karar alması şartına bağlanmıştır.

Kanun koyucu banka yönetim kurulu üyeleri hakkında özel düzenleme yapmıştır. 4491 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı Kanunun 17.maddesine göre, Bankanın Yönetim Kurulu Üyeleri.vs. kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankanın iflasına neden olmuşlarsa, fonun talebi üzerine şahsen iflaslarına karar verilebilecektir. Kuşkusuz Kanuna aykırı karar ve işlemler, bu kararların alındığı ve işlemlerin yapıldığı tarihte yürürlükte olan kanunlara göre belirlenecektir. İlke olarak öncelikle alacağın niteliğine göre görevli yargı yeri belirlenecek ve ondan sonra görevli mahkeme işin esasına girecektir. Bu genel açıklamalardan sonra bu uyuşmazlığa hangi mahkemenin bakacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TTK nun 5. maddesinde, aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre, Aliye Hukuk veya Sulh Hukuk Mahkemesi ticari davalara dahi bakmakla görevlidir. Şu kadar ki; bir yerde Ticaret Mahkemesi varsa Aliye Hukuk Mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4 ncü maddesi hükmünce ticari sayılan davalarla, Hususi hükümler uyarınca Ticaret Mahkemesinde görülecek diğer işlere Ticaret Mahkemesinde bakılır, hükmünü getirmiştir. Bu maddeye göre ""TTK. 21. maddesinin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

1-Bu kanunda (TTK. da)

2-Medeni Kanun'un Rehin Mukabilinde İkras ile Meşgul Olanlar Hakkındaki 876 ila 883,maddelerinde,

3-Borçlar Kanunu'nun bir işletmenin satılması veya diğeriyle birleştirilmesi hakkındaki.179 ve 180, Rekabet memnuniyetine dair 348 ve-352; Meşir Muhavelesi Hakkındaki 372 ila 385, İtibar Mektubu ye İtibar Emri Hakkındaki 399 ile 403, Komisyona dair"" 416 ila 429, Ticaret Mümessiller ve diğer Ticari Vekiller Hakkındaki 449 ila 456, Havale Hakkındaki 457 ila 462, Vedia hakkındaki 463 ila 482 . maddelerinde,

4-Alameti Farika, İhtira Beratı ve Telif Hakkına Müteallik Mevzuatta,

5-Bu kanunun 135.maddesinde yazılı ticarete mahsus yerler hakkındaki hususi hükümlerde,

6-Bankalar ve Ödünç Para Verme İşleri Kanunlarında tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır.

Kanunda sayılan bu davalara mutlak ticari dava denilir. Kanun da gösterilen bu ticari davalardan dışında tarafların sıfatına ve uyuşmazlık ticari işletmeye ilişkin bulunmasa bile 1163 sayılı Yaşanır 99.maddesi, Ticari işletme Rehini Kanunu'nun 22.maddesi, 3226 sayılı Kanunun 31., İİK.nun 154, 182. 296.maddelerinden doğan davalardan da mutlak ticari dava sayılmaktadır. Mutlak Ticari davalardan Nisbi Ticari davalardan da mevcuttur. Bir davanın Nisbi Ticari dava sayılabilmesi için a)Her iki tarafın tacir olması, b)Uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması ve her iki unsurun birlikte bulunması gerekmektedir. Yukarıda anlatılanlar dikkate alındığında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın temelini TTK. da düzenlenen (TTK.nun 320 ve 336) ve Bankalar Kanunda öngörülen Yönetim Kurulu Üyelerinin sorumluluğu ile ilgili bulunduğu ve mutlak ticari davalardan olduğu ve bu tür davalardan Ticaret Mahkemesinde görülmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Olayı 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu bakımından incelediğimizde; 5521 sayılı İş Mahkemeleri, Kanunu'nun 1.maddesi ve 29/6/1960 gün 1960/13-15 sayılı YİBK.da, İş Mahkemelerinin, işçi sayılan kimselerle (Kanunun değiştirilen 2 nci maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında İŞ AKDİNDEN veya İŞ KANUNU'NA dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıkların bu mahkemelerde çözümleneceği açıklanmıştır. Bu mahkemeler ayrıca, 5018 sayılı Kanunun 4/E fıkrasına göre sendikaların açacakları ve bu sıfatla aleyhine açılacak hukuk davalarına İşçi Sigortalı Kurumu ile Sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara bakacaktır. Özel Kanunlardaki özel düzenlemeler nedeniyle 2821 sayılı Sendikalar Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalı Kanunu 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalı Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunundan doğan uyuşmazlıklar İş Mahkemelerinde çözümlenir. 5521 sayılı Kanun uyarınca bir uyuşmazlığın İş mahkemesinde görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlığın bulunması gerekir. Somut olayda, yanlar arasındaki uyuşmazlık hizmet akdinden doğan bir hak

3. Ticari Temsilci

Yönetici kavramının kapsamında ticari temsilcinin de bulunduğu muhakkaktır. Ticari temsilci, TBK'nın 548'inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanmıştır. Maddede yer alan düzenlemeye göre iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılan kimseye olarak tanımlanmış ve faaliyet alanı belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise ticari temsilcinin özel olarak yetkilendirildiği takdirde yapabileceği işler düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca ticari temsilcinin taşınmaz malları devretmesi yahut bir aynı hak ile sınırlandırabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gereklidir. Bunun yanı sıra ilerleyen maddelerde ticari temsilcinin yetkisinin yalnızca iki halde sınırlandırabileceği düzenlenmiştir. Bunlar ise şube işleri yahut birlikte temsil kaydıdır. Bu noktada ticari temsilci en geniş yetkiyi haiz bağımlı tacir yardımcısıdır. Ticaret şirketlerinde görev alan ticari temsilcilerin üstlendiği görevler dikkate alındığında, bu madde kapsamında yönetici kapsamının içerisinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ticari temsilci genel temsil yetkisinden çok daha geniş kapsamlıdır⁶⁵⁶. Rekabeti sınırlayıcı uyumlu eylem, anlaşma ve kararlar bakımından değerlendirme yapıldığında, maddede sınırlı sayımlı olmayan şekilde sayılan bu haller için ayrı ayrı değerlendirilme yapılması isabetli

uyuşmazlığı olmayıp tamamen bunun dışında TTK. ve Bankalar Kanunu'ndan ""doğan yönetim kurulu ""üyesinin hukuki sorumluluk davası olduğundan bu tür davalarda İş Mahkemelerinde görülemeyeceği açıktır. Kuruldaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler, davalı Yönetim Kurulu Üyesi ile bir kısım banka çalışanları aleyhine dava açıldığını, banka çalışanları hakkındaki davaya İş Mahkemesinde bakılmakta devam edildiğini, bağlantı nedeniyle Yönetim Kurulu Üyesi hakkında İş Mahkemesinde davanın görülmesi gerektiğini ileri sürmüşler ise de, çoğunluk aşağıdaki düşüncelerle azınlığın görüşüne katılmamıştır. Davalı Nazım Dörtbudak dışındaki banka çalışanlarının TTK.nun 319 ve 342. maddesinde yazılı murahhas müdürlerden farklı olduktan, diğer davalıların bankanın günlük (cari) işlerini gördükleri tartışmasızdır. Müdür tayini paysahibilik ile müdür arasında bir sözleşmeye dayanır. Müdür ve çalışanları Yönetim Kurulu tayin etse bile sözleşme müdür ile paysahibilik arasında meydana gelir. Sorumluluk açısından müdürler de Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabidir (TTK.342). Zorunlu dava arkadaşlığı ilke olarak kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir. Gerek maddi bakımdan gerek şekli bakımdan birden fazla kişinin birlikte dava açması veya dava edilmesi zorunlu değilse, dava arkadaşlığı mecburi değildir. Uygulamada HUMK.nun 43/11.maddesi, kaynak kanun olan Neuchatel Kanunu gibi yorumlanarak ""benzer dava nedeni"" bulunması halinde seçimlik (ihtiyari) dava arkadaşlığının söz konusu olacağı ve TTK.nun 342.maddesi gözönünde tutulduğunda müdürler ve diğer çalışanlar hakkındaki davalarda da aradaki bağlantı nedeniyle Ticaret Mahkemesinde birleştirilip görülmesi mümkün olacaktır (HUMK. M.45, IV C.1) Yukarıda açıklanan gerekçelerle direnme karan usul ve kanuna uygun bulunduğundan yerel mahkeme karan onanmalıdır." Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 30.10.2018).

⁶⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, Ticari Temsilci, s. 151 vd.

olacaktır. Bu bağlamda, rekabeti sınırlayıcı uyumlu eylem, anlaşma ve kararlar arasında sayılan münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması faaliyeti ticari temsilci tarafından gerçekleştirilebilir olarak kabul edilebilirken, mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi ticari temsilciden ziyade yönetim kurulunun karara bağlayıp, şirketin finansmanına ilişkin kararlardandır. Bu nedenle de gerçekleştirilen her ihlal tipi bakımından hem somut olayda ticari temsilciye verilen yetki kapsamı hem de ihlalin türü bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılarak madde kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

4. Ticari Vekil

Yönetici kavramının kapsamına dahil olup olmadığının incelenmesi gerekli son grup ise ticari vekildir. Ticari vekil, ticari temsilciden sonra en geniş yetkiyi haiz bağımlı tacir yardımcısıdır. Ticari vekil ise TBK'nın 551'inci maddesinde tanımlanmış ve yetki kapsamı belirlenmiştir. Düzenleme uyarınca, ticari işletmenin sahibi tarafından atanan ve işletmenin yönetilmesini yahut işletmeye ilişkin olan bazı işlemleri gerçekleştirmek maksadı ile atanan kişi olarak tanımlanmıştır. Ticari vekilin yetki kapsamı ticari temsilciden daha dar olduğu kanunun ifadesinde açıkça belirtilmiştir. Ticari vekilin yetkisi işletmenin olağan işlerini gerçekleştirmek ile sınırlıdır. Bu nedenle de ticari vekilin kambiyo taahhüdünde bulunması yahut dava açabilmesi için açıkça yetkilendirilmiş olması gereklidir. Aynı şekilde ticari vekilin ödünç olarak para alabilmesi için de özel olarak yetkilendirilmesi gereklidir. Bu noktada ticari vekilin yönetici kavramının kapsamı içerisinde olup olmadığı bakımından dikkat edilmesi gerekli olan bir husus mevcuttur. Bir diğer ifade ile ticari temsilciye ticari vekilde olduğu gibi doğrudan yönetici kavramının kapsamında olduğunun kabulü mümkün değildir. Zira, ticari vekilin yetkisi ticari temsilciye nazaran daha kısıtlı olduğundan dolayı, somut olayda yetki verilen ticari temsilcinin yetki kapsamına göre yönetici mi yoksa çalışan mı olduğu tespit edilecektir.

B. Çalışan Kavramının Kapsamı

Yönetici kavramının kapsamını belirlerken değindiğimiz gibi, çalışan kavramının kapsamına girmesi ilk muhtemel grup ticari vekillerdir. Daha önce değindiğimiz üzere, ticari vekilin çalışan yahut yönetici grubundan hangisinin kapsamında dahi olacağının somut olayda ticari vekile verilen yetkinin kapsamının incelenerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışan grubunda yer alan diğer bir grup ise pazarlamacıdır. Pazarlamacı ise TBK'nın 448'inci ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda yere alan düzenlemeye göre pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Rekabet Kanunu'nun 16'ıncı maddesinde çalışanların sorumluluğunun doğmasına sebep olan ihlal türleri arasında düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması faaliyetlerinin pazarlamacı tarafından gerçekleştirilmesi mümkün iken, birleşme ve devralma yolu ile ihlale neden olması imkanı bulunmamaktadır. Ticari vekil ve pazarlamacı dışında ise bu grupta yer alması mümkün kimseler, işçi, memur ve usta gibi çalışanlardır⁶⁵⁷. Bu kimseler ise meydana gelen ihlal bakımından her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

IV. İHLALDE BELİRLEYİCİ ETKİSİNİN BULUNMASI KAVRAMI

Rekabet Kanunu'nun 16'ıncı maddesinin 4'üncü fıkrası kapsamında anonim ve limited şirket çalışan ve yöneticilerine ceza verilebilmesi için ihlalde belirleyici etkilerinin bulunması gereklidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yönetim kurulunun birden fazla üyeden oluştuğu durumlarda ihlalde belirleyici bulunması kavramı çok önemlidir. Ne Rekabet Kanunu'nda ne de Kanuna uyumlu olarak çıkarılan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'te belirleyici

⁶⁵⁷ Ateş, s. 219, dnot. 472.

etkinin ne olduğu tanımlanmamıştır. Bu noktada ihlalde belirleyici etki kavramını tanımlayabilmek için Rekabet Kurulu kararlarından hareket etmek gerekir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen bir kararda ihlalde belirleyici etki bakımından şu tespitler yapılmıştır; *“Zuhal Daştan’ın çoğu zaman piyasa oyuncularını koordinasyona davet eden, arzın kısılması ile fiyatların arttırılması yönünde telkinler ve öneriler içeren metinleri sektör zarardayken ve panikle yazmış olması, söz konusu metinlerin piyasa üzerinde doğurduğu etkilerin göz ardı edilmesini gerektirmemektedir. Zuhal Daştan’ın kendi düşüncelerim olarak ifade ettiği metinlerin daha önce işbirliği içerisinde fiyatların arttırılmasını başarıyla sağlayan piliç eti pazarı oyuncularını yeniden fiyat arttırmaya veya arzı kısılmaya yönlendirecek yapıda olduğu ve bu nedenle ortaya konan kartelin devamlılığının ve işlerliğinin sağlanmasında belirleyici etkiye sahip olduğu noktasına 3280 varılmıştır. Zuhal Daştan söz konusu öneri ve telkinlerinin diğer teşebbüslerce kabul görmediği yönündeki iddiasını destekleyecek herhangi bir bilgi veya belge sunmamıştır. Ancak söz konusu tekliflerden sonra ortalama satış fiyatlarında artış meydana geldiği teşebbüslerden elde edilen haftalık ortalama satış fiyatlarının karşılaştırılması sonucunda tespit edilmiştir. Bu nedenle Zuhal Daştan’ın teşebbüsler arasında rekabeti azaltmayı amaçlayan birliktelikte belirleyici etkisi olmadığı savunması gerçekçi bulunmamaktadır. Yapılan incelemeler sonucunda, Pak Piliç’in Yönetim Kurulu Başkanı ve Besd-Bir Başkanı Zuhal Daştan’ın piliç eti sektöründeki birlikteliğin oluşmasında ve yürütülmesinde belirleyici bir rolü olduğu anlaşılmıştır⁶⁵⁸.”*

⁶⁵⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-116 (Soruşturma) Karar Sayısı: 09-57/1393-362 Karar Tarihi : 25.11.2009 *“...Zuhal Daştan’ın belirleyici rolü 4240 olduğunu gösteren belgeler ve bu belgelerde yer alan ifadelere aşağıda yer verilmektedir: Belge 1: “... Gelin geç kalmadan geçen sene yaptığımız gibi bu yıl 22.2.2004 pazar gününden itibaren 200.000 TL zam yapalım ve bunu hep beraber uygulayalım. Birbirimize güvenelim. Buna kısmen uymayanlar olsa bile onlar da beş on gün içinde uyacaklardır... Zuhal Daştan” Bu belgeden 22.2.2004 tarihli anlaşma teklifinin Zuhal Daştan’dan geldiği anlaşılmaktadır. Belge 2: “...Sayın Meslektaşlarım. Dün yolladığım mektubuma gelen cevaplar şöyledir. Beypi mektubu ektedir. Öneriyi uygun bulmuştur. Şeker Piliç mektubu ektedir. Öneriyi uygun bulmuştur. CP telefonla görüş bildirmiş ve süratle hep birlikte aynı gün hiç kimseye taviz vermeden hiç kimseye 1 gün dahi tolerans yapmadan omuz omuza vererek kol kola girerek uygulamaya başlanmasını önermiştir. Şen Piliç hep birlikte hareket edildiği takdirde denenebileceğini ancak tutmadığı takdirde geriye dönülebileceğini telefonda belirtti. As piliç, Güncanlar, Marta, Güncanlar Bolu, As Bal teklifi uygun bulduklarını bildirdiler. Bamvit, Erpiliç, Keskinoğlu, Abaloğlu henüz görüş bildirmediler. Kendilerinden haber bekliyorum. Sayın Ali Bor, 200.000 TL yeterli olmayacağını, 2.000.000 boyunsuz pilicin net fiyat önerdi. Ancak sektördeki telefonla görüştüğüm kişiler birinci etapta 200.000 TL uygulanmasını bunun oturmasını müteakip*

Rekabet Kurulu tarafından verilen diğer birçok kararında ise birleşme ve devralmada bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerine ceza verilmiştir⁶⁵⁹. Ancak kurul tarafından bu şekilde bir cezaya hükmedilirken belirleyici etki kavramının içeriği tanımlanmamıştır. Bu noktada kanaatimizce belirleyici etki kavramının ne kanunda ne yönetmelikte ne de kurul kararlarında tanımlanmamasından dolayı TTK'dan hareket etmek gerekir. Kanaatimizce, TTK'da yönetim kurulu üyelerinin hakkında yaptırım uygulanmasına sebep olan koşullar

200.000 TL daha zam yapılabileceğini bildirdiler Her kim hangi fiyattan bugün bütün pilicini satıyor ise o fiyatına 200.000 TL zam uygulamaya 22.2.2004 pazar günü başlaması benim önerimin esasını teşkil ediyor...” Saygılarımla Zuhal Daştan.” Ekinde Banvit, Keskinoglu, Abaloğlu, CP Piliç, Karagüp ve Erpiliç'e faks çekildiğini gösteren kayıtlar yer alan bu belgeden, Zuhal Daştan'ın piliç eti pazarındaki birlikteliği koordine ettiği anlaşılmaktadır. Belge 4: “... Acaba bir toplantı yapsak da herkes kapasitesi oranında donmuş pilici yurt dışına düşük fiyat ile ihraç etmeyi taahhüt etse de dengeleri optimum düzeyde tutsak nasıl olur? Bunu başarabilir miyiz yoksa eskiden olduğu gibi sen ver ben vermem, ben büyümedim sen çok büyüdün kavgaları ile bir günümüzü boş yere geçirmiş olur muyuz? Bu konunun 10 lider kuruluş yöneticileri arasında gizli tutulması sektörde bu konuya katılım yapamayacak olanların iştahının açmaması bakımından önemlidir. Bu konunun ele alınmasının dahi piyasada duyulmaması gerektiğinden gizli tutulmasını sizlerden rica ederim ...Zuhal Daştan” Bu belgeden Zuhal Daştan'ın piliç eti pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüsleri piliç eti arzını kısımları için teşvik ettiği anlaşılmaktadır. Belge 5: “... Mademki herkes malını iyi kötü satıyor gelin 300.000 TL zam yapalım. Her kim malını kaçta satıyor ise 5 Temmuz'dan itibaren eski fiyatın üzerine 300.000 TL ilave etsin. Tutar mı? Tutar. Geçen sene nasıl tuttu ise bu sene de tutar. Bu millet bundan daha ucuz ne eti yiyecek ki? ... Gelin el birliği ile 300.000 TL zam yapalım ve sektörü kurtaralım. Bu konudaki değerli görüşlerinizi ama yazılı ama şifahi olarak bildirmenizi rica eder, bilvesile hepinize sağlık ve huzur dolu günler dilerim. Zuhal Daştan” Mevcut soruşturma kapsamında yukarıda yer verilen belgeler incelendiğinde, Zuhal Daştan'ın girişimlerinin, piliç eti piyasasındaki teşebbüsleri işbirliği içerisinde fiyatları arttırmaya veya arzı kısımaya yönlendirecek yapıda olduğu ve bu nedenle Zuhal Daştan'ın ortaya konan kartelin devamlılığının ve işlerliğinin sağlanmasında belirleyici etkiye sahip olduğu noktasına varılmıştır. Piliç eti üreticileri arasındaki zaman zaman gerçekleştirilen birlikteliğin 2003 yılında başladığı, bu birlikteliğin aktif olduğu en son tarihin -18.6.2008- söz konusu Kanun değişikliğinin sonrasına denk geldiği göz önüne alındığında, Zuhal Daştan'ın 2008 yılı öncesindeki eylemlerinin “belirleyici etki” kapsamında değerlendirilmesinde bir sakınca görülmemekle birlikte 4054 sayılı Kanun'daki değişikliğin yürürlüğe girdiği tarih olan 8.2.2008'den sonraki 4450 belgelerin tek başına değerlendirilmesi durumunda bile Zuhal Daştan'ın bu birlikteliğin oluşmasında “belirleyici etkisinin” olduğu tespit edilmektedir. Piliç eti pazarında son 5 yıl içinde pek çok dışsal kaynaklı şok yaşandığı göz önüne alınarak, bu teşebbüsler için belirlenmesi gereken temel para cezası oranında Para Cezaları Yönetmeliğinin 7. maddesi uyarınca beşte üç (%60) oranında indirimle gidilmiştir. Para Cezası Yönetmeliği uyarınca tüm bu ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların dikkate alınmasıyla rekabeti azaltmak için 2003-2008 yılları arasında zaman zaman oluşturulan birlikteliğe dâhil olan Abaloğlu, Banvit, Beypiliç, CP Piliç, Erpiliç, Keskinoglu, Şeker Piliç, Şenpiliç ve Pak Piliç için para cezası oranının % 0,8 olarak belirlenmesi gerektiği; ayrıca aynı yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca ihlalde belirleyici etkisi olduğu tespit edilen Pak Piliç Yönetim Kurulu Başkanı ve Besd- Bir Başkanı olan Zuhal Daştan'a Pak Piliç'e verilen para cezasının % 3'ü oranında para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Pak Tavuk Gıda San. ve Tic. A.Ş. 'nin Yönetim Kurulu Başkanı ve Beyaz Et Sanayicileri ve Damızlıkçılar Birliği Derneği Başkanı Zuhal DAŞTAN'ın 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca; ihlalin oluşmasında belirleyici etkisi olması nedeniyle Pak Tavuk Gıda San. ve Tic. A.Ş. 'ye verilen cezanın takdiren %3'ü oranında olmak üzere TL idari para cezası ile cezalandırılmasına OYÇOKLUĞU ile...” Bu karar için bkz. www.kazanci.com (Son Erişim: 30.10.2018).

⁶⁵⁹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-2-68 (Devralma) Karar Sayısı: 03-69/831-361 Karar Tarihi : 23.10.2003,

arasında yer alan kusur ve nedensellik bağının, Rekabet Kanunu'nda yer alan ihlalde belirleyici etkisi olma kavramının içeriğinin belirlenirken yararlanılması gerekir.

A. Kusur

1. Kusurun Tanımı

Birçok ülkenin hukuk sisteminde olduğu gibi hem TBK'da hem de TTK'da sözleşme sorumluluğu ve de haksız fiil sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğu benimsenmiş olup kusursuz sorumluluk ancak istisnai haller bakımından istisnai olarak düzenlenmiştir⁶⁶⁰. Kusurun tanımı ne TBK'da ne de TTK'da yapılmıştır. Kusur kanunda bir davranış biçiminin kınanması bir diğer ifade ile fail hakkında yürütülen bir değer yargısı şeklinde tanımlanabilir⁶⁶¹. Bu durumda kasıt ve ihmal olarak kusur sorumluluğu bakımından iki durum belirlenmekte ve bu hallerde sorumluluk bakımından fark olmamakla birlikte tazminat miktarının belirlenmesinde kast veya ihmal önem arz etmektedir. Fiilin kasten işlenmesi halinde hukuk normu tarafından korunan menfaat bilerek ve istenerek ihlal edilmektedir⁶⁶². İhmalde ise hukuk normunun koruduğu menfaatin ihlali istenmemiş olmakla birlikte, öngörülebilme ve somut olayda alınması gereken tedbirler alınmayarak ve yeterli dikkat ve özen gösterilmeyerek zarara sebebiyet verilmektedir. İhmal durumunda eğer fail hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiili işlerken, böyle bir durumla karşılaşan herkesin göstereceği dikkati ve özeni göstermemişse bu durum ağır ihmal olarak tanımlanır⁶⁶³. Hafif ihmal durumunda ise, fail hukuka aykırı fiili işlerken böyle bir fiili işleyen herkesin değil, ancak dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkati ve özeni göstermemektedir⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 310; Çamurcu, s. 68. Kusursuz sorumluluk hakkında bilgi için bkz. Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

⁶⁶¹ Kaneti, s. 40; Eren, s. 529; Feyzioğlu, s. 476; Özsunay, s. 69; Oğuzman ve Öz, s. 526; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 311.

⁶⁶² Eren, s. 557; Özsunay, s. 71; Karahasan, Cilt: I, s. 422; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 311.

⁶⁶³ Tandoğan, Mesuliyet, s. 55; Oğuzman ve Öz, s. 529; Özsunay, s. 71; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 312.

⁶⁶⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s. 55; Oğuzman ve Öz, s. 529; Özsunay, s. 71; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 312.

2. TTK’da Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Sorumluluğu Belirlenirken Yararlanılan Kusur Kıtası

Anonim şirketler hukuku bakımından da kanun koyucu TTK’nın 553’üncü maddesinin birinci fıkrasında getirdiği düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için Mülga TTK’da olduğu gibi kusurları ile hareket etmelerini aramış bir diğer ifade ile kusurlu sorumluluk prensibini benimsemiştir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları için kusurlu sorumluluk prensibinin kabul edilmesinin sebebi kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin temelinde yer alan tehlike prensibinin yönetim kurulu üyeleri bakımından söz konusu olmamasıdır. Bunun dışında doktrinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluğun düzenlenmesi halinde yönetim kurulu üyesi sıfatı taşıyan kimse bulmakta zorlanılmasının yanı sıra, yöneticinin de sorumluluk rejimi sebebi ile görevini rahat yerine getiremeyeceği hususları doktrinde ifade edilmektedir⁶⁶⁵.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğunun benimsenmesinin bir sonucu olarak, şirket, pay sahibi yahut alacaklı zarar görmüş olmakla birlikte yönetim kurulu üyesine atfedilecek bir kusur yoksa sorumluluk da söz konusu olmayacaktır⁶⁶⁶. Hal böyle iken, istisnaen TTK’nun 549’uncu ve 550’inci maddelerinde yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur şartı aranmamış ve yönetim kurulu üyesinin kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmiştir⁶⁶⁷.

TTK’nın 553’üncü maddesinde kasıt yahut ihmalden bahsedilmeksizin sadece kusurdan söz edilmesinin eksiklik olmadığı, zira yönetim kurulu üyesinin fiilinin kasıt yahut ihmal olup olmadığı fark etmeksizin sorumlu olacağı doktrinde kabul edilmektedir⁶⁶⁸. Doktrinde yönetim kurulu üyesinin kusurundan dolayı tazminata hükmedilmesi için hafif kusurun dahi yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁹. Burada kusurun oranı sorumluluk bakımından değil tazminat miktarı bakımından önem taşıyacaktır.

⁶⁶⁵ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 310.

⁶⁶⁶ Mimaroglu, s. 27; Atan, s. 20, İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 244; Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklıklar, N. 16-76; Pulaşlı, Şerh, §58-1; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 69; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 312; Çamurcu, s. 69.

⁶⁶⁷ Kendigelen, Tespitler, s. 454-456; Altay, Yetki Devri, s. 263; Çamurcu, s. 70.

⁶⁶⁸ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 312; Çamurcu, s. 70.

⁶⁶⁹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 312; Çamurcu, s. 71.

Anonim şirket yönetim kurulu üyesi, zararı meydana getiren fiili gerçekleştirirken zararın meydana geleceğini bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde kasıtlı davranıştan bahsedilir⁶⁷⁰. Ancak eğer yönetim kurulu üyesi zarara sebep olan fiili gerçekleştirirken fiilin zarara yol açacağını genel hayat deneyimlerine göre veya tedbirli bir yönetici tarafından öngörülebilecek iken öngörmemişse yönetim kurulu üyesinin ihmali davranışından bahsedilir⁶⁷¹. Yönetim kurulu üyesinin ihmali ile, aynı şartlar altında kanunun kişilerden beklediği özen yükümlülüğüne aykırı olan davranış biçimleri anlaşılmalıdır⁶⁷². Yönetim kurulu üyelerinin kusur oranının tespiti yapılırken TTK'nın 369'uncu maddesinde düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğü göz önüne alınmalı ve yönetim kurulu üyelerinin özen borcu bu madde dikkate alınarak belirlenmelidir. Hükme göre; *“(1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*

(2) 203 ilâ 205 inci madde hükümleri saklıdır.”

Hükümde yönetim kurulu üyesinin özen borcu tedbirli bir yönetici dikkate alınarak belirlendiği için somut uyuşmazlıktaki yönetim kurulu üyesinin bireysel vasıfları değil, maddede ifade edilen tedbirli yönetici davranış modeli dikkate alınarak kusurlu olup olmadığının belirlenmesi gerekir⁶⁷³. Bu halde kusurun objektifleştirilmesi söz konusudur ve bu durum hem doktrinde hem kanunda hem de Yargıtay kararlarında da ifade edilmiştir⁶⁷⁴.

TTK'nın 369'uncu maddesinin birinci fıkrasının gerekçesine göre; *“Göndermelerden oluşan, bu sebeple “görsel” olmaması bir yana karmaşaya da yolaçan ve öğretide şiddetle eleştirilen 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinden tamamen ayrılan 369 uncu madde, özeni, tedbirli bir yönetici ölçüsü ile tanımlamış ve aynı zamanda şirketin menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapmıştır. Hüküm bunun ölçütü olarak dürüstlük kuralını kabul etmiş, ancak şirketler topluluğu ile ilgili 203 ve 205 inci maddelerin istisnaî durumlarını dikkate almıştır. Hükümün bir*

⁶⁷⁰ Eren, s. 557; Özsunay, s. 71; Karahasan, Cilt: I, s. 422; Oğuzman ve Öz, s. 54; Altay, Yetki Devri, s. 264; Çamurcu, s. 71.

⁶⁷¹ Altay, Yetki Devri, s. 264; Çamurcu, s. 71.

⁶⁷² Eren, s. 576; Oğuzman ve Öz, s. 55; Çamurcu, s. 71.

⁶⁷³ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 315; Çamurcu, s. 72.

⁶⁷⁴ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 314; Çamurcu, s. 73.

yeniliği de, çağdaş düzenlemelere uygun olarak, üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinesinin açıkça belirtilmiş olmasıdır. Böylece, ispat yükü aksini iddia edenlere aittir.

Özen yükümü yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Yöneticilerin ayrıca zikredilmeleri, yönetim hakkının 367 nci maddeye göre devri halinde özellikle önem taşımaktadır.

6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde göndermeler sonunda varılan nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) özen ölçüleri açık değildir. 6762 sayılı Kanun sistemi çeşitli yorumlara ve tartışmalara yol açtığı için terk edilmiştir. Anılan ölçünün terk edilmesinin bir diğer sebebi de 6762 sayılı Kanunun kabul ettiği ölçünün işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olmasıdır. Ücret alan yönetim kurulu üyesinde “iş”in gerektirdiği özen bunun kanıtıdır. Böyle bir ölçü, bir çelik üretim şirketinde yönetim kurulu üyelerinin yüksek teknik bilgiyi haiz olmalarının şart olduğu yorumlamasına hak kazandırabilir. İşletme konusuna bağlanan özen, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özeni ya tamamen tartışma dışı bırakır ya da dolayısıyla ve güçlkle kapsar. Ücret almayan üyenin özen borcu ise içerikten ve sınırdan yoksundur. Oysa “tedbirli yönetici” ölçüsü bütün yukarıda anılanları ve yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içerir. Bu sebeple, hükümdeki özen 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde öngörülenden daha da geniş ve amaca daha uygundur. İşin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz. “Nesnellik” ile, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır. “Tedbirli yönetici” terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz. Nitekim, 553 üncü maddenin üçüncü fıkrası hükmü söz konusu sınırı çizmekte, 557 nci madde de özenin kişi temelinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Nesnellikte, *diligentia quam in suis* yeterli olamaz, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır. Tasarı hükmünde 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde öngörülmüş

bulunan basiret ölçüsüne yer verilmemiştir. Hatta basiretli işadami ölçüsünden uzak durulmuştur. Çünkü, Yargıtay kararları basiretli işadami ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlamıştır. Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adaletsiz sonuçlar doğurabilirdi.

Tedbirli yönetici ölçüsü basiretli işadami kavramından farklı olup, bu ölçüye, Alm. POK 93 üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü, ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir.

Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadami kararı” (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.

Birinci fıkra da yer alan, şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine ilişkin temel özen kuralı 6762 sayılı Kanunda açık olarak öngörülmemiştir. Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim paysahibinin veya paysahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar.”

Madde hükmü ve gerekçe birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun belirlenmesinde bir objektifleştirme yapmış olmakla birlikte, tedbirli yönetici kavramı kusurun belirlenmesinde alt sınırı oluşturacaktır. Bu bağlamda somut olaydaki yöneticinin kişisel özellikleri ve mesleki becerileri tedbirli yöneticiden daha iyi ise, bu halde kusurun objeleştirilmesi değil, somut olaydaki sübjektif kıstaslara göre kusur belirlenecektir⁶⁷⁵.

Şirketin işletmensin hacmi ve malvarlığının büyüklüğü arttığında özen ölçüsünün derecesi daha da artacağından, anonim şirketin işletme konusu ve iş hacmi özenin belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlerdendir⁶⁷⁶. İş yoğunluğunun bu denli yüksek olduğu şirketlerde anonim şirket yönetim kurulu üyesi mesleki yahut kişisel bilgisinin yetersiz olduğunu iddia ederek görevini ifa etmekten kaçınamayacağından dolayı bu noktada yönetim kurulu üyesinin görevini ifa ederken konusunda uzman bir kimseden yardım alması halinde özen yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilir⁶⁷⁷. TTK'da objektifleştirilmiş kusur ilkesi kabul edildiğinden, sorumluluğu gündeme gelen yönetim kurulu üyesi kendi işinde göstermesi gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz⁶⁷⁸.

Sorumluluk arttığında özen ölçüsünün derecesi daha da artacağından dolayı anonim şirketin işletme konusu ve iş hacmi özenin belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlerdendir⁶⁷⁹. İş yoğunluğunun bu denli yüksek olduğu şirketler anonim şirket yönetim kurulu üyesi mesleki yahut kişisel bilgisinin yetersiz olduğunu iddia ederek görevini ifa etmekten kaçınamayacağından dolayı bu noktada yönetim kurulu üyesi görevini ifa ederken konusunda uzman bir kimseden yardım alması halinde özen yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilir⁶⁸⁰. TTK'da objektifleştirilmiş kusurun kabul edilmesi sebebi ile sorumluluğu gündeme gelen yönetim kurulu üyesi kendi işinde göstermesi gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmamaktadır⁶⁸¹. Bu noktada belirtilen açıklamalar doğrultusunda Rekabet Kanunu'na göre özellikle yöneticiler bakımından uygulanacak para cezalarında uygulanacak esasların içeriğinin TTK'da yer alan sorumluluk hükümleri

⁶⁷⁵ Kaneti, s. 75; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 315; Çamurcu, s. 73.

⁶⁷⁶ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 316.

⁶⁷⁷ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 316; Çamurcu, s. 74.

⁶⁷⁸ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 317; Çamurcu, s. 74.

⁶⁷⁹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 316.

⁶⁸⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 316; Çamurcu, s. 74.

⁶⁸¹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 317; Çamurcu, s. 74.

dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle de ihlalde belirleyici etki kavramı değerlendirilirken özen yükümlülüğü muhakkak nazara alınmalıdır.

B. İlliyet Bağı

1. İlliyet Bağının Özellikleri

İlliyet bağı hukuki sorumluluğun tüm türleri bakımından sorumluluğun doğması için temel şarttır⁶⁸². Hukuki sorumluluğa gidilebilmesi için sorumluluk şartlarından bazılarının varlığı kimi zaman aranmasa da, illiyet bağı tüm sorumluluk türleri bakımından olmazsa olmaz şart olarak aranmaktadır⁶⁸³. Bu kapsamda örneğin kusursuz sorumluluk halinde kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur, zorunluluk halinde hukuka aykırılık aranmazken sorumluluğun türünün kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, sözleşme dışı sorumluluk yahut sözleşme sorumluluğu olması fark etmeksizin illiyet bağı muhakkak aranır⁶⁸⁴.

İlliyet bağı meydana gelen zarar ile eylem arasındaki bağ, bir diğer ifade ile zararın eylemin sonucu olarak gerçekleşmiş olması demektir⁶⁸⁵. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesi bakımından yaptırım uygulanabilmesi için zarar aranmadığından dolayı burada illiyet bağının hangi noktada gerçekleşeceğinin tespiti gerekir. Kanaatimizce, burada anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ihlalde belirleyici etkisinin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken de bu kişilerin fiilleri ile ortaya çıkan ihlal arasında illiyet bağının varlığı şarttır⁶⁸⁶. Bir diğer ifade ile yönetici yahut çalışan tarafından yapılan davranış, Rekabet Kanunu bakımından yasaklanan davranışı gerçekleştirmeye uygun olmalıdır. İlliyet bağının varlığının kabulü bakımından sebep - sonuç ilişkisinin yani tabii illiyet bağının varlığı gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Bu bağlamda şirket tarafından gerçekleştirilen davranış ile yönetici yahut çalışanın davranışı arasında illiyet bağının

⁶⁸² Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 61; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 306; Çamurcu, s. 63.

⁶⁸³ Altay, Yetki Devri, s. 274; Tekinay, Burcuoğlu ve Altop, s. 567; Oğuzman ve Öz, s. Sayı: 43; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 301; Eren, s. 536; Çamurcu, s. 63.

⁶⁸⁴ Altay, Yetki Devri, s. 274; Eren, s. 536; Doğan, s. 256; Çamurcu, s. 63.

⁶⁸⁵ Tekinay, Burcuoğlu ve Altop, s. 567; Oğuzman ve Öz, s. Sayı: 43; Eren, s. 536; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 306; Çamurcu, s. 63.

⁶⁸⁶ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, N. 16-131; Altay, Yetki Devri, s. 274; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 308; Çamurcu, s. 64.

varlığını kabul edebilmek için yönetici yahut çalışan tarafından gerçekleştirilen davranışın kanunda yasaklanan faaliyetin uygun sebebi olması, bir diğer ifade ile fiilin hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre ortaya çıkan ihlale sebep olması gerekir⁶⁸⁷. Bu noktada illiyet bağının varlığının kabul edilebilmesi için ortaya çıkan yasaklı faaliyete ilişkin davranışta bulunan yönetici yahut çalışanın gerçekleştirdiği davranışın sonucunu öngörmüş olduğu aranmaksızın, sonuca objektif olarak bakıldığında gerçekleştirilen davranış hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre kanunda yasaklı faaliyeti meydana getirmeye elverişli ise bu halde illiyet bağının varlığı kabul edilir⁶⁸⁸.

Bazı hallerde zararı meydana getiren birden fazla davranış mevcuttur. Bu durum sebeplerin çokluğu olarak tanımlanır ve bu halde kanunda yasaklanan davranışları meydana getirmeye uygun birden fazla davranış biraraya gelerek zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunur⁶⁸⁹. Sebeplerin çokluğu halinde, eğer sebepler tek başına kanunda yasaklanan davranışları meydana getirmeye elverişli olmayıp, ancak sebepler bir araya geldiğinde kanunda yasaklanan davranış meydana geliyorsa bu durum ortak illiyet olarak ifade edilir⁶⁹⁰. Bu durumda ilke olarak her bir sebebi oluşturanlar müteselsilen sorumlu ise de, zarar görenin ortak kusuru tazminat miktarında indirim sebebi olabilir ve zarar verenler arasındaki rücu ilişkisi bakımından her birinin zararın meydana gelmesine katkısı ölçüsünde zarardan sorumlu olduğu miktarın ayrı ayrı belirlenmesi söz konusu olabilir. Bu arada özellikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenleme de önemli rol oynar. Yarışan illiyette ise zararı meydana getiren fiil tek başına zararı meydana getirmeye elverişli iken, birden fazla zararı meydana getirmeye elverişli fiil biraraya gelerek zararın oluşumuna sebep olmuştur ve bu halde tüm failler zarardan müteselsilen sorumlu olurlar⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ Tandoğan, Mesuliyet, s. 76; Tekinay, Burcuoğlu ve Altop, s. 573; Eren, s. 541; Altay, Yönetim Kurulu, s. 198; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 63; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 308; Çamurcu, s. 64.

⁶⁸⁸ Eren, s. 546; Oğuzman ve Öz, s. 50; Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 63; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 307; Çamurcu, s. 64.

⁶⁸⁹ Akdağ Güney, Hukuki Sorumluluk, s. 64; Eren, s. 546; Oğuzman ve Öz, s. 50; Çamurcu, s. 65.

⁶⁹⁰ Eren, s. 546; Oğuzman ve Öz, s. 50; Çamurcu, s. 65.

⁶⁹¹ Eren, s. 548; Oğuzman ve Öz, s. 50; Çamurcu, s. 66.

2. İlliyet Bağı'nın Kesilmesi

Hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre zararlı sonucu meydana getirebilecek ilk fiilin gerçekleşmesinin ardından, yine zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli başka bir sebebin gerçekleşmesi sebebi ile ilk fiil etkisini yitirip, ikinci fiil nedeni ile zarar gerçekleşmiş ise bu durumda ilk fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı kesilmiş olur⁶⁹². Bu halde ilk fiili gerçekleştiren kimse bakımından uygun nedensellik bağı kesildiğinden dolayı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. İlliyet bağı'nı kesen sebepler arasında zarar görenin rızası veya ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep yer alır.

İlliyet bağı'nın kesilmesi hallerini Rekabet Kanunu'nda yer alan ihlal türleri bakımından değerlendirdiğimizde ise kanaatimizce mücbir sebebin Rekabet Kanunu'nda düzenlenen ihlal türleri bakımından geçerli olması imkanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yönetici ve çalışanın ihlalde belirleyici etkisi belirlenirken özellikle zarar görenin yani şirketin rızası yahut ağır kusuru illiyet bağı'nı kesen haller içerisinde yer alması mümkündür. Aynı şekilde yönetici ve çalışanların belirleyici etkisinin tespitinde üçüncü kişinin kusuru da illiyet bağı'nı kesen sebepler arasında yer alabilir.

V. YAPTIRIM, YÖNETİCİ VE ÇALIŞANLARA CEZA VERİLİRKEN DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR VE ZAMANAŞIMI

A. Yaptırım

Rekabetin Kanunu'nun 16'ncı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, ihlallerde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışanlara ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verilir. Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ceza verilmeyebilir veya verilecek cezalarda indirim yapılabilir. Yönetici ve çalışanlara uygulanacak yaptırımın koşulları incelendikten sonra, söz konusu yaptırımın

⁶⁹² Eren, s. 556; Oğuzman ve Öz, s. 46; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 309; Çamurcu, s. 67.

belirlenme kıstaslarına da değinilmesi gereklidir. Yönetici ve çalışanlara uygulanacak olan yaptırımın miktarı tayin edilirken dikkate alınan hususlardan ilki yönetici yahut çalışanın Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapıp yapmadığı hususudur. Aktif işbirliği dikkate alınarak verilecek cezanın belirlenmesinde ise işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınacaktır. Bu kısımda belirtilen kavramlara ayrıntılı olarak değineceğiz.

B. Yönetici ve Çalışanlara Uygulanacak Yaptırımda İndirim Sebepleri

1. Genel Olarak

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 8'inci maddesinde yöneticilere ve çalışanlara ceza verilirken dikkat edilmesi gerekli olan hususlar detaylı olarak düzenlenmiştir⁶⁹³. Yönetmeliğin 8'inci maddesinde yer alan hüküm uyarınca, yönetici ve çalışanlara ceza verilirken dikkate alınması gereken hususlar şunlardır; Kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yönetici ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda para cezası verilir. İkinci fıkra uyarınca ise kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan yönetici ve çalışanlara Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri kapsamında ceza verilmez veya indirim yapılır.

2. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)'de Yer Alan Düzenlemeler

Rekabet Kanunu'nun 16. maddesinin altıncı fıkrasında, Rekabet Kanununa aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapanlara,

⁶⁹³ Rekabet Kurulu tarafından 2014 yılında hazırlanan taslakta yönetici ve çalışanlara ceza verilirken dikkat edilecek hususlara ilişkin düzenleme 8'inci maddede şu şekilde düzenlenmiştir; "(1) Koordinasyon, organizasyon, teşvik ve ikna gibi eylemlerle ihlalin oluşmasında veya uygulanmasında aktif rol oynayan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, ihlaldeki rolü ve mali durumu gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir."

işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle 16'ncı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen cezaların verilmeyebileceği veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. İşbirliğine ilişkin düzenlemelerin ise Kanunun 16. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı yönetmeliklerle işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu noktada da Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 27'inci maddesinde kendisine verilen Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi ile Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (*Pişmanlık Yönetmeliği*)'ini çıkarmış ve tebliğ 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğe ek olarak Kurul ayrıca 17.04.2013 tarihinde 13-23/325-RM(2) karar sayısı ile Pişmanlık Yönetmeliğin uygulanması ile ilgili olarak Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Açıklanmasına İlişkin Kılavuz yayımlanmıştır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir husus, yönetmeliğin kapsamına ilişkindir. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin kapsamı yalnızca kartellerin ortaya çıkarılması hali için geçerli olup, başka ihlal halleri bu yönetmeliğin kapsamı dahilinde bulunmamaktadır⁶⁹⁴.

Kartel kavramı Pişmanlık Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinin c bendinde şu şekilde tanımlanmıştır; *“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 eylemleri”* ifade eder.

⁶⁹⁴ Aslan, Rekabet, s. 298. Aksi yönde bkz. Harun Gündüz, **Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları**, Ankara 2013, s. 37. Yazara göre; “Kanunun 16. maddesinin altıncı fıkrasında, aktif işbirliği halinde bağışıklık tanınması veya indirim yapılması noktasında ihlaller arasında herhangi bir ayırım yapılmamış olmasıdır. Dolayısıyla karteller haricindeki ihlaller bakımından da bağışıklık tanınması veya indirim yapılması mümkün görünmektedir.”

a. Aktif İşbirliğinin Tanımı, Amacı ve Kapsamı

Aktif işbirliği kavramının tanımı ne kanunda ne yönetmelikte ne de kılavuzda yapılmıştır. Aktif işbirliğinin düzenlenme amacı, pişmanlık yönetmeliğinin birinci maddesinde Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yasaklanan faaliyetler arasında sayılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bir diğer ifade ile kartellerin ortaya çıkarılmasını sağlamak olarak ifade edilmiştir. Aynı maddede yönetmeliğin düzenleme konusu, kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapan teşebbüsler ile teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına, Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinde belirtilen para cezalarının verilmemesine veya verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olarak belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 4, 5 ve 6'ncı maddelerinden oluşan ikinci bölümünde temel olarak teşebbüslere para cezası verilmemesi veya verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş; teşebbüslerin başvuru yapması halinde, başvuruda bulunan teşebbüslerin ihlalin varlığını kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan tüm yönetici ve çalışanlarının da kural olarak Yönetmelikten yararlanabilecekleri öngörülmüştür. Dolayısıyla teşebbüslerin, bağışlıktan veya indirimden yararlanabilecek yönetici ve çalışanların listesini sunmaları gibi uygulamalara gerek bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, eski yönetici ve çalışanların da, teşebbüslerin yaptıkları başvurulardan yararlanmalarının önünde bir engel yoktur. Yönetmeliğin 7, 8 ve 9'uncu maddelerinden oluşan üçüncü bölümü ise, ihlalde belirleyici etkisi saptandığı için teşebbüs veya teşebbüs birliklerine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası uygulanabilecek yönetici ve çalışanlara, para cezası verilmemesi veya verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin usul ve esaslar hakkındadır. Pişmanlık Yönetmeliği'nin büyük ölçüde ikinci bölümündekine paralel hükümler içeren bu bölümünde, eski veya mevcut yönetici ve çalışanların, yöneticisi veya çalışanı olduğu teşebbüsten bağımsız olarak başvuruda bulunma durumu düzenlenmiştir.

b. Aktif İşbirliği Halleri

Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesi kapsamında aktif işbirliğinin uygulanabilmesi yönetmelik ve kılavuzda çeşitli koşullara tâbi kılınmıştır. Aktif işbirliğinin uygulanması ile birlikte organ yönetici ile diğer yönetici ve çalışanlarına verilecek cezada indirim yapılması veya hiç ceza verilmemesi mümkündür. Düzenlemede çeşitli ölçütler kullanılarak her iki olasılıkta farklı ölçütler getirilerek idare tarafından verilecek para cezasının eşitlik ilkesine ve hukuk güvenliğine uygun olması sağlanmaya çalışılmıştır⁶⁹⁵. Bu nedenle her iki durumun koşullarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

aa. Para Cezası Verilmeme Durumu

Para cezası verilmeme haline ilişkin detaylı düzenleme Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 7'inci maddesinde düzenlenmiştir. Pişmanlık Yönetmeliği'nin 7'inci maddesinin birinci fıkrasında, Rekabet Kurulu'nun önaraştırma yapmaya karar vermesinden önce, kartele taraf olan teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarından bağımsız bir şekilde, Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk yönetici veya çalışana para cezası verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu halde Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaya yetecek delile sahip olsa dahi önaraştırma yapılmasına karar verilmesinden önce başvuru yapan ilk yönetici veya çalışana, Yönetmeliğin 9'uncu maddesindeki koşulların yerine getirilmesi kaydıyla ceza vermeyecektir. Belirtilen düzenlemede bağışıklık veya indirimden yararlanmak için başvurusu sırasına önem verilerek kanun hükmü düzenlenmiş ve başvuru sırasına verilen önemin işbirliği yarışına teşvik ettiği ve programın maliyetinin sınırlandırılması bakımından zorunlu olduğu vurgulanmıştır⁶⁹⁶.

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4'üncü ve 7'inci maddelerinin birinci fıkrasında yerinde inceleme yapmaya yetecek bilgi ve belge sunulması şeklinde bir koşula da

⁶⁹⁵ Kaya, s. 56.

⁶⁹⁶ Kocaer, Şenol, *Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması*, s. 71, Ankara, 2005.

yer verilmemiş; “Yönetmeliğin 6. veya 9. maddesinde belirlenen bilgi ve belgelerin sunulması” yeterli olarak kabul edilmiştir. Yönetmeliğin 9’uncu maddesinde istenen bilgi ve belgeler; başvuru konusu kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, kartele taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan bilgi ve belgelerdir.

Diğer bir durum ise Pişmanlık Yönetmeliğinin 7’inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan düzenlemedir. Bu durumda ise Rekabet Kurulu’nun önaraştırma yapmaya karar vermesinden sonra yapılacak başvurulara para cezasından bağışıklık sağlama imkanı getirmiştir. Bu düzenleme kapsamında para cezası verilmemesi imkanından yararlanılabilmek için öncelikle, Rekabet Kurulu’nun önaraştırma kararından önce yapılmış bir başvurunun bulunmaması gerekir. Çünkü bu şekilde bir başvuru olduğu takdirde yalnızca o başvurunun sahibinin bağışıklıktan yararlanması söz konusu olacaktır. İkinci koşul, başvuruda bulunan ilk teşebbüsün (ve bu teşebbüsün yönetici ve çalışanlarının) ya da teşebbüsten bağımsız başvuruda bulunan ilk yönetici veya çalışanın önaraştırma kararından soruşturma raporunun tebliğine kadar geçen zaman diliminde 9’uncu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri sunmasıdır. Bu durumda ikinci sırada ve devamında başvuranlar bağışıklıktan yararlanamayacaktır. Üçüncü koşul, Rekabet Kurumu’nun elinde Rekabet Kanunu’nun 4’üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak delillerin bulunmamasıdır. Bu koşul, önaraştırma yapmaya karar verilmesinden önce yapılan başvurulardan farklıdır. Burada Rekabet Kurulu’na bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, Rekabet Kurulu’nun önaraştırma yapmaya karar verdiği veya önaraştırmanın başladığı ilk dönemlerde başvuruda bulunanlara cezalardan bağışıklık sağlanması olasılığının, ilerleyen dönemlerde yapılacak başvurulara kıyasla daha yüksek olduğu Kılavuz’da belirtilmiştir.

bb. Para Cezalarında İndirim Yapılması Hali

Pişmanlık Yönetmeliğinde yönetici ve çalışanlara verilecek para cezalarında indirim yapılmasını öngören haller, Yönetmeliğin 8’inci maddesinde düzenlenmiştir. Pişmanlık Yönetmeliğinin 8’inci maddesinde iki grup cezadan indirim hali düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, bir kartele ilişkin olarak Pişmanlık Yönetmeliği

çerçevesinde başvuruyu, ön araştırma kararından sonra ilk sırada yapmış olmakla birlikte Rekabet Kurumu'nun elinde Kanunun 4'üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak deliller bulunduğu için bağışıklıktan yararlanamayanlar yer almaktadır. Bu halde Rekabet Kurulu, Pişmanlık Yönetmeliğinin 7'inci maddesinin ikinci fıkrasından yararlanmak üzere yönetici yahut çalışan tarafından yapılan başvurularda öncelikle bağışıklık değerlendirmesi yapacak ancak kendisinde Kanunun 4'üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak deliller mevcut bulunması sebebi ile bağışıklık sağlanamayacağı sonucuna ulaşırsa, yapılan başvuruyu Yönetmeliğin 8'inci maddesi kapsamında cezada indirim talebi olarak ele alacaktır. Bu noktada Rekabet Kurulu kendisine Yönetmeliğin 7'inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan başvuruyu reddederken bu başvurunun 8'inci madde kapsamında incelenmesini istemediği takdirde bunun gerekçesini de kararında açıkça belirtmesi gerekmektedir. İkinci grupta ise, bir kartele ilişkin olarak Pişmanlık Yönetmeliği çerçevesinde başvuruyu ilk sırada yapmayanlar yer almakta olup, kartele ilişkin olarak Yönetmelik kapsamında başvuruyu ilk sırada yaptığı için 7'inci madde çerçevesinde bağışıklıktan yararlanma imkanından yararlanan yönetici veya çalışanın ardından aynı kartele ilişkin olarak Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden önce ya da sonra başvuru yapanlar, başvuru sıralarına göre para cezasından indirim hakkı kazananlar yer almaktadır. Belirtilen düzenlemede bağışıklık veya indirimden yararlanmak için başvuru sırasına önem verilmiş ve başvuru sırasına verilen önemin işbirliği yarışına teşvik ettiği ve programın maliyetinin sınırlandırılması bakımından zorunlu olduğu vurgulanmıştır⁶⁹⁷.

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinden yararlanabilmek için, yönetmeliğin 9'uncu maddesinde yer alan düzenleme uyarınca kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, kartele taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan diğer bilgi ve belgelerin Rekabet Kurulu'na sunulması gerekir. Rekabet Kurulu'na yönetici ve çalışan tarafından sunulan delillerin Kurulun elinde mevcut bulunan delillere katkı sağlaması koşulu aranmamıştır. Bu nedenle de Yönetmeliğin 9'uncu maddesindeki koşulların sağlandığı her durumda para cezalarında Kurul tarafından indirim yapılacaktır.

⁶⁹⁷ Kocaer, s. 71.

Pişmanlık Yönetmeliğinin 5'inci maddesinin birinci fıkrasında, teşebbüslerin ihlali kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanları bakımından da indirim oranları belirlenmiştir. Düzenleme uyarınca, madde kapsamındaki ilk teşebbüsün yöneticileri ve çalışanlarına üçte birden, ikinci teşebbüsün yöneticileri ve çalışanlarına dörtte birden, üçüncü ve devamındaki teşebbüslerinkilere ise altıda birden az olmamak kaydıyla indirim yapılabileceği veya ceza verilmeyebileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme Yönetmeliğin teşebbüsten bağımsız olarak başvuruda bulunan teşebbüs yönetici ve çalışanlarına verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin 8'inci maddede yapılan düzenleme ile paralel nitelik taşımaktadır. Pişmanlık Yönetmeliği'nde yapılan bu düzenlemeyle, Rekabet Kanunu'un 16'ıncı maddesi uyarınca teşebbüse verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası uygulanabilecek yönetici ve çalışanlara, ağır olması muhtemel bu cezalardan bağışıklık veya büyük oranda indirimler tanınmaktadır. Bu işbirliği sayesinde Rekabet Kurulu elde edeceği ispat gücü yüksek delillerle, kartele taraf olan teşebbüsler ile bu teşebbüslerin ihlalde belirleyici etkisi bulunan en üst düzey yönetici ve çalışanları ortaya çıkarılacaktır.

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, Rekabet Kurulu'na sunulan deliller neticesinde, başta ihlalin süresinin uzaması olmak üzere herhangi bir nedenle para cezasının artırılması gerekirse, ceza artırımından ilgili delilleri ilk olarak sunan teşebbüsün yönetici ve çalışanları ya da teşebbüsten bağımsız başvuruda bulunan ilk yönetici veya çalışan etkilenmeyecek, ceza artırımını yalnızca kartelin diğer üyeleri aleyhine sonuç doğuracaktır. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (Pişmanlık Yönetmeliği) Açıklanmasına İlişkin Kılavuz'da bu durum şu örnekle açıklamıştır, indirimden yararlanmak için başvuran bir teşebbüsün, yöneticinin veya çalışanın sunduğu bilgi ve belgeler neticesinde kartelin süresinin dört değil de altı yıl olduğu sonucuna ulaşılrısa, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 5. maddesi uyarınca kartel üyesi teşebbüsler için belirlenecek para cezasında yarısı oranında değil bir katı oranında artış yapılacaktır. Ancak bu artıştan bilgi ve belgeyi ilk olarak sunan teşebbüs, yönetici veya çalışan etkilenmeyecek, indirime esas teşkil edecek

cezanın hesaplanma sürecinde para cezası bir katı yerine yarısı oranında artırılabacaktır⁶⁹⁸.

c. Aktif İşbirliğinden Yararlanmanın Koşulları

Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında başvuruda bulunanlara para cezası verilmemesinin yahut verilecek cezalarda indirim yapılmasının koşulları teşebbüsler ve bu teşebbüslerin yönetici ve çalışanları bakımından 6'ncı maddede, teşebbüslerden bağımsız başvuruda bulunan yönetici veya çalışanlar bakımından ise 9'uncu maddede düzenlenmiştir. Her iki maddede belirtilen koşullar birbiri ile paralellik göstermektedir. Rekabet Kurulu koşulların yerine getirilip getirilmediği bakımından yapacağı değerlendirme esnasında başvuranlar lehine yorum ilkesini esas alacaktır⁶⁹⁹.

aa. Kartele Taraf Diğer Teşebbüs, Yönetici ve Çalışanlardan Bağımsız Başvuru

Pişmanlık Yönetmeliğinin 4 ve 7'inci maddelerinin birinci fıkrasında ceza verilmeme haline ilişkin düzenlemede yer alan ve verilecek cezalarda indirim halini düzenleyen Yönetmeliğin 5'inci ve 8'inci maddelerinde de aynen tekrar edilen, rakiplerinden yahut kartele taraf olan diğer teşebbüs, yönetici ve çalışanlardan “bağımsız şekilde” ifadesi sebebi ile kartel üyelerinin birlikte başvuru yaparak Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanabilmeleri mümkün değildir. Bir diğer ifade ile Pişmanlık yönetmeliği kapsamında ceza verilmemeden yahut verilecek cezadan indirim hükmünden yararlanmak üzere kartel üyelerine birlikte müracaatta bulunma imkanı tanınmamıştır. Zira, kartel üyelerine kartelin dağılacağını anladıkları zaman pişmanlık programına topluca başvuruda bulunabilme imkanı tanınmış olduğu takdirde, hem üyeler belli bir süre boyunca kartelden istedikleri faydayı elde etmiş olacaklar, hem de buna rağmen ceza almaktan kurtulacak ya da çok az ceza

⁶⁹⁸ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (Pişmanlık Yönetmeliği) Açıklanmasına İlişkin Kılavuz, s. 8.

⁶⁹⁹ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (Pişmanlık Yönetmeliği) Açıklanmasına İlişkin Kılavuz, s. 9.

alacaklardır. Bu da kartellerin kurulmasını ve sürdürülmesini kolaylaştırma riskini ortaya çıkaracaktır.

bb. Bilgi ve Belge Sunulması

Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak üzere başvuran kimseler Yönetmeliğin 6'ncı ve 9'uncu maddelerin birinci fıkrasının a bendinde yer alan düzenleme gereğince, kartelle ilgili sahip oldukları tüm bilgi ve belgeleri sunmaları gerekir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak isteyen başvuru sahiplerine sahip oldukları bilgi ve belgeleri sunmaları gereken zaman bakımından bir imkan daha tanınmıştır. Yönetmeliğin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinde yer alan düzenleme uyarınca, kartelle ilgili sahip olunan tüm bilgi ve belgeler başvuru esnasında teslim edilebileceği gibi, belirtilen maddelerin ikinci fıkraları uyarınca verilen süre içerisinde de bilgi ve belgeleri tamamlamak üzere başvuru sırası alınması mümkündür.

Kartellere ait olan ve sunulabilecek belgelere örnek olarak, kartelle ilişkili görüşmelerin ispatında kullanılabilecek faturalar, notlar, ajandalar, toplantı tutanakları, iç-dış yazışmalar, seyahat kayıtları, raporlar, çalışma metinleri, tablolar, elektronik kayıtlar, bilgisayar çıktıları, kredi kartı ekstreleri, telefon dökümleri gibi her türlü defter, evrak, bilgi ve sair vasıta sayılabilir. Bunların yanı sıra başvuruda bulunanların, kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, karteğe taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları gibi kartelle ilgili vakıf oldukları tüm bilgileri, yazılı veya Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme uyarınca şifahi olarak sunmaları gerekir. Pişmanlık Yönetmeliğinde, kartelden etkilenen coğrafi bölge ve ticaretin hacmi, karteğe taraf olan diğer teşebbüslerin adresleri, pişmanlık başvurusunda bulunulan veya bulunulması planlanan diğer rekabet otoriteleri gibi bilgiler, başvuruda bulunanın sunması gereken belgeler arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte, bu tür bilgi ve belgeleri Rekabet Kurulu gerekli görürse isteyebilir ve bu halde başvuruda bulunanlar da bunları, vakıf oldukları ölçüde sunmakla yükümlüdürler.

Ayrıca belirtelim ki, Yönetmeliğin ilgili maddeleri uyarınca başvuru esnasında sahip olunan bilgi ve belgeler verildikten sonra soruşturmanın tamamlanmasından Rekabet Kurulunca nihai kararın verileceği tarihe kadar geçen dönemde başvuru sahipleri herhangi bir şekilde yeni bilgi veya belgelere ulaşırsa, bu yeni bilgi ve belgelerin de Kurula sunulması gerekmektedir. Bununla birlikte bu yükümlülük başvuru sahibinin elde edebileceği belgeler ile sınırlıdır⁷⁰⁰.

cc. Bilgi ve Belgelerin Gizlenmemesi veya Ortadan Kaldırılmaması

Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'uncu ve 9'uncu maddelerinin birinci fıkrasının (b) bendinde, başvuru konusu kartelle ilgili bilgi ve belgelerin gizlenmemesi veya ortadan kaldırılmaması koşulu getirilmiştir. Bu düzenlemenin iki yönü bulunduğu ifade edilmektedir. Düzenlemenin ilk yönü, bilgi ve belgelerin gizlenmemesine ilişkin olup, Yönetmeliğin 6'ıncı ve 9'uncu maddelerinin birinci fıkrasının a ve d bentleriyle birlikte değerlendirilerek kartelle ilgili sahip olunan ve sahip olunacak tüm bilgi ve belgelerin Kuruma sunulması yükümlülüğünü pekiştirdiği ifade edilmektedir. Düzenlemenin ikinci yönü ise, belgelerin ortadan kaldırılmamasına ilişkindir. Buna göre, Pişmanlık başvurusunda bulunmaya karar verilmesinden ve bu müracaata ilişkin hazırlıklara başlanmasından sonraki süreçte belgelerin ortadan kaldırılması halinde, (b) bendinde düzenlenen koşul ihlal edilmiş olacaktır.

Bu noktada teşebbüslerin başvuruda bulunmasının ardından teşebbüs yönetici veya çalışanlarının bilgi ve belgeleri gizlemesi veya ortadan kaldırması durumunda ne olacağına da değinilmesi gerekir. Bu halde Rekabet Kurulu, olayın münferit olup olmadığını ve teşebbüse atfedilip atfedilemeyeceğini değerlendirecektir. Yapılan bu değerlendirme neticesinde, eylemi gerçekleştirenin üst düzey yönetici olması, eylemin üst düzey bir yöneticinin iradesiyle gerçekleştirilmesi, teşebbüsün eylemi engellemek için gerekli tedbirleri almaması, eylem öğrenildikten sonra teşebbüsün Kuruma ivedilikle bilgi vermemesi gibi hallerde, bilgi ve belgelerin gizlenmemesi veya ortadan kaldırılmaması koşulunun ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

⁷⁰⁰ Kılavuzda başvuruda bulunacaklara, kartelin diğer üyelerinde veya karteli organize etmek için kurulan paravan şirketlerde bulunan belgeleri sunmak gibi gerçekleştirilmesi kolay olmayan yükümlülükler getirilemeyeceği ifade edilmiştir. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 10.

dd. Kartele Taraf Olunmaya Son Verilmesi

Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin birinci fıkrasının (c) bendinde, görevli birim tarafından kartelin ortaya çıkarılmasını zorlaştıracak gerekçesiyle aksi belirtilmedikçe, başvuru konusu kartele taraf olunmaya son verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte istisnai hallerde pişmanlık başvurusunda bulunanlardan en azından yerinde incelemeler gerçekleştirilene kadar kartele devam etmeleri istenebilir. Bunun nedeni ise Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında başvuruda bulunanların yerinde incelemeler yapılmadan kartel içindeki varlıklarına aniden son vermeleri halinde diğer kartel üyelerinin durumdan şüphelenmesi ve delilleri karartması ihtimalinin varlığıdır. Müracaatta bulunan kimseye Kurum tarafından bu yönde bir talepte bulunulduğu takdirde, başvuruda bulunanların kartelin diğer üyeleriyle gerçekleştirilecek her türlü iletişimi derhal Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimine bildirmesi gerekmektedir.

ee. Başvurunun Gizli Tutulması

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, görevli birim tarafından aksi belirtilmedikçe, başvurunun soruşturma raporunun tebliğine kadar gizli tutulacağı hükmü bağlanmıştır. Bu düzenlemenin getirilmesinin amacı, Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak üzere başvuruda bulunanların, soruşturmayla ilgili incelemeler tamamlanmaksızın başvurularını başta diğer kartel üyeleri olmak üzere kamuoyuna açıklamalarının delillerin karartılmasına sebep olabileceği düşüncesidir. Bu husus kılavuzda açıkça vurgulanmıştır. Düzenleme mutlak olmayıp, görevli birime pişmanlık başvurusu hakkında, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek şekilde, diğer rekabet otoritelerine ve yasal olarak bu bilgiyi sağlamakla yükümlü oldukları kurum, kuruluş ve denetçilere bilgi verilmesi gibi hallerde bu kurala istisnalar tanıma yetkisi verilmiştir.

Teşebbüsün Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında müracaatta bulunduğu hallerde, teşebbüsün yönetici veya çalışanlarının kartelin diğer üyelerini uyarması

durumunda Kurul, bu olayın münferit bir diğer ifade ile teşebbüs yönetici ve çalışanlarına ait olup olmadığını ve teşebbüse atfedilip atfedilemeyeceğini değerlendirecektir. Bu halde kurulun teşebbüsün yönetici veya çalışanlarının kartelin diğer üyelerini uyarmasında bu eylemi gerçekleştirenin üst düzey yönetici olması, eylemin üst düzey bir yöneticinin iradesiyle gerçekleştirilmesi, teşebbüsün eylemi engellemek için gerekli tedbirleri almaması, eylem öğrenildikten sonra Kuruma ivedilikle bilgi verilmemesi gibi hallerde, koşulun ihlal edildiği sonucuna ulaşması mümkündür.

ff. İşbirliğinin Sürdürülmesi

Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin birinci fıkrasının d bendinde, Rekabet Kurulu'nun soruşturmanın tamamlanmasından sonra vereceği nihai karara kadar aktif işbirliğinin sürdürülmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Bu koşul çerçevesinde başvurulardan beklenenler arasında yer alan hususlar olarak kılavuzda şunlar belirtilmiştir;

a) Yönetmeliğin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin birinci fıkrasının a bendinde yer alan düzenleme gereğince, başvurunun ardından herhangi bir şekilde yeni bilgi ve belgelere ulaşırsa bunlar sunulmalıdır.

b) Kurum yetkilerini kullanarak yeni bilgi ve belgelere ulaştığı takdirde, bu yeni bilgi ve belgelerin açıklanması gibi yardım taleplerine cevap verilmelidir.

c) Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında başvuruda bulunan teşebbüs olduğu takdirde, mümkünse eski yönetici ve çalışanları da dahil olmak üzere yönetici ve çalışanlarının açıklamalarına başvurma imkanı sağlamalıdır.

d) Başvurunun ardından, açıkça veya zımnen, başta karteğe taraf olunduğunun inkar edilmesi olmak üzere başvuru sırasında sunulan bilgi ve belgelerle çelişen açıklama yapmaktan kaçınmaları gerekir. Öte yandan bu yükümlülük ilgililerin Kanunda belirlenen usul dairesinde savunma yapmalarına engel değildir. Örneğin para cezalarının daha da indirilmesi amacıyla, hafifletici unsurları ispatlamak ve benzeri yöntemler kullanılarak savunma yapılabilir.

gg. Diğer Teşebbüslerin İhlale Zorlanması Halinde Bağışıklıktan Yararlanılamaması

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin beşinci ve altıncı fıkralarında, başvuruda bulunanın, karteğe taraf olan diğer teşebbüsleri ihlale zorlamış olması halinde bağışıklıktan yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Yönetmelikten yararlanmak üzere başvuruda bulunanlar, kartelin diğer üyelerini ihlale zorlamışlarsa, bağışıklık hakkını kaybetmekte, ancak para cezalarından indirimden yararlanabilmektedir. Kılavuzda diğer teşebbüslerin ihlale zorlandığı sonucuna fiziksel şiddet veya piyasa dışına çıkartma olasılığı çok yüksek olan toplu boykot gibi ağır bir iktisadi baskının ya da bunlara ilişkin tehditlerin sağlam delillerle ortaya konulması halinde ulaşılmasının mümkün iken, karteğe tek başına ya da rakiplerle birlikte liderlik edilmesi, pazardaki en büyük oyuncu olunması, karteğe taraf olunmazsa fiyat savaşına girileceği tehdidinde bulunulması, karlılığı azaltacak şekilde fiyatların indirilmesi veya uzlaşmaya uymayanları cezalandırmak için mekanizmalar kullanılması, ihlale zorlamak şeklinde yorumlanmayacağı ifade edilmiştir⁷⁰¹.

C. Usul

Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'ncı ve 9'uncu maddesinde teşebbüslere ve teşebbüsten bağımsız başvuruda bulunan yönetici veya çalışanlara para cezası verilmemesinin yahut verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin usul kuralları beş başlık altında toplanabilir.

1. Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi, Anonim Bilgi Talepleri, Resmi ve Farazi Başvuru

Pişmanlık Yönetmeliğinin 3'üncü maddesinin a bendine göre; Yönetmeliğin uygulanması için Kurul tarafından görevlendirilen ve Kurum internet sayfasında ilan edilen birim, pişmanlık yönetmeliğini uygulamakla görevlidir. Yönetmeliğin

⁷⁰¹ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 13.

yürürlüğe girmesinden sonra da Rekabet Kurumu, 19.02.2009 tarihinde, Kurum internet sayfasında, Yönetmeliğin uygulanması için Kurul tarafından bir birim oluşturulduğunu ilan etmiş ve bu birime de “Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi” adı verilmiştir.

Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi, diğer görevlerinin yanı sıra, Pişmanlık Yönetmeliğinde belirlenen görevleri yerine getirmekte ve konu hakkında bilgi almak isteyenlere cevap vermektedir. Bilgi alma aracı olarak Kurum internet sayfasında duyurulan telefon, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarından yararlanılması mümkündür. Kılavuzda pişmanlık yönetmeliği kapsamında resmi bir başvuru yapılmadan önce Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak isteyenlerin belirtilen iletişim araçları vasıtası ile Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimiyle irtibat kurmalarında fayda olduğu belirtilmiştir.

Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak isteyen kimselerin, Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi’ne kimliklerini gizleyerek iletişim araçları vasıtası ile bilgi alabileceği belirtilmiştir⁷⁰². Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi tarafından iletişim araçları vasıtası ile kendisine ulaşanlara Kurulun takdir hakkının saklı olduğu belirtilerek, başvuruda bulunması halinde bağışıklıktan veya indirimden yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkin bilgi verilir. Birim tarafından belirtilen bilgilerin verilebilmesi için muhataplar tarafından noktasal yerinde inceleme yapmaya ya da ihlalin varlığını ispata yetecek derecede bilgi ve belge sunulması gerekmemekle birlikte, başvuruda bulunmak isteyenlerin, kartelin konusunu teşkil eden ürün ve pazarla ilgili olarak, konuya ilişkin değerlendirme yapılmasına imkan verecek kadar bilgi sunmaları gerekir. Muhataplar tarafından verilecek bilgi oranı somut olayın şartlarına göre değişecektir.

Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak için yapılan başvurular, ilgili veya temsilcisi tarafından yazılı olarak yapılır. Müracaatta yer alması gereken belgeler ise şunlardır; Kartelle ilgili sahip olunan tüm belgeler, yazılı olarak sahip olunan yahut Pişmanlık Yönetmeliği’nin 6’ncı ve 9’uncu maddelerinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme uyarınca şifahi olarak sunulmak üzere kartelle ilgili sahip olunan tüm bilgiler, başvurunun temsilci tarafından yapıldığı hallerde, temsilcinin yetkili olduğunu gösteren belgelerdir. Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi tarafından

⁷⁰² Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 14.

bu belgeler başvurunun yapıldığı tarih ve saati belgeleyen bir yazı ile müracaat sahibi yahut temsilcisine verilir.

2. Başvuruda Bulunacaklara Süre Verilmesi

Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin ikinci fıkrasında, başvuruda bulunacaklara, sunmaları istenen bilgi ve belgeleri tamamlayabilmeleri için görevli birim tarafından süre verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sıra sistemi olarak da tanımlanabileceği kılavuzda ifade edilmiştir⁷⁰³. Bu düzenlemede sağlanan imkan sayesinde Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak isteyenler gerekli olan tüm bilgi ve belgeleri içeren bir başvuruyu doğrudan yapabilecekleri gibi, kendisine verilen süre içerisinde bilgi ve belgeleri tamamlamak üzere başvuru sırası da alma imkanları mevcuttur. Belirtilen maddelerin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca bilgi ve belgelerin hazırlanabilmesi için süre tanınmasına ilişkin talebin, ilgili veya temsilcisi tarafından birime yazılı olarak yapılması gerekir. Süre verilmesine ilişkin talebin birim tarafından kabul edilebilmesi için, ilgililerin, kartelin etkilediği ürünlere, kartelin süresine ve kartele taraf olan teşebbüslerin isimlerine ilişkin bilgileri sunması gerekmektedir. Bu bilgilerin birime yazılı olarak sunulması zorunlu olmayıp, Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme uyarınca şifahi olarak da sunulması mümkündür. Birimden süre tanınmasına ilişkin talep yapıldığı takdirde, birim tarafından talebin yapıldığı tarih ve saati belgeleyen bir yazı başvuruda bulunana yahut temsilcisine verilir.

Yönetmelikte süre verilmesine ilişkin getirilen düzenleme yalnızca bağışıklık için yapılan başvurularla sınırlı olmayıp, indirim için yapılan başvurularda da süre verilmesi imkanı bulunmaktadır. Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi'ne süre talebinde bulunulduğu takdirde, talepte bulunan herkese süre tanınması esas olmakla birlikte, soruşturmanın çok geç bir aşamasında birime başvurunun tamamlanabilmesi için süre istenmesi gibi durumlarda zaman darlığından dolayı süre verilmemesi yahut çok kısa bir süre verilmesi mümkündür. Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi tarafından verilecek süre, süre talep edilen dosyanın özelliğine göre takdir edilecek

⁷⁰³ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 15.

olup, her dosya için sabit bir süre öngörülmemiştir. Bununla birlikte kılavuzda bir aydan daha fazla süre verilmemesinin esas olduğu belirtilmiştir⁷⁰⁴. Birim tarafından verilecek sürenin müracaatta bulunan kimseler tarafından somut olayın özelliğine göre incelenecek belge miktarı, görüşülecek çalışan sayısı gibi somut olayın özelliğine göre verilen sürenin yetmeyeceğine yönelik olarak haklı gerekçeler gösterildiği takdirde uzatılması mümkündür.

Sürenin baştan uzun tutulması ya da sonradan uzatılması yönündeki talepler, kartelin diğer üyelerine bilgi sızması ve soruşturmaların başarısını azalmasına sebep olabileceğinden, birim tarafından bu taleplerin dikkatlice değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle kılavuzda hem başta talep edilen süre uzatılması talebinde hem de sonradan talep edilen süre uzatılması taleplerinde talep edilen sürelerde başvuru sahibinin teşebbüs içerisinde hangi incelemeleri yapacağı, bu incelemeler için öngörülen sürenin neden gerekli olduğu, kartelin hala devam edip etmediği gibi bilgilerin detaylı olarak açıklanmasının birimin karar vermesinde önemli olduğu belirtilmiştir⁷⁰⁵.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'ncı ve 9'uncu maddeleri kapsamında başvuruda bulunanlara para cezası verilmemesine yahut verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin koşullar, süre talebinde bulunanlar bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda birim tarafından aksi belirtilmedikçe, karteletaraf olunmaya son verilmeli ve başvuru gizli tutulmalıdır. Bu nedenle de, bilgi ve belgelerin tamamlanması için verilen sürede kartelin diğer üyeleriyle gerçekleştirilecek her türlü iletişimin derhal birime bildirilmesi gerekmektedir. Başvuruda bulunan kimsenin birim tarafından tanınan süre içerisinde birime sunması gereken bilgi ve belgeleri tamamlayıp sunması halinde, başvuru sürenin verildiği gün yapılmış sayılacaktır. Aksi halde başvurunun süre içerisinde sunulması gerekli olan bilgi ve belgeler sunulmadığından dolayı geçersizliğine ilişkin yazı birim tarafından başvuru sahibine tebliğ edilecektir. Bununla birlikte, başvuru sahibi birime tekrar başvuruda bulunma hakkını haizdir. Ancak birime yapılmış başka başvuruların mevcudiyeti halinde, daha önceki başvurusundaki başvuru sırası sayesinde kazanılan haklar yitirilmiş olacaktır.

⁷⁰⁴ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 16.

⁷⁰⁵ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 16.

3. Bilgilerin Şifahi Olarak Sunulması

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme uyarınca, kartelle ilgili sahip olunan bilgilerin yazılı olarak sunulmasının yanında şifahi olarak da sunulabilmesine imkan tanınmıştır. Başvuruda bulunan tarafından şifahi olarak sunulan bilgiler Rekabet Kurumu'nda görevli meslek personeli tarafından yazılı hale getirildikten sonra müracaat sahibine veya müracaat temsilci vasıtası ile yapıyorsa temsilcisine teyit ettirilir. Teyit işlemi ise müracaat sahibi veya temsilcisinin, görevli meslek personeli tarafından hazırlanan tutanağı imzalamaları yahut tutanağı okuyup kabul ettiklerinin elektronik araçlarla kayıt alınmasına imkan vermeleri şeklinde gerçekleştirilir. Kartelle ilgili sahip olunan bilgilerin şifahi olarak birime sunulması imkanı hem bağışıklık hem de ceza indirimi talebi ile yapılan başvurularda kullanılabilir. Her iki durumda da ilgililerin şifahi sunum yapabilmesi için birime gerekçe göstermesi gerekmemektedir.

Bunun yanısıra haklarında soruşturma yürütülenler, kendileri hakkında şifahi olarak verilen bilgilerin delil olarak kullanılması halinde, soruşturma raporunun tebliğinden sonra Kurum bünyesinde inceleyebilme hakkını haiz olmakla birlikte, mekanik veya elektronik araçlarla kopya alamazlar. 18.04.2010 tarih ve 27556 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in 6'ncı maddesi uyarınca, haklarında soruşturma yürütülenler dışındakilerin, pişmanlık başvurusu kapsamında sunulan bilgi ve belgelere ulaşması mümkün değildir.

4. Başvuru Sonucunun Kısa Süre İçinde Öğrenilmesi

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin beşinci fıkrasında, başvurunun tamamlanmasının ardından ilgililere, maddenin ilk fıkrasında düzenlenen koşullar dikkate alınarak, ceza verilmemesi veya cezalarda indirim yapılması hususunun Kurul tarafından karara bağlanarak başvuruda bulunana tebliğ edileceği düzenlenmiştir. Bir diğer ifade ile yönetmelikte Kurul'un, nihai kararına kadar geçen sürede Kurul Pişmanlık Yönetmeliğinin 6'ncı veya 9'uncu maddesinde belirlenen koşulların ihlal edilmediğini yahut bu koşulların başvuru öncesinde ihlal edildiği

tespit edemediği takdirde, başvuru maddenin niteliğine göre ceza vermeyeceğini veya verilecek cezada indirim yapacağını önceden taahhüt etmektedir. Bu düzenleme sayesinde, başvuruda bulunacak kişiler hukuki durumlarını önceden öğrenebilmekte ve böylece hukuki güvence sağlanıp belirsizlik azaltılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun tarafların aksi beyanlarına rağmen nihai kararında ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşması mümkündür. Bir diğer ifade ile Kurul, Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Biriminin konuya ilişkin görüşünü de değerlendirerek, başvuruların Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanıp yararlanamayacağına karar verir. Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4'üncü veya 7'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer aşan para cezasının verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanmak üzere yapılan başvurularda, Kurulun bu başvuruyu reddetmesi halinde, başvurunun Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5'inci veya 8'inci maddesi kapsamında bir diğer ifade ile para cezalarında indirim değerlendirilmesinin istenmediği belirtilir ve Kurul da bağışıklık sağlamayacağı sonucuna ulaşırsa, başvuru sahibi sunduğu bilgi ve belgelerin iadesini talep edebilir. Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5'inci veya 8'inci maddesi kapsamında para cezasında indirim değerlendirilmesinin istenmediği belirtildiği takdirde başvuru sırası sayesinde kazanılan haklar yitirilir.

5. Soruşturmanın Tamamlanmasının Ardından Nihai Kararın Verilmesi

Rekabet Kurulu, vereceği nihai kararda bir kartelin mevcudiyetini tespit ettiği takdirde, Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4'üncü veya 7'inci maddesi kapsamında bulunanlara ceza uygulamayacaktır. Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5'inci veya 8'inci maddesi kapsamında bulunanlar bakımından ise oran aralığı söz konusu olacaktır. Bu halde başvuru sürecinin tamamlanmasının ardından müracaatta bulunan kimselere, kendilerine tebliğ edilen indirim aralığındaki asgari orandan az, azami orandan fazla olmayan şekilde belirlenecektir.

Belirtilen bu oran aralığındaki kesin indirim oranının belirlenirken Rekabet Kurulu'nun bazı kriterleri dikkate alınması gerekir. Bunlar, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlamasıdır. Bu kapsamda örneğin soruşturmanın hangi aşamasında kuruma müracaatta bulunulduğu önem taşır. Bunun yanı sıra kurula sunulan delillerin niteliği de ceza aralığında nihai ceza miktarının belirlenmesinde önemlidir. Ayrıca,

kartelin üye sayısı ile pişmanlık yönetmeliğinden yararlanmak maksadı ile müracaatta başvuran üye sayısı da önem taşır⁷⁰⁶.

Rekabet Kurulu soruşturmanın tamamlanmasının ardından vereceği nihai kararda, soruşturma konusu davranışların kartel niteliği taşımadığını ancak Rekabet Kanunu'nun 4'ü maddesini ihlal ettiği ve bu nedenle para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşabilir. Bu durumda Kurul somut olayı Kanun'un 16'ncı maddesi çerçevesinde değerlendirecektir. Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin altıncı fıkrasında, koşulların ihlal edilmesi veya başvuru konusu kartele taraf olan diğer teşebbüslerin ihlale zorlanmış olması nedeniyle para cezasından bağışıklığın kaybedildiği saptanırsa, ilgili teşebbüse verilecek cezanın üçte bir ile yarısı arasında indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu noktada, bağışıklık için başvuran teşebbüsün bir yöneticisinin, kartele taraf olan diğer teşebbüslerin yöneticilerine, şirketinin yapmış olduğu başvuru hakkında bilgi vermesi bağışıklığın kaybı ile sonuçlanabilir ancak ilgili teşebbüse verilen cezada, soruşturmaya sağladığı önemli katkılardan dolayı indirim yapılabilir⁷⁰⁷.

Yönetmeliğin 6'ncı maddesinin altıncı fıkrasında, birinci fıkrada belirlenen koşulların ihlal edilmesi veya başvuru konusu kartele taraf olan diğer teşebbüslerin ihlale zorlanmış olması nedeniyle para cezasından bağışıklığın kaybedildiğini saptanması halinde, teşebbüsün ihlali kabul eden ve işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanlarına verilecek cezaların da üçte birden az olmamak kaydıyla indirilebileceği veya ceza verilmeyebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, işbirliği yapan ve bağışıklığın kaybedilmesine sebebiyet vermeyenlerin dezavantajlı konuma düşmemesi amacına yönelik olup, Rekabet Kurulu'nun takdirine bağlı olarak, bu durumdaki yönetici ve çalışanlara ceza verilmeyebilecektir. Bununla birlikte, Kurum ile işbirliğinde bulunmayan yönetici ve çalışanların sayısı, teşebbüs içindeki konumları, ilgili teşebbüsün bu bireylerin işbirliğini sağlamak konusunda gösterdiği

⁷⁰⁶ Kılavuzda belirtilen ölçütler değerlendirilmesine örnek olarak şu verilmiştir, *ceteris paribus* (diğer tüm durumlar sabitken), örneğin, bir kartele üye beş teşebbüsten beşinin de pişmanlık başvurusu yaptığı bir durumda Yönetmelik m.5/1(a) kapsamındaki teşebbüsün cezası yarısı oranında indirilebilir; buna karşılık iki teşebbüslü bir kartelde bu oran üçte bir olabilir. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 19.

⁷⁰⁷ Bu husus yönetmeliğin genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir; “*Kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması amacıyla Kurum ile aktif işbirliği yapanlar, bu işbirliğini yapmayanlara göre dezavantajlı konuma düşmemelidir. Dolayısıyla, bu Yönetmelik'te acık bir düzenleme bulunmayan, tereddütlerin olduğu, yorum gerektiren durumlarda, aktif işbirliği yapanlar lehine sonuca ulaşılması esastır.*”

çaba gibi ölçütleri nazara alarak, teşebbüsün bağışıklıktan yararlanamayacağına ve cezalandırılmasına karar verilirse, teşebbüsün ihlali kabul etmeyen ve aktif işbirliğinde bulunmayan yönetici ve çalışanlarına da ceza verilebilmesi mümkündür.

Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin altıncı fıkrasında, başvuru konusu kartele taraf olan diğer teşebbüslerin ihlale zorlanmış olması nedeniyle bağışıklığın kaybedildiği tespit edildiği hallerde, ilgili yönetici veya çalışana verilecek cezanın üçte birden az olmamak kaydıyla indirilebileceği belirtilmiş olmakla birlikte, diğer koşulların ihlal edilmesine ilişkin olarak 6'ncı maddedekine benzer bir düzenleme getirilmemiştir. Para cezalarından indirim yapılmasını düzenleyen Yönetmeliğin 5'inci veya 8'inci madde çerçevesinde yapılan başvurularda, Yönetmeliğin 6'ncı veya 9'uncu maddenin birinci fıkrasında belirlenen koşullar ihlal edildiği takdirde bu durum, para cezalarında indirim yapılmasından yararlanılamaması ile sonuçlanabilecektir. Yönetmeliğin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin son fıkrasında, Yönetmeliğin 4'üncü ve 5'inci maddeleri çerçevesinde başvuruda bulunan teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanları tarafından sunulan bilgi ve belgeler, 6'ncı maddede belirlenen koşulların ihlal edildiği saptanmış olsa dahi delil olarak kullanılabileceği hükme bağlanmıştır.

Yönetmeliğin 6'ncı ve 9'uncu maddelerinin son fıkrasında, pişmanlık başvurusunda bulunan bir teşebbüs, yönetici veya çalışanın 6. veya 9. maddede belirlenen koşulları ihlal etmesinin, diğer teşebbüsler ile yöneticiler ve çalışanlar bakımından herhangi bir hak doğurmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme uyarınca, Yönetmeliğin 4'üncü maddesi çerçevesinde başvuruda bulunan bir teşebbüsün bağışıklıktan yararlanamaması, bu teşebbüsün ardından başvuruda bulunan ve 5'inci maddenin birinci fıkrasının a bendi çerçevesinde indirimden yararlanacak teşebbüse bağışıklık sağlanması sonucunu doğurmayacağı kılavuzda açıkça belirtilmiştir⁷⁰⁸.

6. İlave İndirim

Aktif işbirliğine ilişkin kılavuzda ilave indirim uygulanabileceğine ilişkin ifade yer almaktadır. Kılavuzda ilave indirim uygulanabilmesinin koşulları

⁷⁰⁸Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 21.

açıklanmıştır. Buna göre, ilave indirim uygulanabilmesi için belirli bir pazara yönelik yürütülen soruşturmada muafiyetten faydalanması imkanı bulunmayanların, bir başka pazarda kartele ilişkin olarak ilk sırada başvuruda bulunurlarsa, hem ikinci pazardaki kartelden dolayı bağışıklıktan yararlanması hem de ilk pazardaki kartelden kaynaklanan cezalarında ilave indirim yapılması anlamına gelmektedir⁷⁰⁹. Ceza Yönetmeliği'nin 7'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; *“Yürütülen bir soruşturmada Aktif İşbirliği Yönetmeliğindeki para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan bir teşebbüse verilecek ceza, başka bir kartele ilişkin olarak Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin 6'ncı maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunması halinde, dörtte bir oranında indirilir. Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin para cezası verilmemesine ve verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin hükümleri saklıdır”*

D. Zamanaşımı

Zamanaşımı hususunda yürürlükteki Rekabet Kanunu'nda hüküm bulunmamaktadır. Çünkü Kanun'un 19'uncu maddesinde yer alan Para Cezaları ve Süreli Para Cezalarında Zamanaşımı başlıklı hüküm 57282 sayılı Kanun'un 578'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır⁷¹⁰. Bu nedenle yürürlükte bulunan mevzuat bakımından Kabahatler Kanunu'nu 20 ve 21'inci maddelerinin uygulanması gerekir. Kabahatler Kanunu'nda zamanaşımı sürelerinin düzenlenmesi bakımından ikili bir ayırım yapılmıştır. Kabahatler Kanunu'nun 20'inci maddesinde soruşturma zamanaşımı düzenlenmiştir. Madde hükmünde soruşturma zamanaşımı süresi bakımından maktu ve nispi para cezaları arasında ayırım yaparak düzenlemiştir. Bu bağlamda maddenin ikinci fıkrasında maktu para cezaları bakımından para cezasının

⁷⁰⁹ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Kılavuz, s. 21.

⁷¹⁰ Mülga hüküm şu şekildedir; *“Kurulun para cezası ve süreli para cezası verme yetkisi aşağıdaki zamanaşımı sürelerine tabidir:*

a) Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl,

b) Diğer hallerde beş yıl.

Süre, ihlalin vuku bulduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar.

Bu ihlalle ilgili olarak Kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser.

Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımı süresini keser.”

miktarı dikkate alınarak üç, dört ve beş süreler getirilmiştir. Fıkarda, Kanun'un 89 uncu maddesi hariç olmak üzere 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemeyeceği ve verilmiş olanların da düşeceği hükme bağlanmıştır. Nispi para cezaları bakımından ise zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak belirlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı hükme bağlanmış ve kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Belirtilen soruşturma zamanaşımı sürelerinin dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez. Bu noktada belirtilmesi gereken son bir husus ise Kabahatler Kanunu'nda, zamanaşımını kesen yahut durduran herhangi bir neden düzenlenmediği gibi herhangi bir Kanuna da atıf yapılmadığından dolayı Rekabet Hukuku bakımından idari para cezası öngörülen bir fiil bakımından zamanaşımını kesen yahut durduran bir neden olmadığının kabulü gerekir⁷¹¹.

Kabahatler Kanunu'nda öngörülen diğer bir zamanaşımı süresi ise kanunun 21'inci maddesinde düzenlenen yerine getirme zamanaşımı süresidir. Maddenin ilk fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararın verilme imkanı bulunmamaktadır. Yerine getirme zamanaşımı süresi soruşturma zamanaşımı süresinde olduğu gibi verilen ceza miktarı esas alınarak üç, dört, beş ve yedi yıllık zamanaşımı sürelerine tabi kılınmıştır. Bunun yanısıra mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin olan kararlar için ise on yıllık zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Madde hükmünde zamanaşımının başlangıç anı olarak kararın kesinleşmesinin

⁷¹¹ Kaya, s. 129.

rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren olarak düzenlenmiş ve kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemeyeceği düzenlenmiştir.



SONUÇ

1. Tüzel kişilerin medeni haklardan faydalanabilmeleri ve bunları kullanabilmeleri organları vasıtası ile olur. Bu kapsamda organ, tüzel kişinin ayrılmaz bir parçası olup tüzel kişinin iradesini oluşturan, açıklayan ve uygulayan kurul ve kişileri ifade eder. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan 365, 359 ve 530'uncu maddeler anonim şirket yönetim kurulunun organ sıfatına sahip olduğuna vurgu yapan önemli düzenlemeler arasında yer almaktadır.

2. Yönetim kurulunun bir kurul olarak anonim şirketin organı olduğu konusunda tereddüt olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatı taşıyıp taşımadığı konusu doktrinde tartışma konusu olmuş ve bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre, yönetim kurulu üyelerinin şekli anlamda organ olduğunu kabul edilmekte ve dayanak olarak ise yönetim kurulu üyelerinin şirket adına yaptıkları işlemlerinin sonuçlarının şirket tüzel kişiliği üzerinde doğması, yönetim kurulunun haksız fiillerden dolayı anonim şirketin sorumlu tutulması ve farklılaştırılmış teselsül ilkesinin mevcudiyeti gösterilmektedir.

3. Yönetim kurulunun organ olarak kabul edilmesi ile birlikte bir çok sonuç ortaya çıkar. Yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatını haiz olduklarının kabulü ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları tüm fiil ve işlemlerin sonuçları anonim şirketin bizzat kendisi üzerinde doğar. Bir diğer ifade ile yönetim kurulu adına üyeler tarafından açıklanan iradeler anonim şirketin iradesi olarak kabul edilmekte, yönetim kurulu üyeleri anonim şirketin amaç ve konusuna dahil olan tüm işlemleri şirket adına yapacaklar ve açıkladıkları bu irade anonim ortaklığa izafe edilecektir.

4. Türk Ticaret Kanunu'nun 365'inci maddesinde yer alan açık hükümle anonim şirketin yönetim kurulu tarafından temsil olunacağı düzenlenmiştir. Organ sıfatına sahip olduğu kabul edilen yönetim kurulu üyelerinin yönetim ve temsil yetkisi kapsamında yaptığı tüm işlemler anonim şirketin bünyesinde hüküm ve sonuç doğuracak ve bu kapsamda işlem yapılan diğer tarafa karşı yönetim kurulu üyelerinin kural olarak sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Anonim şirketin yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna ait olduğundan dolayı yönetim kurulu üçüncü kişilerle anonim şirketi bağlayan işlemleri bu yetkiye dayanarak yapar.

5. Türk Medeni Kanunu'nun 50'inci maddesinin üçüncü fıkrasında organların kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak da sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Bu maddenin yansıması yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 549 vd. maddeleridir. Ayrıca, 371'inci maddede yönetim kurulu tarafından yapılan kanun ve anonim şirket esas sözleşmesine aykırı işlemler nedeni ile şirketin rücu hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

6. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında yaptırım hükmü düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, yönetim kurulu üyelerine şahsi olarak yaptırım uygulanmasına imkan veren düzenleme bulunmaktadır. Rekabet Kanunu'nun 16'ıncı maddesinin dördüncü fıkrasında teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkra da belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilebileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Rekabet Kanunu'nun 16'ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise hangi hallerde idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Hükme göre; Rekabet Kanunu'nun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilecektir. Belirtilen düzenleme uyarınca, anonim şirket rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması yahut birleşme veya devralma sebebi ile idari para cezasına çarptırıldığı takdirde, şirket hakkında idari para cezası uygulanmasına sebep olan teşebbüs yahut teşebbüs birliği yöneticilerine yahut çalışanlarına da idari para ceza verilmesi mümkündür. Şüphesiz “teşebbüs yahut teşebbüs birliği yöneticileri” kavramına en başta anonim şirket yönetim kurulu üyeleri girer.

7. Kusur prensibi, şirket yönetici ve çalışanlarına yönelik sorumluluk ve yaptırım uygulanmasını kabul eden birçok hukuk sisteminde geçerli olan temel prensip niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda, Rekabet Kanunu'nda şirket yönetici ve çalışanlarına getirilen yaptırım düzenlemesinin esasında kabul edilen temel prensip kusur prensibi olup, aynı şekilde TTK'da da anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile

limited şirket müdürlerinin sorumluluk esasında kusurlu sorumluluk ilkesini kabul etmiştir. Her iki kanunda getirilen esas birbiri ile uyumluluk taşımaktadır.

8. Anonim şirket yönetici ve çalışanları ile limited şirket müdürlerinin Rekabet Kanunu kapsamında yaptırım uygulandığı takdirde, yönetici ve çalışan kendisine uygulanan yaptırımı bütün malvarlıkları ile tazmin borcu altına girerler. Bir diğer ifade ile yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları sınırsız ve kişiseldir. Bu noktada Rekabet Kanunu kapsamında uygulanan yaptırım kurulun kurulunun tamamı için değil ihlalde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışan hakkında bireysel olarak dikkate alınıp düzenlenmiştir. Bir diğer ifade ile yönetim kurulunun organ olarak sorumlu olmayıp, yönetim kurulunda yer alan üyeler yahut çalışanların bireysel sorumluluğu söz konusudur. Yönetim kuruluna kurul olarak yüklenen görevlerin sorumluluğu dahi üyelere aittir. Bunun temel nedeni, yönetim kurulunun organ olarak tüzel kişiliğe sahip olmamasından kaynaklanmaktadır.

9. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tâbi olan müteselsil sorumluluk rejimi, bir zarara sebep olan birden fazla kişinin zarardan birlikte sorumlu olmaları anlamına gelmekte ve bu sorumluluk rejimi ya kanundan yahut sözleşmeden doğmaktadır. Türk Borçlar Kanunu borçlular arasında teselsül karinesini prensip olarak reddedip, sadece bazı hallerde teselsül karinesine yer vermiştir.

10. Türk Ticaret Kanunu ile Rekabet Kanunu arasında bu noktada düzenleme farklılığı bulunmaktadır. Rekabet Kanunu'nda ise ihlalde belirleyici etkisi saptanan birden fazla yönetici ve çalışan olduğu takdirde aralarındaki teselsül ilişkisinin ne olacağına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Bu bağlamda, yönetici ve çalışanlara idari yaptırım verilirken sorumluluk müteselsil mi yoksa TTK'da yer aldığı gibi farklılaştırılmış teselsül ilkesi mi uygulanacağını hususu değerlendirilmelidir. Şirketin meydana gelen zararın giderilmesi maksadı ile rücu davası açtığı takdirde ise Rekabet Kanunu'nun 57'inci maddesinde müteselsil sorumluluk esası uygulanacaktır. Kanaatimizce, kanunun 16'ıncı maddesi kapsamında anonim şirketin yaptırımı maruz kalmasında etkisi bulunan birden fazla yönetici ve çalışan olduğu takdirde, açılan dava neticesinde yönetici ve çalışanların tazminat sorumluluğu müteselsil nitelik taşıyacaktır.

11. Yönetici ve çalışan kavramının kapsamını nasıl belirleneceği ve kimler olduğu konusunda kanunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Organ yönetici ile

kastedilen anonim ortaklıklarda en başta yönetim kurulu, limited ortaklıklarda ise müdürlerdir. Yönetim kurulu üyeleri ile müdürlerin yönetim ve temsil yetkilerinin kapsamı diğer yöneticilere kıyasla çok daha geniş olarak düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri ile müdürler şirketin amacına ve işletme konusu kapsamında yer alan tüm işlemleri şirket adına yapmaya yetkilidirler. Bu nedenle Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında idari yaptırım uygulanabilecek olanların başında yönetim kurulu üyeleriyle limited şirketlerde müdürler yer alır. Çünkü hem rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile uyumlu eylemler ve kararların yanısıra hakim durumun kötüye kullanılması faaliyetleri doğrudan şirketin üst düzey yönetimi ile ilgili faaliyetlerdir. Bu sebeple de Rekabet Kanunu'nda yasaklanmış olan bu faaliyetleri gerçekleştiren yönetim kurulu üyelerinin ve limited şirketlerde müdürlerin belirtilen para cezasından sorumlu olacağından tereddüt bulunmamaktadır.

12. Yönetim kurulunun bir kurul olarak anonim şirketin organı olduğu konusunda tereddüt olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatı taşıyıp taşımadığı konusu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Hakim görüş yönetim kurulu üyelerinin şekli anlamda organ olduğunu kabul etmekte ve bunu yönetim kurulu üyelerinin şirket adına yaptıkları işlemlerinin sonuçlarının şirket tüzel kişiliği üzerinde doğmasına, yönetim kurulunun haksız fiillerden dolayı anonim şirketin sorumlu tutulması v farklılaştırılmış teselsül ilkesinin mevcudiyeti gösterilmektedir.

13. Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile limited şirkette müdürlerin organ olarak kabul edilmesinin sorumluluk rejimi bakımından önemli sonuçları vardır. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatını haiz olduklarının kabulü ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin gerçekleştirdikleri tüm fiil ve işlemlerin sonuçları şirketin bizzat kendisi üzerinde doğacaktır. Diğer bir ifade ile yönetim kurulu adına üyeler tarafından açıklanan iradeler anonim ve limited şirketin iradesi olarak kabul edilmekte, yönetim kurulu üyeleri şirketin amaç ve konusuna dahil olan tüm işlemleri şirket adına yapacaklar ve açıkladıkları bu irade ortaklığa izafe edilecektir.

14. Anonim şirket hakkında Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında yaptırım uygulandığı takdirde şirketin yaptırım uygulanmasına sebep olan yönetici ve çalışana rücu hakkı bulunacaktır. Anonim şirket tarafından açılacak olan bu rücu davasının hukuki dayanağı yönetim kurulu üyeleri ile anonim

şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenecektir. Rekabet Kanunu'nda şirketin yönetici ve çalışanlarına yaptırım uygulanacağı düzenleyen hükümde yönetim kuruluna da ceza uygulanabilir şeklinde bir ifade bulunmamakla birlikte, maddede ihlale esas teşkil eden faaliyetler çoğunlukla yönetim kurulu tarafından gerçekleştirildiğinden dolayı kurulun tamamına yaptırım uygulanması da mümkündür. Rekabet Kanunu'nda şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin niteliği bakımından herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu bağlamda anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin niteliği Türk Ticaret Kanunu'na göre belirlenmesi gerekmektedir.

15. Doktrinde, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerine limited şirkette ise müdürler aleyhine açacağı sorumluluk davasının hukuki dayanağı olarak akdi sorumluluk kabul edilmektedir. Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişki, yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında seçilmesi ve seçilen kişinin yönetim kurulu üyeliği görevini kabul ettiği anda anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında hukuki ilişki kurulmuş olur. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesinin ticaret siciline tescili anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin kuruluş anı bakımından önem taşımayıp sadece bildirici etkisi bulunmaktadır. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesinin seçimine dair alınan karar icap niteliği taşır ve genel kurulun bu kararının seçilen üye tarafından görevin açık veya örtülü olarak kabulü de kabul niteliği taşır ve üyenin bu kabulünün anonim şirkete varması ile birlikte sözleşme kurulur.

16. Doktrinde görüş birliği halinde anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi ile limited şirkette müdürler arasındaki hukuki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Anonim şirket ve yönetim kurulu üyeleri aralarında yapacakları sözleşmenin niteliğini ve koşullarını sözleşme özgürlüğü çerçevesinde diledikleri gibi belirleyebilirler. Kanaatimizce, anonim şirket ile yönetim kurulu ile limited şirkette müdürler arasındaki hukuki ilişkinin hem Türk Borçlar Kanunu'nun hem de Türk Ticaret Kanunu'nun hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin yetki, görev ve sorumlulukları Türk Ticaret Kanunu'nda ve şirket esas sözleşmesinde düzenlenir. Hal böyle olmakla birlikte, anonim şirket ile anonim şirket yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin kapsamı bununla sınırlı olmayıp, ayrıca taraflar arasında karşılıklı edim yükümlülüğü

mevcut olup, bu edim yükümlülüğüne aykırılık halinde de tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu kapsamda kanaatimizce yapılması gereken anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında uyuşmazlık olduğu takdirde uyuşmazlığın niteliği Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir konuya ilişkin olduğu takdirde Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak uyuşmazlık konusunda Türk Ticaret Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmadığı takdirde Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Böylece anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki uyuşmazlığın hangi noktadan kaynaklandığına bakılmalı ve açık hüküm varsa öncelikle Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmalı, daha sonra ilişkinin vekalet mi, hizmet sözleşmesi mi olduğu değerlendirilerek ona göre uygulanacak hükümler tespit edilmelidir.

17. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinde yer alan yönetici kavramının kapsamında ticari temsilcinin de bulunduğu muhakkaktır. Ticaret şirketlerinde görev alan ticari temsilcilerin üstlendiği görevler dikkate alındığında, bu madde kapsamında yönetici kapsamının içerisinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ticari temsilci genel temsil yetkisinden çok daha geniş kapsamlıdır. Rekabeti sınırlayıcı uyumlu eylem, anlaşma ve kararlar bakımından değerlendirme yapıldığında, maddede sınırlı sayımlı olmayan şekilde sayılan bu haller için ayrı ayrı değerlendirilme yapılması isabetli olacaktır. Bu bağlamda, rekabeti sınırlayıcı uyumlu eylem, anlaşma ve kararlar arasında sayılan münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması faaliyeti ticari temsilci tarafından gerçekleştirilebilir olarak kabul edilebilirken, mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi ticari temsilciden ziyade yönetim kurulunun karara bağlayıp, şirketin finansmanına ilişkin kararlardandır. Bu nedenle de gerçekleştirilen her ihlal tipi bakımından hem somut olayda ticari temsilciye verilen yetki kapsamı hem de ihlalin türü bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılarak madde kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

18. Ticari vekilin de yönetici kavramının kapsamına dahil olup olmadığının incelenmesi gereklidir. Ticari vekilin yetkisi işletmenin olağan işlerini gerçekleştirmek ile sınırlıdır. Bu nedenle de ticari vekilin kambiyo taahhüdünde

bulunması yahut dava açabilmesi için açıkça yetkilendirilmiş olması gereklidir. Aynı şekilde ticari vekilin ödünç olarak para alabilmesi için de özel olarak yetkilendirilmesi gereklidir. Bu noktada ticari vekilin yönetici kavramının kapsamı içerisinde olup olmadığı bakımından dikkat edilmesi gerekli olan bir husus mevcuttur. Bir diğer ifade ile ticari temsilciye ticari vekilde olduğu gibi doğrudan yönetici kavramının kapsamında olduğunun kabulü mümkün değildir. Zira, ticari vekilin yetkisi ticari temsilciye nazaran daha kısıtlı olduğundan dolayı, somut olayda yetki verilen ticari temsilcinin yetki kapsamına göre yönetici mi yoksa çalışan mı olduğu tespit edilecektir.

19. Yönetici kavramının kapsamından sonra Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinde yer alan çalışan kavramının da kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu grupta yer alması muhtemel ilk kişi grubu ticari vekillerdir. ticari vekilin çalışan yahut yönetici grubundan hangisinin kapsamında dahi olacağının somut olayda ticari vekile verilen yetkinin kapsamının incelenerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışan grubunda yer alan diğer bir grup ise pazarlamacıdır. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinde çalışanların sorumluluğunun doğmasına sebep olan ihlal türleri arasında düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması faaliyetlerinin pazarlamacı tarafından gerçekleştirilmesi mümkün iken, birleşme ve devralma yolu ile ihlale neden olması imkanı bulunmamaktadır. Ticari vekil ve pazarlamacı dışında ise bu grupta yer alması mümkün kimseler, işçi, memur ve usta gibi çalışanlardır. Bu kimseler ise meydana gelen ihlal bakımından her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

20. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası kapsamında anonim ve limited şirket çalışan ve yöneticilerine ceza verilebilmesi için ihlalde belirleyici etkilerinin bulunması gereklidir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun birden fazla üyeden oluştuğu durumlarda ihlalde belirleyici bulunması kavramı çok önemlidir. Ne Rekabet Kanunu'nda ne de Kanuna uyumlu olarak çıkarılan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'te belirleyici etkinin ne olduğu tanımlanmamıştır.

21. Rekabet Kurulu kararlarında birleşme ve devralmada bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerine ceza verilmiştir. Ancak kurul tarafından bu şekilde bir cezaya hükmedilirken belirleyici etki kavramının içeriği tanımlanmamıştır. Bu noktada kanaatimizce belirleyici etki kavramının ne kanunda ne yönetmelikte ne de kurul kararlarında tanımlanmamasından dolayı TTK'dan hareket etmek gerekir. Kanaatimizce, TTK'da yönetim kurulu üyelerinin hakkında yaptırım uygulanmasına sebep olan koşullar arasında yer alan kusur ve nedensellik bağının, Rekabet Kanunu'nda yer alan ihlalde belirleyici etkisi olma kavramının içeriğinin belirlenirken yararlanılması gerekir.

22. Birçok ülkenin hukuk sisteminde olduğu gibi hem TBK'da hem de TTK'da sözleşme sorumluluğu ve de haksız fiil sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğu benimsenmiş olup kusursuz sorumluluk ancak istisnai haller bakımından istisnai olarak düzenlenmiştir. Kusur kanunda bir davranış biçiminin kınanması bir diğer ifade ile fail hakkında yürütülen bir değer yargısı şeklinde tanımlanabilir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları için kusurlu sorumluluk prensibinin kabul edilmiştir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğunun benimsenmesinin bir sonucu olarak, şirket, pay sahibi yahut alacaklı zarar görmüş olmakla birlikte yönetim kurulu üyesine atfedilecek bir kusur yoksa sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. Anonim şirket yönetim kurulu üyesi, zararı meydana getiren fiili gerçekleştirirken zararın meydana geleceğini bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde kasıtlı davranıştan bahsedilir. Ancak eğer yönetim kurulu üyesi zarara sebep olan fiili gerçekleştirirken fiilin zarara yol açacağını genel hayat deneyimlerine göre veya tedbirli bir yönetici tarafından öngörülebilecek iken öngörmemişse yönetim kurulu üyesinin ihmali davranışından bahsedilir. Yönetim kurulu üyesinin ihmali ile, aynı şartlar altında kanunun kişilerden beklediği özen yükümlülüğüne aykırı olan davranış biçimleri anlaşılmalıdır. Yönetim kurulu üyelerinin kusur oranının tespiti yapılırken TTK'nın 369'uncu maddesinde düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğü göz önüne alınmalı ve yönetim kurulu üyelerinin özen borcu bu madde dikkate alınarak belirlenmelidir. Kanaatimizce, özellikle yöneticiler bakımından uygulanacak para cezalarında uygulanacak esasların içeriğinin TTK'da yer alan sorumluluk hükümleri çerçevesinde belirlenmesi

gerekmektedir. Bu nedenle de ihlalde belirleyici etki kavramı değerlendirilirken özen yükümlülüğü muhakkak nazara alınmalıdır.

23. İlliyet bağı meydana gelen zarar ile eylem arasındaki bağ, bir diğer ifade ile zararın eylemin sonucu olarak gerçekleşmiş olması demektir. Rekabet Kanunu'nun 16'ncı maddesi bakımından yaptırım uygulanabilmesi için zarar aranmadığından dolayı burada illiyet bağının hangi noktada gerçekleşeceğinin tespiti gerekir. Kanaatimizce, burada anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ihlalde belirleyici etkisinin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken de bu kişilerin fiilleri ile ortaya çıkan ihlal arasında illiyet bağının varlığı şarttır. Bir diğer ifade ile yönetici yahut çalışan tarafından yapılan davranış, Rekabet Kanunu bakımından yasaklanan davranış gerçekleştirilmeye uygun olmalıdır. İlliyet bağının varlığının kabulü bakımından sebep - sonuç ilişkisinin yani tabii illiyet bağının varlığı gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Bu bağlamda şirket tarafından gerçekleştirilen davranış ile yönetici yahut çalışanın davranış arasında illiyet bağının varlığını kabul edebilmek için yönetici yahut çalışan tarafından gerçekleştirilen davranışın kanunda yasaklanan faaliyetin uygun sebebi olması, bir diğer ifade ile fiilin hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre ortaya çıkan ihlale sebep olması gerekir. Bu noktada illiyet bağının varlığının kabul edilebilmesi için ortaya çıkan yasaklı faaliyete ilişkin davranışta bulunan yönetici yahut çalışanın gerçekleştirdiği davranışın sonucunu öngörmüş olduğu aranmaksızın, sonuca objektif olarak bakıldığında gerçekleştirilen davranış hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre kanunda yasaklı faaliyeti meydana getirmeye elverişli ise bu halde illiyet bağının varlığı kabul edilir.

24. İlliyet bağı kesen sebepler arasında zarar görenin rızası veya ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep yer alır. İlliyet bağının kesilmesi hallerini Rekabet Kanunu'nda yer alan ihlal türleri bakımından değerlendirdiğimizde ise kanaatimizce mücbir sebebin Rekabet Kanunu'nda düzenlenen ihlal türleri bakımından geçerli olması imkanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yönetici ve çalışanın ihlalde belirleyici etkisi belirlenirken özellikle zarar görenin yani şirketin rızası yahut ağır kusuru illiyet bağı kesen haller içerisinde yer alması mümkündür. Aynı şekilde yönetici ve çalışanların belirleyici etkisinin tespitinde üçüncü kişinin kusuru da illiyet bağı kesen sebepler arasında yer alabilir.

25. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 8'inci maddesinde yöneticilere ve çalışanlara ceza verilirken dikkat edilmesi gerekli olan hususlar detaylı olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 8'inci maddesinde yer alan hüküm uyarınca, yönetici ve çalışanlara ceza verilirken dikkate alınması gereken hususlar şunlardır; Kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yönetici ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda para cezası verilir. İkinci fıkra uyarınca ise kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan yönetici ve çalışanlara Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri kapsamında ceza verilmez veya indirim yapılır.

26. Rekabet Kanunu'nun 16. maddesinin altıncı fıkrasında, Rekabet Kanununa aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle 16'ncı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen cezaların verilmeyebileceği veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. İşbirliğine ilişkin düzenlemelerin ise Kanunun 16. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı yönetmeliklerle işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu noktada da Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 27'inci maddesinde kendisine verilen Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi ile Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (*Pişmanlık Yönetmeliği*)'ini çıkarmış ve tebliğ 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğe ek olarak Kurul ayrıca 17.04.2013 tarihinde 13-23/325-RM(2) karar sayısı ile Pişmanlık Yönetmeliğin uygulanması ile ilgili olarak Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Açıklanmasına İlişkin Kılavuz yayımlanmıştır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir husus, yönetmeliğin kapsamına ilişkindir. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin kapsamı yalnızca kartellerin ortaya

ıkarılması hali için geçerli olup, başka ihlal halleri bu ynetmeliğın kapsamı dahilinde bulunmamaktadır.

27. Aktif işbirliğı kavramının tanımı ne kanunda ne yönetmelikte ne de kılavuzda yapılmıştır. Aktif işbirliğının düzenlenme amacı, pişmanlık ynetmeliğının birinci maddesinde Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yasaklanan faaliyetler arasında sayılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bir diğerk ifade ile kartellerin ortaya çıkarılmasını sağlamak olarak ifade edilmiştir.

28. Yönetmeliğın 4, 5 ve 6'ıncı maddelerinden oluşan ikinci bölümünde temel olarak teşebbüslere para cezası verilmemesi veya verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş; teşebbüslerin başvuru yapması halinde, başvuruda bulunan teşebbüslerin ihlalin varlığını kabul eden ve aktif işbirliğında bulunan tüm yönetici ve çalışanlarının da kural olarak Yönetmelikten yararlanabilecekleri öngörülmüştür. Dolayısıyla teşebbüslerin, bağışıklıktan veya indirimden yararlanabilecek yönetici ve çalışanların listesini sunmaları gibi uygulamalara gerek bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, eski yönetici ve çalışanların da, teşebbüslerin yaptıkları başvurulardan yararlanmalarının önünde bir engel yoktur. Yönetmeliğın 7, 8 ve 9'uncu maddelerinden oluşan üçüncü bölümü ise, ihlalde belirleyici etkisi saptandığı için teşebbüs veya teşebbüs birliklerine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası uygulanabilecek yönetici ve çalışanlara, para cezası verilmemesi veya verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin usul ve esaslar hakkındadır. Pişmanlık Yönetmeliğı'nin büyük ölçüde ikinci blmndekine paralel hükümler içeren bu bölümünde, eski veya mevcut yönetici ve çalışanların, yöneticisi veya çalışanı olduğu teşebbüsten bağımsız olarak başvuruda bulunma durumu düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

Akcan, Recep. “Yargıtay Kararlarındaki Güçlü Delil Kavramının Hukuki Niteliği”, **SÜHFD**, Cilt: 12, S.1-2, ss. 7-24.

Akkan, Mine. “Medenî Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Özel Sayı 2009, ss. 3-67.

Akıllıoğlu. Tekin. “Rekabet Hukuku Uygulamasında İnsan Hakları”, **Rekabet Haber Bülteni**, Sayı: 10, ss. 10-15.

Akıllıoğlu, Ethem, Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri ile Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar, **Rekabet Dergisi**, 2005, S. 21, ss. 22-57.

Akın, İrfan. **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 2014.

Akıncı, Ateş. “Rekabet Kurulu Teşkilatı”, **AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul, 1993, ss. 60-64.

Akıncı, Ateş. **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2001.

Akıncı, Ateş. Rekabet Kanunu Üzerine Eleştirisel Bir Bakış- Rekabet Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No:20, Ankara, 1996.

Akıncı, Müslüm. **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta, İstanbul, 1999.

Akıncı, Müslüm. “Ekonomik Kamu Düzeni Ve Rekabet Kurumu”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 5, 2001, ss. 2-17.

Akıntürk, Turgut. **Müteselsil borçluluk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, Ankara.

Aksoylu, Özge. **Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdarî Usuller**, İstanbul, 2006.

Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2018.

Akyılmaz, Bahtiyar. “İdari Usul İlkeleri Işığında Rekabet Kurulunun Çalışma Usulü”, Ankara Barosu, **Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Ankara, 2002, Cilt: 2, ss. 104-153.

Akyılmaz, Bahtiyar. “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/1-2, ss. 450-469.

Altay, Sıtkı Anlam. **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, Vedat, İstanbul, 2011.

Altay, Sıtkı Anlam. **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, Vedat, İstanbul, 2009.

Ansay, Tuğrul. **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 1982.

Ardıç, İsmail Yücel. **Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2004.

Ardıyok, Şahin. **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2002.

Areeda, Phillip ve Turner, Donald F.. **Harvard Law Review**, 1975, Vol: 88, No: 4 , ss. 697-733.

Argüden, Yılmaz. Üst Kurullar ve Rekabet Özgürlüğü, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, ss. 187-195.

Arı, Zekeriyya. **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları**, Seçkin, Ankara, 2004.

Arı, Zekeriyya. “Rekabet Hukukunda Amaç Sorunu”, **SDÜ İİBFD**, 2003/3, ss. 27-48.

Arı, Haluk ve Aygün, Esin. “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği; Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 4, ss. 7-71.

Arkan, Sabih. “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Vedat, Ankara 2003.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015.

Arsebük, Esat. **Borçlar Hukuku**, C.I-II, 3.Bası, Ankara, 1950.

Arsılanlı Halil, Anonim Şirketler II-III, **Anonim Şirketin Organizasyonu Ve Tahviller**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.

Aslan, Yılmaz. **Rekabet Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2017.

Aslan, Yılmaz. **Rekabet Hukuku Teori, Uygulama-Mevzuat**, Ekin, Bursa, 2017.

Aslan, Yılmaz, **Rekabet Hukuku-Türkiye’de Rekabet Kanunu Çalışmaları Ve Bir Kanun Önerisi**, Ekin, Bursa, 1993.

Aslan, Yılmaz, “Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi”, **Perşembe Konferansları**, S.1, 1999, ss. 65-102.

Aslan, Yılmaz. “Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, ss.3-39.

Aslan, Yılmaz. **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992.

Aslan, İ. Yılmaz. Kanun Değişikliği Gerekliliğine Yol Açan Faktörler ve Yeni bir Kanun Önerisi, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III**, Erciyes Üniversitesi, Ankara, 2005.

Aslan, Zehreddin. “Rekabet Kurulu Kararları ve Yargısal Denetimi”, **Danıştay 134. Kuruluş Yıldönümü ve İdarî Yargı Sempozyumu**, 10.05.2002, Ankara, 2002, ss. 2-12.

Aslan, Zehreddin. “Türk İdarî Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2001/23-24, ss. 53-58.

Aslan, Zehreddin. “İdarî Usul Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulunun Çalışma Yöntemi”, **İdarî Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Ankara 1998, ss. 280-285.

Aslan, Zehredin ve Kahraman, Berk. **Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev Yetkileri İle Yargısal Denetimi**, İstanbul, 2000.

Atan, Turhan. **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti**, Ankara, 1967.

Atıyas, İzak. “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, ss. 24-65.

Atay, E. Ethem. “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: X, 2006, Sayı: 1-2, ss. 259 – 293.

Ateş, Mustafa. “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış”, **Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 7, Yıl:2008, ss. 47-76.

Ateş, Mustafa. **Rekabet Hukukuna Giriş**. Adalet, Ankara, 2013.

Ateş, Mustafa. “Rekabet ve Siyasi Hayata Etkisi”, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=1cef6963-282e-40f3-929f-118f6107d5c9>, (13.06.18).

Ayan, Özge. **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Adalet, Ankara, 2013.

Aydemir, Salim. **Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri Ve Ex-Ante Kontrol**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005.

Aydoğdu, Murat ve Kahveci, Nalan. **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 1. Bası, İleri Kitapevi, İzmir, 2013.

Ayoğlu Tolga, Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcra Koyma Yetkisi, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı: 73, ss. 67-85.

Azevedo, J. Pearce ve Walker, Mike “Dominance: Meaning and Measurement”, **ECLR**, 2002, ss. 363-367.

Azrak, Ülkü. “Dünyada Ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu**, 5 Kasım 2001, Ankara, ss. 19-31.

Badur, Emel. **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Antlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)**, Rekabet Kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2001.

Badur, Emel ve Ertem, Burcu. “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, **Rekabet Dergisi**, 2008/33, s. 3-61

Bahtiyar, Mehmet. **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, 2015.

Berzek, Ayşe Nur. **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, İstanbul, 2016.

Bilgili, Fatih. **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Seçkin, Ankara, 2003.

Bilgili, Fatih. **Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu**, Seçkin, Ankara, 2004.

Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. **Şirketler Hukuku Dersleri**, Dora, Bursa, 2016.

Bork, R. **Introduction: The Crisis In Antitrust’, In The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself**, 1993.

Bozer, Ali. “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: I, Sayı: 3, Ankara, 1962, ss. 363-372.

Bozkurt, Tamer. **Ticari İşletme Hukuku**, Legem, Ankara, 2017.

Bozkurt, Tamer. **Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık**, Ankara, 2007.

Briggs, John ve Jordan, Sarah. “Developments in the law: the presumption of shareholder liability and the implications for shareholders in private damages actions and otherwise”, **Global Competition Litigation Review**, No: 2(4), ss. 203-209.

Budak, Ali Cem. “AT Konsey Ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri Ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat”, **Perşembe Konferansları**, Ankara, 2004, ss. 137-158.

Budak, Ali Cem, “Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi”, AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, **Uluslararası Sempozyum**, İstanbul, 1993, ss. 125-161.

Cantürk, İsmet. **Rekabet Ortamı ve Rekabet Kurulu Kararları**, İstanbul, 2000.

Canellos, Peter C. ve Silber, Horst S. “Concentration in the Common Market”, **Common Market Law Review**, Volme:7, Issue 2, ss. 138-166.

Cengiz, Dilek. **Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları**, Beta, İstanbul, 2006.

Cengiz, Dilek. Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 35, Ankara, 2008, ss. 3-49.

Cengiz, Süleyman. **Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 17, Ankara, 2003.

Colino, Sandra Marco. **Competition Law of the EU and UK**, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Clifford, A. Jones. **Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA**, Oxford University Press, Oxford, 1999.

Craig, Paul ve Búrca, Gráinne De. **EU Law: Text, Cases, and Materials**, 4. bs., Oxford University Press, ABD, 2008.

Çağlayan, Ali İhsan. **Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 26, Ankara, 2003.

Çağlayan, Ramazan. **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet, Ankara, 2014.

Çağlayan, Ramazan. **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2018.

Çamoğlu, Ersin. **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Çamoğlu, Ersin. “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.III, S.3, ss. 523-532.

Çamurcu, Ersin. **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2015.

Çelik, Orhan. **Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

Çınaroğlu, Serpil. **Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik Ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003.

Çokgezen, Murat ve Toksoy, Fevzi. Profesyonel Mesleklerde Regülasyon, Deregülasyon ve Rekabet Hukuku, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı**, 2013, Cilt:14, Sayı:3, ss. 3-38.

De Bono, Edward: **Rekabetüstü(Sur/Petition)**, Yay. Haz. Ömer Erduran, çev. Oya Özel, İstanbul, Remzi, 1996.

Dere, Gülçin. **Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012.

Dinler, Zeynel, **İktisada Giriş**, 14. Basım, Bursa, 2008.

Doğan, Beşir Fatih. **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2011.

Doğanay, İsmail. **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt: I, m. 1-419, İstanbul, 2004.

Domaniç, Hayri. **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, Temel, İstanbul 1988.

Duran, Lütfi. “Türkiye’de bağımsız idari otoriteler”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1, ss. 3-11.

Dural, Mustafa ve Ögüz, Tufan. **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, Cilt: II**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, Filiz, İstanbul, 2006.

Efem, Gül. “Rekabet Kavramı ve Rekabetin Korunması Kavramı”, **Elektronik Ticaret, Rekabet Hukuku Ve Tüketicinin Korunması Hukuku Semineri 2001**, Yay Haz. Mehmet Köksal, İstanbul, İDA Yayınları, 2002, ss. 64-73.

Ege, Yavuz. “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 9, ss. 3-19.

Eğerci, Ahmet. **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurumu Yayın No; 0171, Lisansüstü Tez Serisi No; 12, Rekabet Kurumu, Ankara, 2005.

Ehlermann, Claus-Dieter. “Rekabet Hukuku ve Kamu Sektörü”, **Rekabetin Korunması Türkiye ve Avrupa’daki Uygulamalar Semineri** (25 Mayıs 1995), İstanbul Ticaret Odası, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-2, İstanbul, Yayın No: 1996-7, ss. 13-29.

Elçin, Sezin. Profesyonel Hizmet Faaliyetleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları- Dünya Örnekleri, **Rekabet Dergisi**, 2006, Sayı: 25, ss. 29-52.

Erdem, H. Ercüment, **Türk Ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, 2003.

Erdem, Ercüment. “Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, ss. 193-230.

Erdem, Ercüment, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler**, İstanbul, 2007.

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

Eriş, Gönen. **Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt: I, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Eroğlu, Sevilay. **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, İstanbul, 2000.

Erol, Kemal. **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulaması**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tezi, Ankara, 2000.

Erol, Kemal. “Rekabet Kurumu Ve Uygulamaları”, **Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu**, Rekabet Kurumu Yayını.

Ersin, Mehmet Akif. Rekabet Kanununun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulunun Yetkileri, **Rekabetin Korunması Türkiye ve Avrupa’daki Uygulamalar Semineri**(25 Mayıs 1995), İstanbul Ticaret Odası, Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-2, İstanbul, Yayın No: 1996-7, ss. 39-50.

Esin, Arif. **Rekabet Hukuku**, ESC Yayınları, İstanbul, 1998.

Esin, Arif. Avrupa Rekabet Hukuku’nun Temelleri, <http://www.esrc.com/www2/yayriceri.asp?yayinID=28&page=1>.

Esin, Arif. “4054 Sayı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulama Esasları”, **TÜSİAD Raporu**, İstanbul 1998.

Federico Ferretti, **EU Competition Law, the Consumer Interest and Data**, London, 2014.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: 1, İstanbul, 1976.

Fikentscher, Wolfgang. “İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku)”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, çev. Tuğrul Ansay, Mustafa Ünal, C.10, S.3, 1980, ss. 711-732

Fox, Eleanor. “Rekabet Hukukunun Önemi ve Küresellesen Dünyadaki Yeri”, **Perşembe Konferansları**, Kasım 2005.

Fox, Eleanor. “The New American Competition Policy – From Antitrust To Pro-Efficiency”, **European Competition Law Review**, 1981, ss. 1981-439.

Franko, Nisim. “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1985, Cilt: 13, Sayı:1, ss. 13-64.

Gerber, David, **Law and Cmpetition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus**, Crendon Press, Oxford, 1998.

Goyder, D. G. **EEC Competition Law**, Oxford, 1988.

Göksoy, Yaşar Can. **Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi–Maddi Hukuk Yönünden**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2003.

Göktürk, Kürşat ve Can, Mehmet Çelebi. “Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, ss. 247-283

Gölcüklü, Feyyaz. “İdarî Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karsı Kanun Yolları”, **SBFD**, Cilt:18, Sayı: 3, 1963, ss. 210-214.

Gönen, K. Eren. **Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları**, Ankara, 2003.

Gül, İbrahim. **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması**, Rekabet Kurumu Yayını.

Günay, Cevdet İlhan. **Rekabet Kanunu Şerhi**, Açıklama-Rekabet Kurulu Kararları-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat, Ankara, 2010.

Günday, Metin. **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

Gündüz, Harun. **Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları**, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 21, Rekabet Kurumu Yayını Ankara, 2013.

Güner, Semih. **Avukatlık Hukuku**, Ankara, 2011.

Güney, Necla Akdağ. **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Güney, Necla Akdağ. Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C.10, S. 2, ss. 273-296.

Güney, Necla Akdağ. **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Gürkaynak, Gönenç, Yıldırım, Korhan, Duman, Melikşah. “Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara Ekim 2010.

Gürzümar, Osman. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4’üncü Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, **Rekabet Dergisi**, 2002, Cilt: 13, Sayı: Ekim-Kasım-Aralık, ss. 3-76.

Güven, Pelin. **Türk Rekabet Hukuku Ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Ankara, 2002.

Güven, Pelin, **Rekabet Hukuku**, Ankara 2005.

Güzel, Oğuzkan. **Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri**, Ankara, 2003.

Hacımahmutoğlu, Sibel. **AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara, 2008.

Hawk, Barry E. **Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide**, 2. Bası, Aspen Law & Business, 1990.

Helvacı, Mehmet. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu**, 26 Ekim 2013, ss. 77-97.

Helvacı, Mehmet. **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.

Hirş, Ernst. **Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul 1948.

Hovenkapmp, Herbert, **Federal Antitrust Policy: The Laws of Competition and Its Practice**, 3. bs., St. Paul, West Group Publishing, 2005.

Ilıcak, Ali. **Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, Ankara 2003.

İkizler, Metin, **Türkiye ve Avrupa Birliği’nin Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

İlmutluhan, Selçuk. **AT Anlaşması'nın 86.maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar Türk Rekabet Hukukuna Etkileri**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

İmre, Zahit. **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

İmregün, Oğuz. **Anonim Ortaklıklar**, 4.Bası, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.

İmregün, Oğuz. Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, **Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Bası, İstanbul, 2001, ss. 255-277.

İnan, Nurkut. “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, **Perşembe Konferansları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Ekim 1999, ss. 3-30.

İnan, Nurkut. Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi, **Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 1999.

İnan Nurkut ve Piker B. Mehmet, **Rekabet Hukuku El Kitabı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.

Islentyeva, Elena. “Like Father Like Son- The parental liability under the EU Competition Law today”, **Global Antitrust Review Journal**, No. 4, ss. 99-115.

İzmirli, Yedigir. **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Sonuçları**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2001.

Jones, Clifford Alison. **Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA**, Oxford University Press, 1999.

Jones, Alison ve Sufrin, Brenda. **EC Competition Law: Text, Cases and Materials**, Oxford University Press, 2001.

Kahraman, Zafer. **Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık**, İstanbul, 2008.

Kalabalık, Halil. **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram, Konya, 2018.

Kaneti, Selim. “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu I**, 1980, ss. 21-22.

Kangal, Zeynep. **Kabahatler Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Kapancı, Kadir Berk. **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul, 2015.

Kaplan, Gürsel. **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin, Bursa 2016.

Karaca, Bedir. **Anonim Ortaklıklarda Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Karaege, Özge. “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVI, 2012, S.3, ss. 67-94.

Karakeçili, Feridun, Alagöz, Aylin ve Çalış, Şirin. **Avrupa Topluluğunda İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları**, İKV Yayınları, No: 135, İstanbul, 1995.

Karakılıç, Hasan. **Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları**, İstanbul, 2013.

Karakurt, Alper. **Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tezi, Ankara, 2005.

Karayalçın, Yaşar. **Ticaret Hukuku**, I. Giriş- Ticari İşletme, Ankara, 1968.

Karayalçın, Yaşar, **Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme**, BTHAE, Ankara, 1985.

Katırcıoğlu, Erol. “İktisatta Güç Kavramı Üzerine”, **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000.

Kaya, Asım. **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları**, Seçkin, Ankara, 2015.

Kayış, Ferhat. **Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar**, İstanbul, 2019.

Kekevi, H. Gökşin. **Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler**, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 21, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.

Kesici, Buğra. **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, İstanbul, 2017.

Keskin, Ali Cenk. **Uluslararası Rekabet Hukuku**, İstanbul, 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2013.

Kırca, İsmail. **Ticarî Mümessillik**, Ankara, 1996.

Kırca, İsmail. Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2012/2, ss. 51-59.

Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku**, Cilt: I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

Kısa, Seda Ulaş. **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Ankara, 2004.

Kocadağ, Nilgün. **Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:137, Ankara 2015.

Kocaer, Şenol. **Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması**, Ankara, 2005.

Korah, Valentine. **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice**, Hart Publishing, 9th Edition, Oxford, 2007.

Koç, Emin. **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen İdarî Para Yaptırımları** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2008.

Koç, Emin. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdarî Para Cezaları İçin Öngörülen İdarî Usul, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012/98, ss. 231-282.

Konuralp, Haluk. **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, 2009.

Korkut, Ömer. **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Kovacic, William E. “The Intellectual DNA Of Modern US Competition Law For Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, **Columbia Business Law Review**, 2007, ss. 1-80.

Köksal, Tunay. **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar**, Ankara, 2002.

Kulaksızozoğlu, Şebnem. **Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma ve Yararlar**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003.

Landes, Compare. “Posner, Market Power in Antitrust Cases”, **Harvard Law Review**, Year: 1981, Volume: 937.

Lawrence, J. ve Moffat, J., “A dangerous new world – practical implications of the Enterprise Act 2002”, **European Competition Law Review**, 2004, Sayı: 25, ss. 1-4.

Mimaroglu, Sait Kemal. **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Me’suliyeti**, Ankara, 1967.

Monti, Giorgio. **EC Competition Law**, Cambridge University Press, New York, 2007.

Müftüoğlu, Tamer. “Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması”, **Rekabet Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2000, S.1.

Motta, Massimo. **Competition Policy-Theory and Practice**, Cambridge, 2004.

Maher, Imelda. “Juridification, Codification and Sanction in UK Competition Law”, **The Modern Law Review**, Vol. 63, No. 4, ss. 544-569.

Nomer, Füsün. **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul, 1999.

Oder, Burak ve Karcılıoğlu, N. Kaan, “Ceza ve İdare Hukuku İlkeleri Açısından Rekabet Hukukundaki Yeni Yaptırım Politikasının Değerlendirilmesi”, Haz. Kerem Cem Sanlı, İstanbul, 2009.

Odudu, Okeoghene. “The Meaning of Undertaking within Article 81 EC”, **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, 2005, Vol: 7, ss. 209-239.

Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. **Kişiler Hukuku**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2013.

Oktay Özdemir, Saibe. **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, 2002.

Ortaç, Nurdan Orbay. Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramı, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, S.10, 2007, ss. 81-89.

Ozani, Can. “Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlamaları Hukuku İlişkisi”, **Rekabet Dergisi**, Ekim-Kasım-Aralık, 2007, Sayı: 32, ss. 3-42.

Öz Aşçıoğlu, Gamze. “Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Cilt: 1, Ankara 2002, ss. 299-309.

Öz Aşçıoğlu, Gamze. “Rekabet Hukuku ve Politikası”, **Danıştay 137.Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2005.

Öz Aşçıoğlu, Gamze. **Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.

Özden, Mehmet. **Profesyonel Meslek Birlikleri**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Yayın No: 0151, Ankara, 2004.

Özkan, Meral Sungurtekin. **Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, İzmir, 2013.

Özkan, Ahmet Fatih, Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, S. 3, ss. 115-209.

Özsunay, Ergun. **Kartel Hukuku**, İstanbul, 1985.

Özsunay, Ergün. “Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları”, **Perşembe Konferansları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Şubat 2000, ss. 41-70.

Özsunay, Ergun. “Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu** (Ankara, 21–22 Ekim 1977), İstanbul 1980, ss. 67-128.

Öztañ, Bilge. **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 1970.

Öztunalı, Aydın. **Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hakimiyeti, 4054 sayılı Rekabet Kanunu ve AB Mevzuatı Uygulamaları**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:9, Ankara, 2003.

Öztürk, Ebru. **Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması**, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

Öztürk, Pınar. “Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’ların Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1998.

Özyörük, Mukbil. **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1972-1973.

Pekcanitez, Hakan, Özekes, Muhammet, Akkan, Mine ve Taş Korkmaz, Hülya.

Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Peritz, Rudolph. **Competition Policy in America, 1888-1992**, Oxford, 1996.

Pınar, Hamdi. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXV, S. 4, ss. 369-405.

Pitofsky, Robert. “The Political Content Of Antitrust”, University Of Pennsylvania Law Review, 1979, Sayı: 127, ss. 1051-1075.

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. **Ortaklıklar Hukuku I**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi. **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.

Pulaşlı, Hasan. Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 1, 2009.

Pulaşlı Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 1, ss. 27-63.

Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Dokuzuncu Kalkınma Planı, Ankara, 2007. <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/rekabet/ök676.pdf>.

Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 1994. <http://www3.kalkinma.gov.tr/PortalDesign/PortalControls/WebContentGosterim.aspx?Enc=51C9D1B02086EAFBA0CCC2838F089E39>.

Rekabet Terimleri Sözlüğü, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009.

R  n  , Joliet. **The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective**, La Haye 1967.

Ritter, Lennart, Rawlinson, P. ve Braun, David. **EEC Competition Law: A Practitioner's Guide**, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2000.

Rodger, Barry J ve MacCulloch, Angus. **Competition Law and Policy in the EC and UK**, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, 2009.

Rodger, BJ ve MacCulloch, A (eds), **The UK Competition Act: A New Era for UK Competition Law**, Oxford, 2000.

Roth Peter ve Vivian Rose. **Bellamy and European Community Law of Competition**, Sixth Edition, ABD, 2008.

Fisun Uyanış Rosner, **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Karşılaştırılmal Olarak T  rk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme veya Devralmaların Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001.

Sanlı, Kerem Cem. **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Lisansüstü Tez Serisi No: 3,Yayın No: 0049, Ankara, 2000.

Saraç, Tahir. 6102 Sayılı Ticaret Kanunun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 2, ss. 711-748.

Saymen, Ferit ve Elbir, Halid. **Türk Borçlar Hukuku, I. Umumi Hükümler**, C. 1-2, İstanbul, 1958.

Schwartz, Louis, “Justice And The Non-Economic Goals Of Antitrust”, **University Of Pennsylvania Law Review**, 1979, Sayı: 127, ss. 1076-1081.

Selçuk, İlmutluhan. “Türk Rekabet Hukukunda Devlet Tekelleri ve Münhasır Haklar”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 18, Nisan-Mayıs-Haziran, 2004.

Seven, Vural ve Göksoy, Y. Can. “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, 2006/6, ss. 2455-2470.

Sezginer, Murat. **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, 2000.

Smitherman, Charles W., “The Future of Global Competition Governance: Lessons From the Transatlantic”, **American University International Law Review**, 2004, Vol: 19, Issue: 4, ss. 769-881.

Solmaz, Ekrem. **Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri**, Ankara, 2010.

Steiner Josephine ve Woods, Lorna. **Textbook on EC Law**, 8th Edition, Oxford University Press, 2003.

Stevens, Dallal. **Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.Cilt: and U.Sayı: Competition Law**, Yearbook of European Law, Volume:15, Issue: 1, USA 1995, ss. 47-78.

Su, Kemal Tahir. **Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 94, Ankara, 2003.

Sulluvian, Lawrence. “Antitrust, Microeconomics And Politics: Reflections On Some Recent Relationships”, **California Law Review**, 1980, Cilt: 68, Sayı: 1, ss. 1-12.

Sullivan, Thomas. **The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years**, Oxford, 1991.

Sullivan, Thomas ve Harrison, Jeffrey L. **Understanding Antitrust and Its Economic Implications**, Third edition, Matthew Bender & Company Incorporated, 1998.

Suzuki, Kenji. **Competition Law Reform in Britain and Japan**, Taylor & Francis e-Library, 2004.

Sümer, Ayşe, **Ticaret Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2015.

Şahin, Murat. **Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri**, İstanbul, 2018.

Şener, Oruç Hami. **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Şener, Oruç Hami. **Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.

Şenyücel, Orçun ve Aktaş, Cihan. İlgili Pazar Kavramı, **Rekabet Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 2, 2000.

Şıramun, Serpil, **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Tan, Turgut, “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 4, 2000.

Tandoğan Haluk. **Türk Mesuliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Tekinalp, Gülören. “Uyumlu Eylemler Kavramı”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan**, Yay. Haz. İstanbul Üniversitesi Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, MİTOS Yayınları, 1995, ss. 201-207.

Tekinalp, Gülören ve Tekinalp, Ünal. **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. Bs., İstanbul, Beta, 2000.

Tekinalp, Gülören ve Tekinalp, Ünal. Perdeyi Kaldırma Teorisi, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, ss. 387-404.

Tekinalp, Ünal. **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1965.

Tekinalp, Ünal. **Tek Kişilik Ortaklık I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Tekinalp, Ünal. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Tekinalp, Ünal. **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Ankara, 1965.

Tekinalp, Ünal, “Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu”, **Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı**, İstanbul, ss. 779-787.

Tekinalp, Ünal. “Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu”, **Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı**, ss. 779-787, İstanbul, 1999.

Tekinalp, Ünal, “Avrupa Topluluğunun Hukuki ve İktisadi Sorunları, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasının 85 ve 86. Maddeleri Anlamında İşletme Kavramı”, **İktisat ve Maliye**, 1980, Cilt: 26, Sayı: 11.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.

Tezcan, Ercüment. Avrupa Birliği’ndeki Yeni Gelişmeler Işığında Kamu Teşebbüsleri, Münhasır veya Özel Haklar ve Kamu Hizmeti, **Amme İdaresi Derneği**, Cilt: 33, Sayı: 4.

Tiryakioğlu, Bilgin. **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 1997.

Tokatlı, Aytül. **Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:97, Ankara, 2009.

Topçuoğlu, Metin. **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara, 2001.

Topçuoğlu, Metin. **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, 2006, Ankara.

Townley, Christopher. **Article 81 EC and Public Policy**, Hart Publishers, Oxford, 2009.

Tunçomağ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: 1, 6. Bası, İstanbul, 1976.

Türk, Hikmet Sami. “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil Veya Seçimi”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, 6-7 Ocak 1984, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, ss. 179-200.

Türk, Hikmet Sami. **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, BTHAE Yayınları, Ankara, 1986.

Türk Sanayici ve İş Adamları Derneği. **Rekabet Hukuku’nda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar**, İstanbul, 1998.

Türkkan, Erdal. **Nasıl Bir Rekabet Vizyonu**, Ankara, 2009.

Türkkan, Erdal. “Rekabet Hukuku Uygulamalarında ‘İşleyebilir Rekabet’ Olgusu ve Kavramı”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Kasım-Aralık, Ankara, 2000, ss. 123-138.

Türkkan, Erdal. **Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı**, Ankara, 2001.

Uçar, Salter. **Hukukumuzda Yönetim Kurulu Ve Denetçiler İle Sorumluluk Halleri**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1994.

Ulusoy, Ali, “Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri”, **Perşembe Konferansları**, S.2, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 1999.

Ulusoy, Ali. İdari Ceza Hukuku’nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri, **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, Seçkin Yayıncılık.

Ulusoy, Ali. **İdari Yaptırımlar**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Uşan, Mehmet Fatih. **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, 2003.

Uyanık, Pelin. **Rekabet Hukuku Açısından Delil**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.

Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kendigelen, Abuzer, Kaya, Arslan ve Ertan, Nomer Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2015.

Uzunallı, Sevilay. **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Üçışık, Güzin ve Çelik, Aydın. **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Cilt: I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Ünal, Mustafa. “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”. **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XI, S. 3, ss. 49-98.

Ünal, Gizem, **Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri**, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009.

Üstündağ, Saim. **Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 1971.

Von Tuhr, Andreas. **Borçlar Hukuku**, C. I-II, Çev: Cevat Edege, İstanbul, 1952.

Waelbroeck, Michel ve Frignani, Aldo. **European Competition Law** (Volume IV of the Mégret Commentary) Transnational Publishers, Inc. Ardsley, NY, 1999.

Ward, Sarah. “The Economic Unity Doctrine in the EEC: A Limited Exemption to Article 85 of the Treaty of Rome”, **Fordham International Law Journal**, 1985, Vol. 9, No. 2, ss. 371-399.

Whish, Richard. **Competition Law**, 4. Bs., London, Butterworths, 2001.

Walter, Frenz. **Handbook of EU Competition Law**, Springer, Germany, 2016.

Whish, Richard ve Bailey, David. **Competition Law**, 7th Edition, Oxford, 2012

Wolf, Sauter. **Coherence in EU Competition Law**. Oxford University Press, 2016.

Yasan, Mustafa. “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı”, **DEÜHFD**, Cilt: 7, ss. 409-445.

Yasaman, Hamdi. **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987.

Yanlı, Veliye. **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, 2000.

Yanık, Mehmet. **Rekabet Hukukunun Hâkim Durum Ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri**, Ankara, 2003.

Yasaman, Hamdi. Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, ss. 97-112.

Yıldırım, Ramazan ve Çınarlı, Serkan. Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt: I, Astana, Ankara 2018.

Yıldırım, Ramazan ve Çınarlı, Serkan. Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, Astana, Ankara 2018.

Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Yılmaz, Ejder. “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, **Perşembe Konferansı**, Ankara 1999.

Yılmaz, Ejder. "Rekabet Hukukunda Deliller." Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, 9 Nisan 2004, Kayseri 2004, ss. 67-88.

Yılmaz, Ejder. Yargılama Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu, **Av. Dr. Faruk Erem’e Armağan**, Ankara, 1999, ss. 963-979.

Yiğit, İlhan. **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, 2013.

Yolcu, İsmail Atalay. **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün Ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.

Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, Emre. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.