



T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Dilara Nur CANSU

REKABET HUKUKUNA GÖRE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN
KISITLANMASI

Yüksek Lisans Tezi

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Mahmut YAVAŞI

Ankara 2019



T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Dilara Nur CANSU
170380026

REKABET HUKUKUNA GÖRE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN
KISITLANMASI

Yüksek Lisans Tezi

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Mahmut YAVAŞI

Ankara 2019

KABUL VE ONAY SAYFASI

Dilara Nur CANSU tarafından hazırlanan Rekabet Hukukuna Göre Sözleşme Özgürlüğünün Kısıtlanması adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi: 23/09/2019

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Mahmut YAVAŞI
(Danışman)

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım. 06/11/2019

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. Çetin ÖNDER
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
ÖZET	V
ABSTRACT	VI
Kısaltmalar	VII
GİRİŞ	IX

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, ANLAŞMA KAVRAMLARI VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK	1
A. SÖZLEŞME - ANLAŞMA KAVRAMLARI UNSURLARI	5
1. Taraf Kavramı	5
2. Tarafların İradelerinin Uyuşması	10
3. Karşılıklılık	13
II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI	16
A. ANAYASA AÇISINDAN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI	16
B. BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI	20
1. Genel Olarak	20
a. Sözleşme yapma özgürlüğü	20
b. Taraf seçme özgürlüğü	21
c. İçerik Özgürlüğü Sınırlandırılması	21
(1) Edimin Aykırılığı	22
(2) Edim Vaadinin Aykırılığı	22
(3) Karşı Edimin Aykırılığı	22
(4) Diğer Kategoriler	22
d. Sözleşme Şekli Seçme Özgürlüğü	22
e. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi Özgürlüğü	23
2. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasının Hukuki Sonuçları	23

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNUN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KISITLAMASI

I. Genel Olarak.....	25
II. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Açısından Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması	28
A. Genel olarak.....	28
B. Amacı İtibariyle Rekabet İhlali Sayılan Anlaşmalar	29
C. Etkisi İtibariyle Rekabet İhlali Sayılan Anlaşmalar	31
1. Malların Üretim veya Dağıtımını ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması 34	
2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması	36
3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması..	37
4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması.....	38
D. Uygulamada 4. Maddeye Aykırılık Kapsamında Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	39
III. 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi Açısından Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması	46
A. Genel olarak.....	46
B. Nesnel Gerekliklik (Nesnel Zorunluluk) Gerekçesi	50
C. Etkinlik Gerekçesi.....	52
D. Uygulamada 6. Maddeye Aykırılık Kapsamında Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	54
IV. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasının Ekonomik Niteliği	57

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU POLİTİKALARI AÇISINDAN SÖZLEŞMENİN SINIRLANDIRILMASI

I. AB REKABET HUKUKUNUN YAKLAŞIMI.....	60
A. AB Anlaşması Metni.....	60
1. İstisna Hükümler	63
2. Politikalar arası dengeleme.....	63
3. Spesifik politikalar	63

4. Susma	64
B. AB Mahkemeleri.....	64
C. AB Komisyonu	65
D. AB Konseyi ve AB Parlamentosu	65
II. TÜRK REKABET HUKUKUNUN YAKLAŞIMI	66
SONUÇ	70
Kaynakça	74



ÖZET

Özel hukukun temel ilkelerinden birisi olan sözleşme özgürlüğünün varlığı, Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte, Anayasa’da devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çatısını oluşturmuştur. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da sözleşme serbestisine bir takım sınırlamalar getirilmiştir; ancak yapılan bu sınırlamalar rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak kabul edilen ilişkilere getirilmektedir.

Çalışmada öncelikle rekabet hukukuna göre yapılan sınırlamaların anlaşmalara getirilmesi sebebiyle anlaşmanın unsurları ve kapsamı ele alınacaktır. Borçlar hukukunda düzenlenen sözleşmeden farkları değerlendirilecektir. İdari kararlar ve mahkeme kararları ile kabul edilen anlaşma örneklerine yer verilecektir. Ek olarak sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının Anayasa’da, Türk Borçlar Kanunu’nda ne şekilde düzenlendiği açıklanacaktır. Daha sonra sözleşme özgürlüğünün rekabet hukukunda hangi hükümler ve yöntemler doğrultusunda sınırlandırıldığı ele alınacaktır. Son olarak ise rekabet hukukuna göre sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran düzenlemelerde beklenen etkinliğin ne olduğu, mevzuatın ne hallerde sözleşmelere müdahale ettiği veya sustuğu ve kamu politikalarının yeri değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anlaşma, Sözleşme, Sözleşme Özgürlüğü, Sınırlandırma, Etkinlik, Kamu Politikası, Rekabet.

ABSTRACT

The existence of freedom of contract, which is one of the basic principles of private law is guaranteed, and also it is measured to ensure the healthy and orderly functioning of the goods and services markets, and to prevent the monopolization and cartelization resulting from the agreements in markets by the Constitution.

In this respect, the Turkish Code of Obligations (No.6098) has established a contractual scope and imposed restrictions on the freedom of contract, however, the Law on the Protection of Competition (No. 4054) has moved away from the definitions established by the TCO. With this study, firstly, the elements and scope of the agreement will be discussed in accordance with the competition law. In addition, it will be explained how the restriction of the freedom of contract is regulated in the Constitution and the Turkish Code of Obligations. Then, which provisions and methods of freedom of contract is restricted in competition law will be discussed.

Lastly, the expected effectiveness of the regulations restricting the freedom of contract according to competition law, the legislation intervening or silencing the contracts and the place of public policies are evaluated and finally the public policies were included in the restriction of the freedom of contract and the importance of public policies in competition law was evaluated.

Key Words: Agreement, Contract, Freedom of Contract, Limitation, Efficiency, Public Policy, Competition.

Kısaltmalar

AB	Avrupa Birliği
ABA	Avrupa Birliği Anlaşması
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (<i>Treaty on Functioning of the European Union</i>)
ABDYM	Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (<i>U.S. Supreme Court</i>)
AT	Avrupa Topluluğu (<i>European Community</i>)
ATA	Avrupa Topluluğu Anlaşması (<i>European Community Treaty</i>)
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
DİAK	18-029/179-RM(1) karar sayılı 29.03.2018 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz
DOJ	Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı (<i>Department of Justice of USA</i>)
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Ibid.	Ibidem (aynı yerde, aynı eserde)
K.	Karar
Karşz.	Karşılaştırmamız
m.	madde

No.	Numara
RK	Rekabet Kurulu
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	versus
YİAK	13-24/326-RM (6) karar sayılı 30.4.2013 tarihli Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Liberal piyasa ekonomilerinde sözleşme özgürlüğü esas olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması birtakım istisnalar ile gerçekleştirilmektedir. Sözleşme özgürlüğünün kısıtlayan istisnaların bir kısmı rekabet hukuku hükümleridir. Bu hükümler, rekabet hukukunda anlaşma olarak kabul edilen hukuki ilişkilere müdahale etmektedir. Bu nedenle öncelikle rekabet hukukunda anlaşma olarak kabul edilen ilişkilerin Türk Borçlar Hukuku'ndaki sözleşme kavramına muadil olup olmadığı ele alınacaktır. Devamında söz konusu hükümlerin uygulanmasının önemli olması sebebiyle doktrinde ve uygulamada kanun metninin yorumlanmasına ulusal/uluslararası içtihatlar ve rekabet otoritelerinin kararları ile yer verilecektir. Bu kararlar ile uygulamaya getirilen standartlar ve kanun metnin kapsamının ayrıntıları açıklanacaktır. Daha sonra rekabet hukukunun müdahalelerine yer verilecek olup bu müdahalelerin amacına yer verilecektir. Böylece rekabet hukukuna göre sözleşme özgürlüğüne ne zaman müdahale edildiği, sözleşmelerin müdahaleden ne zaman muaf tutulduğu açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, ANLAŞMA KAVRAMLARI VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK

Borcun kaynaklarından biri olan sözleşme genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla genel olarak bir “*mutabakat, uygunluk, uyuşma*” olarak ifade edilmekte¹ olup sözleşmenin kapsamına, çeşitlerine ve unsurlarına 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmiştir. Her ne kadar sözleşmeler, borçlar hukukunda düzenlense de borçlar hukukunun yanında kişiler hukuku, aile hukuku, eşya hukuku, miras hukuku ve idare hukuku gibi birçok hukuk disiplininde kullanılmaktadır. Bununla birlikte söz konusu hukuk sistemleri, sözleşmeyi borçlar hukukuna ait bir müessese olarak kabul etmektedir.²

Hukuki bir kavram olarak sözleşme, “belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak iki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir muamele” olarak tanımlanmaktadır.³ Sözleşme kavramı yerine mevzuatta mukavele, akit, anlaşma, antant gibi kavramlar da kullanılmaktadır.⁴

Kanun koyucu Anayasa ve TBK metinlerinde “*sözleşme*” ibaresini tercih etmiş iken; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da “*anlaşma*”⁵ ibaresini tercih etmiştir. Buna mukabil, 4054 sayılı Kanun’un sadece 57. maddesinde sözleşme; maddenin devamında yine anlaşma ibaresini zikretmiştir.

¹ Staudinger & Coing, 1957, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §144 No.1; Kılıçoğlu, A., 2013, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 53. Sözleşme müessesesinin tarihi için bkz: Sirmen, L., 1972, *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, s.441 vd.

² Ateş, M. , 2014, *Rekabet Hukukundaki Anlaşma ve Borçlar Hukukundaki Sözleşme Kavramları Üzerine*, FMR, s. 85.

³ Ayan, M., 2010, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 109-110; Oğuzman, K. & Öz, T., 2010, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Turhan Yayınevi, s. 39; Ateş, 2014, s. 85; Eren, F., 2016, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 153.

⁴ 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu’nun adi şirketin tanımlandığı 520. maddesinde geçen “*akit*” kavramı, aynı Kanun’un hizmet akdinin tanımlandığı 333/1. maddesinde geçen “*mukavele*”, 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu’nun muhtelif maddelerinde geçen “*mukavele*” kavramı sözleşme kavramı ile eş anlamlıdır.

⁵ Bkz. 4054 sayılı Kanunun 1, 2, 4, 5, 8, 10, 13, 16 ve 56. maddeleri.

Mehaz AB rekabet hukuku mevzuatına bakıldığında ilgili mevzuatta bağlayıcı irade uyuşmaları için kullanılan “contract” ifadesine rastlanmamaktadır, bunun yerine karşılığı “aynı fikirde olmak”⁶ olan “to agree” fiilinden türetilmiş “agreement” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu durum hem AB Rekabet Hukuku mevzuatı hem de Türk Rekabet Hukuku mevzuatı açısından anlaşma ibaresinin özellikle tercih edildiğini göstermektedir. Buna rağmen borçlar hukukunda kullanılan sözleşme kavramı ile rekabet hukukunda kullanılan anlaşma kavramı, uygulamada birbiri yerine kullanılabilir. Oysa 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da zikredilen anlaşma kavramı TBK’nin düzenlediği sözleşme kavramını aşmaktadır.⁷ Bu sebeple çalışmada sözleşme kavramı borçlar hukukundaki hukuki ilişkileri, anlaşma deyimi ise rekabet hukukunda kurulan ilişkileri ifade etmek üzere kullanılacaktır.

TBK m. 1’e göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. 6098 sayılı Kanun’da sözleşmenin nasıl kurulduğu açıklanmakla birlikte sözleşmenin tanımına yer verilmemiştir. Keza 4054 sayılı Kanun aynı şekilde rekabet hukukuna göre bir anlaşmanın kurulması için aranan şartlara, tanım ve unsurlara yer vermemiştir. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun’un “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlıklı 4. maddesinin gerekçesinde “... *Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır... Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır.*” ifadesine yer verilmiştir. Her ne kadar sözleşmenin tanımına kanun metninde yer verilmese de, gerekçeden anlaşılacağı üzere, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan/dolaylı ilişkiler yahut kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma “anlaşma” olarak değerlendirilmiştir.

Doktrinde ise rekabet hukuku çerçevesinde anlaşma, “*rekabet hukuku normu yönünden sonuç doğuran birden çok kişinin iradeleri arasındaki uyum, uyuşma*” olarak

⁶ Bkz: **Cambridge Dictionary**, (çevrimiçi) <https://dictionary.cambridge.org/> (Erişim Tarihi: 01.05.2019).

⁷ Ateş, 2014, s. 85-86.

tanımlanmaktadır.⁸ Diğer taraftan YİAK⁹ m. 1’de ve Rekabet Kurulunun bazı kararlarında¹⁰ 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin gerekçesi ile paralel olarak, anlaşma kavramının kapsamına teşebbüs birliği kararlarını¹¹ ve uyumlu eylemleri¹² katarak Türk Borçlar Hukuku’ndaki sözleşme müessesesinin ötesine geçilmiştir. Uygulamada rekabet hukuku kapsamında muhtelif yargı organlarının ve idari otoritelerin kararlarında, anlaşma kavramı farklı şekillerde kullanılmaktadır. Şöyle ki:

AT Adalet Divanı; uzlaşmayı¹³, centilmenlik anlaşmasını¹⁴, basit mutabakatları¹⁵, pazarlık esnasında oluşan kısmi ya da koşullu anlaşmalar ile tamamlanmamış

⁸ Ibid. , s. 85.

⁹ Kılavuz, Rekabet Kurulu tarafından alınan karar üzerine uygulamanın etkinliğini sağlamak amacıyla rekabet politikasının uygulanmasına katkı sağlamak üzere yayımlanan mevzuattır.

¹⁰ RK, Karar No. 05-60/896-241, *Pak Gıda, Özmaya, Mauri Maya ve Akmaya*, (2005); Karar No. 05-05/42-17, *Denizli Çimento, Göltaş Çimento*, (2005).

Karar No. 11-12/226-76, *Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği, Yüzyıl İşıl Eğitim Kurumları, Özel Kültür Koleji, Özel Surp Haç Ermeni Lisesi, Vehbi Koç Vakfı Koç Özel İlköğretim Okulu ve Lisesi İktisadi İşletmesi ve diğerleri*, (2011).

¹¹ Teşebbüs birliği kararı, tavsiye mahiyetinde olsa bile söz konusu karar anlaşma olarak değerlendirilecektir. Hatta bu karar, 4054 sayılı Kanun’u ihlal ediyorsa hukuki düzenlemelere paralel olarak çıkarılsa bile hukuken geçersiz ve yasak kabul edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Güzel, O., 2003, **Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri**, Ankara, Rekabet Kurumu.

Teşebbüs birliğinin tavsiye niteliğindeki kararının yasaklandığı, ATAD’ın **IAZ v. Commission** kararında, Belçika bulaşık makinası imalatçıları birliği kendilerinden uygunluk belgesi almamış bulaşık makinelerinin şehir suyuyla bağlanmamasını Belçika şehir şebeke suyu işletmecileri birliğinden tavsiye etmesini istemiştir. Kararda bu tavsiye, rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmiştir. Bkz: ATAD, Dava No. C-96/82, **IAZ v. Commission**, (1983).

¹² Uyumlu eylem ise, teşebbüslerin bir anlaşma yapmayarak veya aksiyon planı olmaksızın kendi bağımsız davranışları yerine geçen kasti koordinasyonları veya pratik bir işbirlikleridir. Uyumlu eylemin niteliği Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin **Interstate Circuit Inc. v. United States** kararında değerlendirilmiştir. Karara konu olayda, bir sinema işletmecisinin film dağıtıcılarına gönderdiği öneri mektubu sonrası film dağıtıcıları öneriye uygun hareket etmişlerdir. Mahkeme öneri mektubunun dağıtım kısmında tüm film dağıtıcılarının açık adresinin bulunmasını uyumlu eylem için yeterli bulmuştur. Kararda, doğrudan delil bulunması aranmamış, firmaların uyumlu eyleme davet edilmiş olmaları, davet doğrultusunda hareket etmeleri ve birbirlerinin adreslerini görmeleri yeterli bulunmuştur. Benzer şekilde Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin **Tobacco Co. v. United States** davasında, sigara üreticilerinin 12 yıl boyunca aynı zamanlarda fiyat artışı yapması, talebin azaldığı zamanlarda bile birlikte fiyat artışına gitmesi, diğer zamanlarda fiyatlarını eşit tutması eylemleri uyumlu eylem olarak kabul edilmiştir. Bkz: Interstate Circuit Inc. v. United States, 1939 ; Tobacco Co. v. United States, 1945.

¹³ Dava No. C-65/86, **Bayer v. Süllhofer**, (1988). Mahkeme ve otoritelerin kararları; kararın sayısı, davanın tarafları ve kararın verildiği yıl olmak üzere paylaşılmıştır. İlave bütün kararlara ABAD’ın resmi internet sitesinden erişilebilir.

¹⁴ Dava No. C-41/69, **Chemiefarma NV v. Commission**, (1970).

¹⁵ Dava No. Joined cases 240, 241, 242, 261, 262, 268, 269/82, **Re Stichting Sigarettenindustrie Agreements**, (1985).

mutabakatları¹⁶, piyasada kişi ya da kişilerce piyasaya çıkarılmış başkalarının talimatlarına uyulan bir kılavuzu¹⁷, tedarikçi tarafından genel bir sözleşmenin parçası olarak satıcıya gönderilen sirküleri/ihtarnameyi¹⁸; resmi sözleşmeye hiçbir halde ulaşılammış olmasına rağmen anlaşmaya ilişkin bir bulguya ulaşılması halinde bu bulgu ve bulguyla birlikte toplantıya katılan sadece bir tarafın saikini açıklamasını¹⁹, teşebbüsler arasında haberleşmeleri²⁰, tedarikçinin faturasında yazdığı bir ibare²¹, dernek kurmayı²² rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak kabul etmiştir.

ABDYM, hukuki olarak bağlayıcılığı olmayan eylemleri veya işlemleri²³, Rekabet Kurulu ise iş veya ticarete ahlâki mülâhazalar ileri sürülerek benimsenen etik prensipleri²⁴ anlaşma olarak değerlendirmiştir. Ayrıca şirket kuruluş sözleşmesi, vakıf senedi ve dernek tüzüğü anlaşma olarak kabul edilmektedir.²⁵ Kararlarda rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak kabul edilen uygulamalardan görüleceği üzere rekabet hukukundaki anlaşma müessesesi, borçlar hukukundaki sözleşmenin kapsamından daha geniştir.

AB Adalet Divanı, söz konusu bu anlaşmalar için cebri icrayı gerektiren usûli süreçlerin varlığına ihtiyaç duyulmadığını²⁶, ek olarak zamanaşımına uğramış; ancak etkileri devam eden anlaşmaların rekabet hukukunu ihlal edeceğini²⁷ kabul etmiştir. Yine rekabet hukuku kapsamındaki bir anlaşma uygulanmasa bile bu durum anlaşmanın varlığını ortadan kaldırmayacaktır.²⁸

¹⁶ Dava No. V/35.691/E-4, *Pre-Insulated Pipe Cartel*, (1999).

¹⁷ Dava No. IV/34.237/F3, *Anheuser-Busch Incorporated/Scottish, Newcastle*, (2000).

¹⁸ Dava No. T-67/01, *JCB Service v Commission*, (2004).

¹⁹ Dava No. T-202/98, *Tate, Lyle v. Commission*, (2001).

²⁰ Dava No. L 255/33, *Nintendo*, (2003).

²¹ Dava No. L 222/28, *Sandoz*, (1989).

²² Dava No. IV/30.804, *Re Nuovo CEGAM*, (1984).

²³ Dava No. 166 U.S. 290, *United States v. Trans-Missouri Freight*, (1987).

²⁴ Karar No. 11-13/243-78, *Akbank, Denizbank, Finansbank, Garanti Bank, Türkiye Halk Bankası, Türkiye İş Bankası, Türkiye Vakıflar Bankası, Yapı Kredi Bankası*, (2011).

²⁵ Ateş, 2014, s. 92.

²⁶ Dava No. T-442/08, *CISAC v Commission*, (2013).

²⁷ Dava No. T-7/89, *SA Hercules (Chemicals) NV v Commission*, (1991).

²⁸ Avrupa Komisyonu anlaşmanın uygulanmaması halinde, sadece Kurulun vereceği cezanın hafifleyeceğini, uygulamama durumunun anlaşmanın varlığını ortadan kaldırmayacağını, soruşturmanın açılmasının ya da cezanın verilmesinin önüne geçmeyeceğini kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Karar No. COMP/C.37.750/B2, *Frech Beer*, (2004).

Uygulamada yer alan tüm bu örneklerden görüleceği üzere, rekabet hukukunun anlaşma müessesesi ile Türk Borçlar Hukuku'ndaki sözleşme müessesesi arasında birtakım benzerlikler ve farklar mevcuttur. Aşağıda anlaşma kavramının sözleşme ile benzerlik ve farklılıkları ele alınmaktadır.

A. SÖZLEŞME - ANLAŞMA KAVRAMLARININ UNSURLARI

TBK'nın 1. maddesinde "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur." ibaresiyle, sözleşmenin kurulabilmesi için (a) birden fazla tarafın varlığı, (b) bu tarafların iradelerinin "karşılıklı" (c) "birbirine uygun" olması unsurlarının arandığı anlaşılmaktadır.²⁹

TBK sözleşmenin nasıl kurulduğunu düzenlemekle birlikte sözleşmenin tanımına yer vermemiştir. Benzer şekilde 4054 sayılı Kanun da rekabet hukukuna göre bir anlaşmanın kurulması için aranan şartlara, tanım ve unsurlara yer vermemiştir. Bu başlıkta borçlar hukuku sözleşmeleri için doktrin tarafından benimsenen sistematik esas alınarak rekabet hukukundaki anlaşma ilişkisi değerlendirilecektir. Değerlendirme ile rekabet hukukuna göre kurulan anlaşma unsurlarının borçlar hukukundaki sözleşme ile benzerlikleri ve farkları ortaya koyulacaktır.

1. Taraf Kavramı

Taraf, sözleşmeye taraf olabilme ehliyetine sahip kişileri ifade eder.³⁰ Borçlar hukukuna göre bir sözleşmenin tarafı olabilmek için öncelikle hak ehliyetine, ardından sözleşme (fiil, muamele) ehliyetine³¹ sahip olmak gerekmektedir.³² Fiil ehliyeti kavramı, kişiler hukukunun konusudur.³³ Ancak kısaca açıklanacak olursa fiil ehliyetinin temel şartı,

²⁹ Karşz: Piotet, P., 1956, **La Formation du Contrat en Doctrine Générale et en Droit Privé Suisse**, Berne, Stämpfli, s.90-91; Tekinay, S. S., Akman, S., & Burcuoğlu, H., 1993, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 61 vd.

³⁰ Bu bağlamda; gerçek kişilerin sözleşmeye taraf olabilmesi için temel olarak ayırt etme gücüne sahip olma ve kısıtlı olmama şartlarının yerine getirilmiş olması, tüzel kişiler için ise kanuna ve Kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olma şartlarının yerine getirilmiş olması gerektiği bilinmelidir.

³¹ Fiil ehliyeti; bir kimsenin kendisini hak sahibi kılma, borçlandırma ve sorumlu kılma yeteneğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hatemi, H., 2005, **Gerçek Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitabevi, s. 13; Hatemi, H & Oğuztürk, K., 2013, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, s. 12.

³² Eren, F., 2016, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 243.

³³ Oğuzman, K. & Seliçi, Ö., 2018, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.49 vd. ; Oğuzman, 2011, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Turhan Yayınevi, s. 70.

gerçek kişiler yönünden temyiz kudretine sahip olmak; tüzel kişiler yönünden ise, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmaktır.³⁴ Bununla birlikte tüzel kişilerin fiil ehliyeti, sadece gerçek kişilere mahsus olan hak ve borçlar dışında kalan alan ile sınırlıdır.³⁵

Sözleşme kurulurken en az iki tarafın olması gerekir, sadece bir tarafın irade beyanı yeterli değildir.³⁶ Tek tarafın irade beyanı yaptığı ilişkiler, tek taraflı hukuki işlem olarak değerlendirilebilmektedir.³⁷ Diğer yandan rekabet hukuku kapsamında bir anlaşmanın kurulabilmesi için borçlar hukukundaki taraf kavramı yeterli değildir.

4054 sayılı Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde, "...faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar..." hükmünde işaret edildiği üzere rekabet hukuku kapsamında anlaşmaya taraf olabilmek için teşebbüs olmak ve bu teşebbüslerin "aralarında" bir işlem olması gerekmektedir. Buna göre 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ilişkinin anlaşma olarak kabul edilebilmesi için söz konusu ilişkinin en az iki teşebbüs arasında olması gerekmektedir.³⁸

4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi teşebbüsü tanımlamıştır. Buna göre teşebbüs; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir. Söz konusu tanıma göre teşebbüs için (i) *mal veya hizmet üretme, pazarlama veya satma*, (ii) *bağımsız olma* ve (iii) *ekonomik bütünlük* olmak üzere 3 temel unsur aranmaktadır.

³⁴ 5253 sayılı Dernekler Kanunu m.30/1, "Tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamazlar." hükmüne göre derneklerin kuruluş amaçlarının dışında kalan işlemleri geçersizdir.

³⁵ Dural, M., & Ögüz, T., 2009, **Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku)**, İstanbul, Tercih Kitabevi. s. 233-234; Akipek, J., Akıntürk, T., & Ateş Karaman, D., 2012, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, s. 541 vd. ; Özsunay, E., 1982, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, s. 61-62; Serozan, R., 2011, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 444.

³⁶ Kılıçoğlu, 2013, s. 53; Oğuzman, 2011, s. 39; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 54; Eren, 2016, s. 262-267; Ateş, 2014, s. 87.

³⁷ Eren, 2016, s. 242.

³⁸ ATAD'ın *Bayer v Commission* kararında anlaşmanın varlığı değerlendirilmiş ve "şekli önem taşımayan en az iki teşebbüsün irade birliklerinin varlığının" anlaşmanın kurulması için yeterli olduğu belirtilmiştir. Bu durumda rekabet hukukunda 6098 sayılı TBK ile paralel olarak, anlaşmanın oluşabilmesi için genel kural birden fazla tarafın mevcudiyetidir; ancak borçlar hukukundan farklı olarak tarafların "teşebbüs" sıfatına sahip olması aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Dava No. T-41/96, *Bayer v. Commission*; Dava No. C-2/01, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Bayer*, (2004).

Tanımda teşebbüsün *devamlılığı* unsur olarak aranmamıştır³⁹; bu halde, devamlılık amacı taşımaksızın bir defaya mahsus iktisadi faaliyet yürütenlerin faaliyetleri rekabet hukukuna konu olmalıdır. Ancak ticari hayatın normal akışı içerisinde, bir defaya mahsus iktisadi faaliyetlerinin rekabet ortamını etkilemesi mümkün değildir.⁴⁰ Durum böyle iken, kanun koyucu devamlılık unsurunu bilinçli bir şekilde teşebbüsün unsurları arasına koymamıştır. Bir defaya mahsus olmasa da -devamlı olmayan- kısa süreli, geçici faaliyetler rekabet ortamını bozabilmektedir. Dolayısıyla devamlılık unsurunun aranması, teşebbüs tanımını daraltarak kanunun amacının gerçekleştirilmesini zorlaştıracaktır.⁴¹ Bu nedenle, teşebbüs tanımında devamlılık unsuruna yer verilmemesi yerindedir.⁴²

AB rekabet hukuku mevzuatında, teşebbüs kavramı ABİDA m. 101 ve m. 102’de “undertaking” ibaresiyle yer bulmuştur. ATAD tarafından teşebbüs, -ekonomik faaliyeti ve hukuki statüsüne bağlı olmaksızın- ekonomik faaliyet sürdüren her türlü teşekkül olarak tanımlanmaktadır.⁴³ Bu doğrultuda AB mevzuatı açısından da -Türk Rekabet Hukuku ile paralel olarak- gerçek, tüzel kişiler veya tüzel kişiliğe haiz olmayan varlıkların da teşebbüs olması mümkündür.

Gerçek kişilerin teşebbüs olması ilk defa ATAD’ın **Commission v Italy** kararında⁴⁴ ele alınmıştır. Kararda, gümrük komisyoncularının ekonomik faaliyette bulundukları, aracılık faaliyetlerinde kendi risklerini taşıdıkları, bağımsız oldukları bu sebeplerle hiçbir tereddüde yer olmadan teşebbüs oldukları belirtilmiştir.⁴⁵

Komisyonun bir kararında⁴⁶ ise, elektrikli aletlerde patente sahip olan bir bilim adamı, patentli buluşunun üretiminde ve satışında bir teşebbüse münhasırlık sağlaması üzerine, buluşunu ticaret konusu haline getirdiği kabul edilerek, teşebbüs olarak

³⁹ Bahse konu teşebbüs ibaresi TTK’da tanımlanan ticari işletme kavramından uzaktır. TTK’da ticari işletme için aranan kâr sağlama, devamlılık gibi unsurlar rekabet hukukundaki teşebbüs için kriter olarak aranmamaktadır. Diğer yandan, kâr sağlamayan, devamlılık unsurlarına sahip olmayan süjeler ise rekabet hukukundaki gerekli unsurları sağlamaları halinde, teşebbüs olarak kabul edilecektir.

⁴⁰ Karaman Coşgun, Ö., 2015, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları**. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 116.

⁴¹ Arı, Z., 2004, **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 148.

⁴² Benzer yönde: Ibid.s.148 vd.

⁴³ Korah, 1997, **Cases and Materials on EC Competition Law**, Hart Publishing, s. 10; ATAD, Dava No. C-41 /90, Höfner v Macroton, (1991).

⁴⁴ Dava No. C-35/96 **Commission of European Communities v. Italian Republic**, (1998).

⁴⁵ Güzel, 2003 , s. 8.

⁴⁶ Avrupa Komisyonu, Karar No. V/26.949 **AOIP v. Beyrard**, (1975).

değerlendirilmiştir. Ek olarak çeşitli kararlarda, marka ve patent temsilcileri⁴⁷, fırıncılar⁴⁸, minibüs işletmecileri⁴⁹, ses sanatçıları⁵⁰ gerçek kişi teşebbüs olarak nitelendirilmiştir.

Son tüketici olan gerçek kişilerin ise teşebbüs olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.⁵¹ Zira tüketiciler, mal veya hizmet üretimi, pazarlaması veya satımı gerçekleştirmemektedir. Bu halde, tüketici ile kurulan ilişkiler, rekabet hukuku kapsamında anlaşma değildir.

Gerçek kişilerin teşebbüs kabul edildiği gibi tüzel kişilerin de teşebbüs sıfatını taşıması mümkündür. Tanımda yer aldığı üzere, hem gerçek hem de tüzel kişilerin *mal veya hizmet üretmesi, pazarlaması veya satması, bağımsız olması ve ekonomik bütünlüğünün olması* şartlarını sağlamaları halinde teşebbüs olmaları mümkündür. Anlaşmanın süjelerinden biri bu unsurlardan herhangi birine sahip değilse, ilgili süje teşebbüs değildir. Bu halde süjelerden birinin diğerine “ilgili anlaşma açısından” ekonomik bağımlılığı varsa, bağımlı olan taraf teşebbüs olarak kabul edilmemektedir. Bu duruma ilişkin olarak ATAD, ana şirket ile yavru şirketin grup içi anlaşmalarını -yavru şirketin ekonomik bağımsızlığa sahip olmaması halinde- şirket içi görev paylaşımı olarak değerlendirmektedir. Bu çerçevede ATAD, yavru şirketin pazarda kendi karar verme sürecine sahip olmadığı anlaşmalarda, teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmiştir.⁵² Buna göre yavru şirketin ekonomik bağımsızlığa sahip olmadığı uygulamaların rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁵³ Buna örnek olarak⁵⁴ ATAD, **Becu and Others** kararında işçilerin hizmet sözleşmesi altında oldukları sürece tek başlarına teşebbüs olmayacaklarını kabul etmiştir. Bu doğrultuda işçilerin işverenleriyle yaptıkları kolektif sözleşmeler, rekabet hukuku kapsamında anlaşma

⁴⁷ Avrupa Komisyonu Karar No. IV/33.686 **COAPI**, (1995); “İspanya’da gerçek kişi olarak serbest meslek faaliyeti yürüten fikri mülkiyet ajanları, fikri mülkiyet haklarından yararlanmak isteyenlere danışmanlık yapmaktadırlar. Bu kişiler ayrıca yabancı kişilere danışmanlık yapmakta ve Avrupa çapında lisans verme konusunda da aracılık yapmaktadırlar. Komisyona göre bu kişilerin teşebbüs sayılması için gerekli iki şart da bulunmaktadır. Bu ajanlar kendi mesleklerini bağımsız olarak sürdürmekte ve bir ekonomik faaliyet yürütmektedirler.” Ayrıntılı bilgi için bkz: Güzel, 2003 , s. 8.

⁴⁸ RK, Karar No. 13-33/446-197 **Tekirdağ Ekmek**, (2013).

⁴⁹ RK, Karar No. 00-4/33-15 sayılı **Ankara Minibüsçüler**, (2000).

⁵⁰ RK, Karar No. 14-43/787-350 sayılı **Mütemadiyen**, (2014).

⁵¹ ATAD, Dava No. C-180-184/98 **Pavel Pavlov v Sticking Pensioenfonds Medische Specialisten**, (2000).

⁵² ATAD, Dava No. C-15/74 **Centrafarm v Sterling Drug**, (1974).

⁵³ Aynı doğrultuda bkz: ATAD, Dava No. C-73/95 **Viho Europe v Commission**, (1996).

⁵⁴ ATAD, Dava No. C-22/98 **Becu and Others**, (1999).

olmamaktadır. Diğer taraftan ilgili karar, işçilerin birlik oluşturmaları halinde teşebbüs birliği olarak kabul edileceklerine işaret etmiştir. Karara göre ekonomik bağımsızlığı olmayan üyelerden oluşan teşebbüs birlikleri, ekonomik anlamda bağımsız olabileceklerdir.

Ekonomik bütünlüğün varlığına ilişkin olarak ise RK bir kararında, ayrı ayrı ekonomik bütünlükleri olmaması dolayısıyla üç adet et firmasının her birini teşebbüs olarak kabul etmemiştir.⁵⁵ Benzer şekilde *Volkan Taşımacılık* kararında⁵⁶ birlikte ekonomik bütünlüğe haiz yolcu terminali işleten şirket ile yolcu taşıma acentesinin her birini ayrı ayrı teşebbüs olarak değerlendirmemiştir. Dolayısıyla söz konusu kararlardaki ilişkiler anlaşma olarak kabul edilmemiştir.

Anlaşmanın her bir tarafın “anlaşma konusu ilişki” çerçevesinde, *mal veya hizmet üretme, pazarlama veya satma, bağımsızlık ve ekonomik bütünlük* şartlarına sahip olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁵⁷ Örneğin ekonomik bütünlüğü ve bağımsızlığı olan, mal/hizmet üretim veya satımı yapan (faaliyet konusu temizlik ürünleri olmayan) bir şirket sadece temizlik amaçlı temizlik ürünleri alırsa, bu şirket temizlik ürünlerini üretim, pazarlama veya satım faaliyetlerinde girdi olarak kullanmayacaksa bu ilişki açısından son tüketici olacaktır. Bu halde söz konusu anlaşma, rekabet hukuku anlamında bir anlaşma olmayacaktır.

Sonuç olarak tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliklerinin veya henüz tüzel kişilik kazanmamış dernek, vakıf ve şirketlerin de teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkündür.⁵⁸ Diğer yandan bahse konu sülhlerin borçlar hukukunda sözleşmeye taraf olması mümkün değildir. Rekabet hukukunda borçlar hukukundan farklı olarak tüzel kişiliğe sahip olmayan sülhlerin anlaşmaya taraf olması mümkündür.

Gerek Avrupa gerek Türkiye rekabet hukukunda anlaşmanın aktif süljesi teşebbüslerdir.⁵⁹ Rekabet hukukuna göre anlaşmanın tarafı olabilmek için ekonomik bütünlük,

⁵⁵ RK, Karar No.11-57/1510-538 *Et*, (2011) .

⁵⁶ RK, Karar No.17-23/384-167 *Volkan Taşımacılık*, (2017).

⁵⁷ Ankara Bölge İdare Mahkemesi E. 2017/815 K. 2018/28 sayılı *Ateş Çelik v. Rekabet Kurumu*, (2018).

⁵⁸ Rekabet Kurulu, tüzel kişiliği olmayan Basın İzleme Araştırma Kurulunu, aynı şekilde, tüzel kişiliği olmayıp müşterek endüstri komitesi olan Televizyon İzleme Araştırmaları Komitesini teşebbüs olarak kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: ATAD, Dava No. 209/78 *Heinz Van Landewyck v Commission*, (1980); RK, Karar No. 99-13/99-40 *BİAK*, (1999); RK, Karar No. 09-50/1236-310 *TİAK*, (2009).

⁵⁹ Tekinay, Akman, & Burcuoğlu, 1993, s.70 vd.; Topcuoğlu, 2001, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 103.

bağımsızlık; mal veya hizmet üretimi, pazarlaması veya satımı sıfatlarına sahip olmak gerekmektedir. Borçlar hukukunda sözleşmeye taraf olabilmek için hak ve fiil ehliyetine sahip olmak aranmakta iken rekabet hukukunda sözleşme ehliyetinin varlığı yeterli değildir.

Sonuçta rekabet hukukundaki anlaşmalar değerlendirilirken öncelikle anlaşma taraflarının teşebbüs niteliğinde olup olmadığına bakılmalıdır. Bu doğrultuda teşebbüs sıfatının varlığı, söz konusu tarafların anlaşma çerçevesindeki ilişkisi ile anlaşmanın mahiyeti gözetilerek değerlendirilmelidir. Bu kapsamda borçlar hukukuna göre sözleşme niteliğindeki bir ilişkinin rekabet hukukuna göre anlaşma olarak değerlendirilmemesi mümkündür, diğer yandan anlaşma olarak değerlendirilen bir ilişki sözleşme olarak değerlendirilemeyebilir.

2. Tarafların İradelerinin Uyuşması

Türk Borçlar Hukuku'na göre sözleşmenin kurulması için tarafların birbirine uygun irade beyanı gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması için esasen sözleşmenin içeriği üzerinde tarafların irade beyanlarının uyuşması gerekir, taraflar sözleşmenin içeriğini belirleyerek içerik üzerinde uyuşma sağlarlar.⁶⁰

TBK'ya göre sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşmaları gerekmektedir.

Sözleşmenin esaslı noktaları; objektif esaslı noktalar ve sübjektif esaslı noktalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır; objektif esaslı noktalar, sözleşmenin kurulması için zorunlu olan asgari noktalardır.⁶¹ Sübjektif esaslı unsurlar ise tarafların birlikte

⁶⁰ Kramer, E. A., & Schmidlin, B., 1986. **Berner Kommentar**. Bern, Stämpfli, s. 122; Keller, M., Schöbi, C., & Gabi, S., 1988, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, s. 53; Antalya, G., 1991, **Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları**, Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 156; Koller, A., 1996, **Schweizerisches Obligationenrecht, Grundriss**, Bern, Stämpfli, s. 82; Schwenzer, I., 1998, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Bern, Stämpfli, s. 177; Gauch, P., Schluep, W. R., Schmid, J., & Emmenegger, S., 2003, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, Schulthess Verlag, s. 308; Kocaağa, K., 2008, **Sözleşmenin Kurulabilmesi için Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar**, TBB Dergisi, s. 75; Kılıçoğlu, 2013, s. 36; Eren, 2016, s. 244.

⁶¹ Schönenberger, W., & Jäggi, P., 1973, **Obligationenrecht: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Zürich, Schulthess, s. 38; Keller, Schöbi, & Gabi, 1988, s. 54-55; Gauch P., 1991, s. 46 vd.; Merz H., 1992, **Vertrag und Vertragsschluss**, Fribourg, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, s. 175;

kararlaştırmalarıyla veya taraflardan birinin karşı tarafın anlayabileceği bir davranışıyla, ilgili unsurun zorunlu hale getirildiği noktalardır.⁶² Sözleşmenin kurulması için, esaslı noktalarda uyuşmaya varılması zorunludur, kural olarak esaslı noktalar sonra düzenlenmek üzere ileriye bırakılamaz.⁶³ Esaslı noktaların sonra düzenlenmek üzere ileriye bırakılması halinde sözleşmenin ileride kurulacağı kabul edilir ve hâlihazırda kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez. Diğer taraftan esaslı olmayan (yan) noktalardan birinin sonraya bırakılması veya sükût ile geçiştirilmesi anlaşmanın kurulmasını engellememektedir.⁶⁴

Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin tipini ve türünü belirlemekte, asgari içeriğini oluşturmaktadır.⁶⁵ Sübjektif esaslı noktalar ise, karşı tarafın bilgisiyle sadece bir tarafça veya iki tarafın birlikte koyduğu sözleşmede bulunması mutlaka istenen noktalardır.⁶⁶

Borçlar hukukunda irade uyuşmasının sadece objektif esaslı noktalarda ya da hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalarda olup olmayacağı tartışmalıdır. İrade serbestisi ilkesi gereği, irade uyuşmasının sübjektif esaslı noktaları da kapsamayı gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁷

Rekabet hukuku anlaşmalarında teşebbüslerin iradelerinin uyuşması gerekmektedir. Ancak iradelerin hangi noktalarda uyuşması gerektiği noktasında kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak ATAD'ın *Limburgse Maatschappij & Ors v. Commission*⁶⁸ ve *Amino Acids*⁶⁹ kararları yol göstericidir. Kararlarda, anlaşmanın taraflarının anlaşmanın çerçevesi niteliğindeki “rekabetin kısıtlanması ortak amacına” sahip olmalarının uyuşma ağıısından yeterli olduğu kabul edilmiştir.⁷⁰ Bu doğrultuda,

Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 74-80; Schwenzner, 1998, s. 178; Koller, 1996, s. 86; Altaş, 1998, s. 53; Aral, 1999, s. 180; Gauch P., Schluep, Schmid, & Emmenegger, 2003, s. 331 vd.; Oğuzman & Ö, 2010, s. 67. Eren, 2016, s. 210 vd.

⁶² Kocaağa, 2008, s. 80-81,84; Oğuzman, 2011, s. 65; Eren, 2016, s. 246.

⁶³ Kocaağa, 2008, s. 75.

⁶⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 75, 78.

⁶⁵ Eren, 2016, s. 246.

⁶⁶ Ibid., s. 246.

⁶⁷ Kocaağa, 2008, s. 87.

⁶⁸ ATAD, Dava No. Joined Cases T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94, *Limburgse Maatschappij & Ors v. Commission*, (1999).

⁶⁹ ATAD, Dava No. OJ L 152/24, *Amino Acids*, (2001).

⁷⁰ Taraf sayısının çok olduğu ve uzun yıllar süren karmaşık yapılı kartel anlaşmalarında zaman içerisinde; anlaşmanın unsurları, ihlal tipleri veya taraflar değişse veya anlaşma tarafları kartelin tüm aşamalarına katılmasa da; tarafların çerçeve anlaşma olan “rekabetin kısıtlanması ortak amacına” sahip olmalarının anlaşmanın kurulması ağıısından yeterli olduğunu belirtilmiştir.

tarafların çerçeve anlaşma niteliğindeki rekabeti kısıtlama amacına sahip olması yeterlidir. Anlaşmanın diğer unsurlarındaki irade uyumsuzlukları önem arz etmemektedir. Bu durum borçlar hukukundaki sözleşmeler açısından yeterli değildir. Borçlar hukukunda tarafların esaslı unsurlarda anlaşmaları aranmakta iken rekabet hukukunda esaslı unsurlarda anlaşma gerekmez. Ersoy’a göre:

“...teşebbüslerin dönem dönem kartele liderlik etmesi, daha aktif ya da pasif olması, kartelden çıkmaları yahut kartele tekrar girmeleri, tüm toplantılara katılmamaları, hatta alınan her karara birebir uymamaları mümkündür. Kartele taraf olan teşebbüslerin süreç içerisinde değişebilmesi söz konusu olabilmekle birlikte, her değişim teşebbüsler arasında yeni bir anlaşma yapıldığını göstermemektedir...”

Bu halde ikiden fazla tarafı olan bir anlaşmada tarafların anlaşmaya girip çıkması, anlaşma sürecinde anlaşmanın içeriğinde veya anlaşmada yapılan değişikliklerde uyusmamaları önemli değildir. Anlaşma taraflarında olan değişiklikler veya anlaşmanın içeriğinde tarafların iradesi olmaksızın yapılan değişiklikler rekabet hukuku açısından anlaşmanın kurulmasına engel değildir.⁷¹

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Türk Borçlar Hukuku’nda tarafların objektif esaslı noktalarda ve sübjektif esaslı noktalarda uyusmaları şart iken rekabet hukukunda anlaşmanın çatısı olan rekabeti kısıtlama amacında uyusulması anlaşmanın kurulması için yeterlidir. Anlaşmalarında sözleşmenin süresi, tarafları veya sözleşmenin içeriğinde karşılaşılan uyumsuzluklar anlaşmanın kurulmasının önüne geçmemektedir. Bu kapsamda borçlar hukuku ve rekabet hukukunda sözleşme/anlaşmanın kurulması için birbirine uygunluk aranmaktadır. Ancak rekabet hukukunda rekabeti kısıtlama amacında uyusma yeterli iken borçlar hukukunda esaslı noktalarda uyusma aranmaktadır. Her iki hukuk açısından uyusulması gereken hususlar farklıdır.

⁷¹ Benzer yönde bkz: Whish, R., & Bailey, D., 2011, **Competition Law**, Oxford, Oxford University Press, s. 103; Ersoy, B., 2015, **Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı**, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 16.

3. Karşılıklılık

Türk Borçlar Hukuku'na göre sözleşmenin kurulması için tarafların irade açıklamalarının karşılıklı olması gerekmektedir.⁷² Doktrinde, “sözleşme taraflarından her birinin, açıkladığı irade beyanı yönünden beyan sahibi, karşı tarafın irade beyanı yönünden ise muhatap olması⁷³”, diğer bir ifade ile tarafların irade açıklamalarını birbiriyle değiştirmesi⁷⁴ ile karşılıklılık unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. İrade açıklamalarının karşılıklı olduğunun kabulü için, ikinci irade beyanının (kabulün) birinciye (icaba) cevap olacak surette yapılması gerekir.⁷⁵

Borçlar hukukunda sözleşmeyi kurmak için yapılan icaba muvafakat edildiğini bildiren karşılık irade beyanının -kabulün⁷⁶- kural olarak icabı yapan tarafa ulaşması gerekmektedir.⁷⁷ Bu kapsamda icabın muhatapı uyuşma iradesini bir mektuba yazsa; ancak bunu icabı yapana göndermese sözleşme kurulmayacaktır.⁷⁸ Borçlar hukukunda sözleşmenin kurulması için muhatapın iradesini kanaat verici bir davranışla, sarih veya zımni beyan etmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir.⁷⁹ Belbez'e göre⁸⁰:

“Karşı irade beyanı, muhatapın hâkimiyet sahasına girer, yani muhatapın o beyanı öğrenebilmesi imkânı temin edilmiş olur ve normal şartlara ve hayatın verdiği tecrübelerle göre öğrenebileceği beklenebilirse, o irade beyanının vasıl olduğu, muhataba vardığı kabul edilir.”

Bu halde hayatın normal akışına göre irade beyanının muhatapın hâkimiyet sahasına girmesi ile irade beyanın öğrenilebilecekse karşılıklılık gerçekleşecektir.

Tarafların kabul beyanı ise kural olarak bir şekle bağlı değildir. Kabul beyanı sarih olabileceği gibi zımni de olabilir. Ancak muhatapın susma beyanı kabul sayılmaz.⁸¹

⁷² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 70.

⁷³ Schöenberger & Jäggi, 1973, s. 74; Gauch P., Schluep, Schmid & Emmenegger, 2003, s. 227,356,437; Koller, 1996, s. 107; Kılıçoğlu, 2013, s. 36; Eren, 2016, s. 258.

⁷⁴ Eren, 2016, s. 258.

⁷⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 70.

⁷⁶ “Kabul, kendisine icabın yöneltildiği şahıs tarafından”, “muhatapın icabı yapana yönelttiği bir beyandır.” Bkz: Oğuzman, 2011, s. 57-58.

⁷⁷ Arsebük, E. , 1937, **Borçlar Hukuku**, Ankara, s. 129; Belbez, 1944, **Akitlerde Sükûtun Ehemmiyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 216; Oğuzman, 2011, s. 57.

⁷⁸ Oğuzman, 2011, s. 58.

⁷⁹ Öztürk, 2002, s. 105.

⁸⁰ Belbez, 1944, s. 218.

⁸¹ Oğuzman, 2011, s. 59.

Muhatap yapılan bir icabı kabul etmediğini bildirmek zorunda değildir.⁸² Hatta Oğuzman'a göre "icabı yapan muhatabın icabı kabul etmediği bildirmemesi halinde icabı kabul etmiş sayacağını icabında belirtmişse"⁸³ dahi sözleşme kurulmayacaktır. Kural olarak, diğer tarafın susma iradesi kabul anlamı taşımaz ve sözleşme kurulmaz.⁸⁴

Rekabet hukukunda ise tarafların anlaşma kuruyorken irade beyanlarını karşılıklı değiştirilmeleri gerekmemektedir, diğer bir deyişle irade beyanlarının takası aranmamaktadır. Bu durum rekabet hukukunun "uyumlu eylem" müessesesi ile gözler önüne serilmektedir.

Uyumlu eylem, YİAK m. 1 ve RK'nin bazı kararları⁸⁵ çerçevesinde rekabet hukukunda anlaşma olarak kabul edilmektedir. Uyumlu eylem, teşebbüslerin aksiyon planı olmaksızın kendi bağımsız davranışları yerine geçen kasti koordinasyonlar olarak tanımlanmaktadır. ABDYM'nin bir kararında⁸⁶, konuya ilişkin olarak bir sinema işletmecisinin film dağıtıcılarına gönderdiği öneri mektubu sonrası film dağıtıcıları öneriye uygun hareket etmesi uyumlu eylem olarak değerlendirilmiştir. YİAK kapsamında söz konusu uygulama anlaşma niteliğindedir. Mahkeme teşebbüslerin uyumlu eyleme davet edilmiş olmaları, davet doğrultusunda hareket etmeleri ve birbirlerinin adreslerini görmeleri hususlarını uyumlu eylem için yeterli bulmuştur. Söz konusu ilişkide mektubu alan muhatap teşebbüslerin kabul beyanı icapta bulunana ulaşmamıştır veya aralarında irade beyanlarının takası gerçekleşmemiştir; ancak rekabet hukuku kapsamında anlaşmanın kurulduğu kabul edilmiştir.

Ateş tarafından karşılıklılık ilkesi sözleşmenin amaçları ve menfaatleri açısından değerlendirilmektedir. Bu yönden, rekabet hukukunda anlaşmaların taraflarının amaç ve menfaatlerin karşılıklı olmadığı, aynı yönde olduğu belirtilmektedir. Özellikle yatay anlaşmalar açısından tarafların amaç veya menfaatinin rekabetin kısıtlanmasından doğan yarar olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte dikey anlaşmalar açısından

⁸² Secrétan, R., 1946, *Note sur la portée du silence juridique du silence opposé à une lettre de "confirmation" d'un contrat (ou prétendu contrat)*, *Journals des Tribunaux*, 94, s.238-239; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 93.

⁸³ Dipnot 81.

⁸⁴ Öztürk, 2002, s. 105.

⁸⁵ RK, Karar No. 05-60/896-241, *Pak Gıda, Özmaya, Mauri Maya ve Akmaya*, (2005); RK, Karar No. 11-12/226-76, *Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği, Yüzyıl Işıl Eğitim Kurumları, Özel Kültür Koleji, Özel Surp Haç Ermeni Lisesi, Vehbi Koç Vakfı Koç Özel İlköğretim Okulu ve Lisesi İktisadi İşletmesi ve diğerleri* (2011).

⁸⁶ ABDYM, Dava No. 06 U.S. 208 *Interstate Circuit Inc. v. United States*, (1939).

borçların iki taraf üzerinde de doğması sebebiyle genellikle anlaşma taraflarının menfaatinin karşılıklı olduğu dile getirilmektedir.⁸⁷

Kanaatimizce karşılıklılık ilkesi, anlaşma taraflarının menfaatlerinin birbiri üzerinde yükümlülük oluşturup oluşturmadığı yönünden incelenmemelidir. Borçlar hukuku doktrininde -irade beyanlarının takas olup olmaması açısından- irdelendiği şekilde, rekabet hukuku anlaşmaları açısından da irade beyanlarının takas olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.⁸⁸

Karşılıklılık ilkesi çerçevesinde rekabet hukukunun borçlar hukukundan ayrıştığı diğer bir durum susma sorunudur. Susma kural olarak borçlar hukukunda bir irade beyanı değildir; ancak rekabet hukukunda susma, irade beyanı olarak kabul edilmektedir. Konuya ilişkin olarak, ATAD'ın **Aalborg Portland v Commission** kararına⁸⁹ bakmakta fayda bulunmaktadır. Kararda teşebbüs rekabete aykırı bir amaç üzere yapılan bir veya daha fazla toplantıya katılmış ve bir teşebbüsün katıldığı toplantıdan kendini açıkça uzaklaştırmaması (publicly distance) halinde anlaşmanın tarafı olarak sayılacağı kabul edilmiştir. Bu çerçevede teşebbüslerden birinin susmanın irade beyanı olmadığını bu nedenle anlaşmayı kabul ettiğinin ileri sürülemeyeceği savunması kabul edilemez. Görüleceği üzere susma iradesi, borçlar hukuku açısından sözleşmenin kurulması sonucu doğurmuyorken; rekabet hukuku açısından yeterlidir. Taraflardan birinin irade beyanı niteliğindeki eylemleri karşısında diğer taraf susuyorsa, taraflar irade beyanlarını değiştirmese de anlaşma kurulmuştur.

Sonuç olarak, bBorçlar hukukunda sözleşmenin kurulması için gereken unsurlar ile rekabet hukukunda anlaşmanın kurulması için gereken unsurlar farklılık arz etmektedir. Borçlar hukukunda birden fazla taraf, iradelerin uyuşması ve karşılıklılık olmak üzere üç unsur aranmakta iken; rekabet hukukunda anlaşmanın kurulması için “birden fazla teşebbüs” ve “irade uyuşması” olmak üzere iki temel unsur aranmaktadır. Bununla

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Ateş, 2014. “Sözleşmede tarafların amaçları ve menfaatleri karşı karşıyadır. İstisnaları olmakla birlikte sözleşmenin bir tarafı ‘borçlu’ diğer tarafı ‘alacaklı’ olarak nitelendirilir. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarından biri diğerine karşı bir şey vermek, bir şey yapmak veya yapmamak gibi bir edimde bulunmakla yani sözleşme konusu menfaati karşı tarafa sağlamakla yükümlüdür. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu durum karşılıklıdır. Yani tabir caiz ise sözleşmede bir menfaat ‘çakışması’ veya çatışmasından söz edilebilir.”

⁸⁸ Bkz: s. 13 vd.

⁸⁹ ATAD, Dava No. C-204/00 **Aalborg Portland v. Commission**, (2004).

birlikte rekabet hukukunda irade uyuşması borçlar hukukunda sözleşmenin kurulması için aranan irade uyuşmasından oldukça geniş yorumlanmaktadır.

II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Sözleşme özgürlüğü, 1982 T.C. Anayasası'nın ikinci kısmının üçüncü bölümü olan “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlığı altında çalışma özgürlüğü ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir. Anayasa'nın 48. maddesine göre “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” Her bir özgürlük özel hukukun temel özgürlüklerinden biridir.⁹⁰ Sözleşme özgürlüğü ise irade özgürlüğünün borçlar hukukundaki somutlaşmış hali olup oldukça geniş bir kavramdır.⁹¹ En temel anlamıyla, kişinin sözleşme yapıp yapmama hususunda özgür olmasıdır.⁹²

A. ANAYASA AÇISINDAN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Anayasanın 48. maddesi ile korunan sözleşme özgürlüğü (serbestisi) ise genel olarak bireyin istediği içerikle, istediği kişilerle, istediği alanda sözleşme yapmasını veya yapmamasını konu alır. Anayasa Mahkemesine bir kararına⁹³ göre sözleşme özgürlüğü:

“...Devlet'in, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir.”

AYM, sözleşme özgürlüğünü irade özgürlüğünün dayanağı olarak görmektedir. Sözleşme özgürlüğüne sağlanan koruma sadece sözleşme içi ilişkileri hedeflememektedir. Sağlanan koruma, tarafların zorlama ve psikolojik etki altında olmaksızın akdetmek imkânı sağlayan karar vermesini⁹⁴, sözleşme içi ilişkilerini ve sözleşmeye dışarıdan müdahale edilmesini de konu almaktadır.⁹⁵

⁹⁰ Huguenin & Meise, 2015, s. 2; Kramer & Schmidlin, 1986, s. 20; Kaşak, 2018, s. 37.

⁹¹ Oğuzman & Öz, 2010, s. 24; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 363; Kaşak, 2018, s. 34.

⁹² Oğuzman & Öz, 2010, s. 23; Ercoşkun Şenol, 2016, s. 712.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: AYM T. 8.1.2009, E. 2004/87, K. 2009/5, (RG. 05.03.2009, Sayı: 27160).

⁹⁴ Kramer, E. A., 1991, **Berner Kommentar, Art. 19-22 OR, Allgemeine Bestimmungen. Inhalt des Vertrages**, Bern, Stämpfli, s. 45; Kaşak, 2018, s. 42.

⁹⁵ AYM, T. 13.2.2002, E. 2001/389 K. 2002/29 (RG:18.4.2002, 24730).

Sözleşme serbestisi kapsamında YHGK'nın 10.12.2003 tarihli 2003/4-693 E. ve 2003/740 K. ilamında aşağıdaki değerlendirmelere yer vermiştir:

“Anayasa'nın 48. maddesine göre kişiler sözleşme özgürlüğüne sahiptirler. Genel olarak özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Anayasa ve Borçlar Kanunun da öngörülen sözleşme özgürlüğü ile teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler. Kural sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte bu aynı zamanda sözleşmeyi yapmayı reddetme özgürlüğünü de birlikte getirir. Kurallar bunlar olmakla birlikte bunun istisnasını ‘sözleşme yapma mecburiyeti’ veya ‘sözleşme yapma yükümlülüğü’ oluşturur. Piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalar ile özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını düzeltmek amacıyla bu sistem öngörülmüştür. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir, istenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir. Özel hukuk kökenli kanunlarda sözleşme yapma zorunluluğu yasa koyucu tarafından öngörülebilir. Örneğin zorunlu geçit ve zorunlu kaynak haklarında belirli şartların bulunması halinde taşınmaz maliki, komşusuyla bir irtifak sözleşmesi yapmak zorundadır. Malik sözleşmeyi yapmazsa, açılacak dava üzerine hâkim vereceği karar ile sözleşmenin kurulmasını sağlar. Kamu hukuku alanında da yasa koyucu sözleşme yapmayı emredebilir. 2918 sayılı Yasanın 101. maddesi uyarınca Trafik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yapılması yasal bir zorunluluk olarak getirilmiş ve bu kural uyarınca sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta sözleşmesi yapılmak suretiyle yasal zorunluluğun yerine getirilmesi sağlanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 42. maddesi, bir avukatın ölmesi veya iş yapamaz duruma gelmesi gibi hallerde onun elindeki işleri yürütmek üzere, baro başkanına bir avukatı görevlendirmek yetkisi vermektedir. Bu halde görevlendirilen avukat, iş sahibi ile vekâlet sözleşmesi yapmaktan mazeretsiz olarak kaçınmaz. Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük

kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak hükümlülüğü söz konusu olur.”

Kararda sözleşme serbestisinin esas olduğuna dikkat çekilmekte ve bu serbestiye birtakım sınırlar getirilebileceği örnekleriyle birlikte vurgulanmaktadır. Nitekim Anayasa, Anayasa'nın devlete verdiği görevlerin yerine getirilebilmesi amacıyla sözleşme serbestisinin sınırlandırılabilmesini bizzat düzenlemiştir.⁹⁶ Ne var ki hukuk devleti anayasaları, bireysel özgürlüğün ilke olarak sınırsız, devletin bu alana müdahale yetkisinin ise ilke olarak sınırlı olduğu kabulüne dayanmaktadır.⁹⁷ Diğer yandan Anayasalar, bireysel haklar ile sosyal hakların korunmasındaki denge üzerine kuruludur. Toplumsal haklar ile bireysel hakların ise her zaman aynı anda korunması mümkün değildir, bu zamanlarda her ikisi arasında bağdaşma gerekmektedir.⁹⁸ Bu doğrultuda ikisi arasında bir ödünleşim olduğunda, anayasa ödünleşim metodunu, standart ve önceliklerini belirlemelidir.

99

Anayasa m. 48'de temel sosyal devlet ilkesi doğrultusunda bireylerin sözleşme özgürlüğünü düzenlemiştir. Hükme göre herkes sözleşme hürriyetine sahip olup ve özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Hükmünde devamında, devletin özel teşebbüslerin milli iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenli ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirler alacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde bireysel ve toplumsal haklara birlikte yer verilmesi bu ikisi arasında ödünleşim olabileceğine işaret etmektedir. Anayasa söz konusu dengenin sağlanması için devlete m. 167 hükmü ile para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma, bunun yanında piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleme yetkisi de vermiştir.

Anayasa'nın belirli bir ekonomi modeline katı bağlılığı bulunmamakla birlikte serbest piyasa sisteminin uygulanması ile oluşan fiili durum ve mevcut hükümler doğrultusunda,

⁹⁶ Sözleşme serbestisi ve kısıtlamaları açısından ayrıca bkz: Yavaş, 2016.

⁹⁷ Schmitt, 2008, Carl, **Liberal Hukuk Devletin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı**, Çev.: Bilal Canatan, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara, s. 121; Gökpinar, 2016, **Anayasal Devlette Temel Hak ve Özgürlükler Düzeni**, s.71 vd. (çevrimiçi) <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/29798/> (Erişim Tarihi: 01.06.2019).

⁹⁸ Gökpinar, 2016, s.137 vd.

⁹⁹ Oğuz, F., & Kent, B., 2011, **Anayasa'da Ekonomik Ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası, s. 36; Gökpinar, 2016, s.76.

1980 yılından itibaren Anayasa'nın “sosyal piyasa ekonomisi”ni tercih ettiği söylenebilir.¹⁰⁰ Özbudun tarafından¹⁰¹ sosyal piyasa ekonomisinin

“piyasa ekonomisinin işleyişinden doğabilecek bazı aksaklıkların, tekelleşmeleri önlemek, serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmak, piyasada egemen olan gücün kötüye kullanılmasını önlemek ve tüketiciyi korumak amaçlarıyla, devlet tarafından yapılacak müdahale ve düzenlemelerle giderilmesini...”

amaçladığı ifade edilmektedir. Diğer taraftan Anayasa m. 2'ye göre benimsenen sosyal devlet ilkesi AYM tarafından¹⁰²:

“...insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi özgürlük rejimini uygulayan devlettir.”

olarak tanımlanmıştır. Buna göre sosyal devlet; ekonomik yönden zayıf olan teşebbüslerin korunması, piyasalarda gerçekleşebilecek dengesizliklerin önüne geçilmesi ve ekonomik bakımdan zayıf olanları korunması amaçlarıyla piyasaya müdahale edebilmektedir. Bu kapsamda Anayasa'nın koruma altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin sınırsız olması mümkün değildir.

Anayasa m. 48/2 hükmü ve sosyal devlet ilkesi kapsamında, 6098 sayılı TBK m. 26 hükmü ile sözleşme özgürlüğü “*kanunda öngörülen sınırlar içinde*” sınırlandırılmıştır. Bu doğrultuda kanun koyucu sosyal piyasa ekonomisinin korunması amacıyla sözleşme özgürlüğünü kısıtlayabilmektedir.

¹⁰⁰ Tan, 1990, s. 65; Esen, 2006, s. 78; Serozan, 2011, s. 13; Özbudun, 2017, s. 147 vd.; Kaşak, 2018, s.34.

¹⁰¹ Özbudun, E. & Yürük, A., 2004, **Anayasa Hukuku**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi, s.75.

¹⁰² AYM T. 18/2/1985, E. 984/9, K.985/4 (RG. 18/02/1985, Sayı: 18793).

B. BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

1. Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının hangi hallerde olduğu Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilmiştir. Esas olarak TBK, bir sözleşmenin taraflarını etkileyen nâspi hak ve yükümlülükleri konu almaktadır. Sözleşme özgürlüğü ve sınırlarını konu alan TBK m.26-27 hükümleri sözleşme taraflarının ilişkisini konu alır ve düzenler.

TBK m. 26 hükmünde “*sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde*” ibaresine yer verilmiştir. Kanun koyucu bu ibareyle sözleşme özgürlüğünün esasen kendi içinde sınırlara sahip olduğunu vurgulamıştır.¹⁰³ Bu halde TBK da sözleşme özgürlüğünün tamamen sınırsız kabul etmemektedir. Taraflar, ancak kanunda öngörülen sınırlar içinde sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilmektedir. Söz konusu ibare sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda vurguya sahip olsa da sözleşme özgürlüğü sadece sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünden oluşmamaktadır. Sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapma özgürlüğü; taraf seçme özgürlüğü, içerik özgürlüğü, şekil özgürlüğü ve sona erdirme özgürlüğü olmak üzere birden fazla alt başlığa sahiptir.¹⁰⁴ Her ne kadar TBK’da içerik özgürlüğü düzenlense de; söz konusu bu sınırlamalar ehliyet, geçerlilik, şekil gibi sözleşmenin kurulması safhasından sona erdirilmesine kadar olan aşamaların tamamını kapsamaktadır.¹⁰⁵

TBK m.27 hükmü emredici bir hükümdür, söz konusu hüküm tarafından düzenlenen bu sınırların ihlali halinde, bu sözleşmeler TBK m. 27/1 hükmünce “kesin hükümsüzlük” yaptırımını ile karşılaşacaktır.

Sözleşme özgürlüğü beş başlık altında değerlendirilebilir:

a. Sözleşme yapma özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün temeli sözleşme yapma özgürlüğü ile başlar.¹⁰⁶ Bu özgürlük, kişinin sözleşme yapmada veya yapmamada özgür bırakılması olarak anlaşılmaktadır.

¹⁰³ Merz H. , 1992, s. 86; Kılıçoğlu, 2013, s.75 .

¹⁰⁴ Kılıçoğlu, 2013 s. 75; Kaşak, 2018, s. 41.

¹⁰⁵ Storme, 2005, s. 8.

¹⁰⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993 s.362; Kılıçoğlu, 2013 s. 75; Kaşak, 2018, s. 41

TBK kapsamda, sözleşmeyi yaparken kişinin iradesinin fiziksel ve psikolojik dahil olmak üzere her türlü baskıdan uzak tutulması sağlanmalıdır.¹⁰⁷ Kişinin yapmak istediği bir sözleşmeyi yapmaması ya da yapmak istemediği bir sözleşmeyi yapması kişiye dayatılamaz.

Sözleşme yapma özgürlüğünün kanundan, anlaşmadan veya sözleşmeden (kanundan doğan sınırlamalar çerçevesinde) kaynaklanan sebeplerle sınırlandırılması mümkündür.¹⁰⁸ Sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı sözleşmelere örnek olarak; önalım, vefa, iştirak hakları, garanti anlaşmaları, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri verilebilir.

b. Taraf seçme özgürlüğü

Sözleşme yapacak kişi, sözleşme ile bağlı olacağı tarafı seçmekte serbesttir. Kişi kuracağı sözleşmede istemediği bir kişi ile sözleşme yapmaya zorlanamaz. Ancak tarafın sözleşme yapma özgürlüğünün kısıtlandığı hallerde taraf seçme özgürlüğünün kısıtlanması ve taraflara hukuk kuralları gereği bir takım yükümlülüklerin dayatılması söz konusu olabilmektedir. Örneğin: Paylı mülkiyette payını satmış hissedara önalım hakkının kullanılması.

c. İçerik Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İçerik özgürlüğü; edimin aykırılığı, edim vaadinin aykırılığı, karşı edimin aykırılığı ve diğer kategoriler başlıkları altında sınıflandırılabilir.¹⁰⁹

İsviçre Federal Mahkemesi, içerik özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ihlal edilmesi halinde; sözleşmenin hukuka, ahlaka aykırı olduğu veya içeriğinin imkânsız olduğu belirtilerek söz konusu sözleşmelerden doğan hakların ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir.¹¹⁰ Nitekim doktrinde içerik özgürlüğünün sınırlarını aşan sözleşmelerin butlan yaptırımı ile karşılaşacağı kabul edilmektedir.¹¹¹

¹⁰⁷ Kramer, 1991, **Art. 19-20**, s. 45.

¹⁰⁸ Gauch & Schluep & Schmid, s.1102-1103; Schwenger, 1998, No. 26.10; YHGK, T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740; Schönenberger/Jäggi, 1973, s. 528; Eren, s. 301; Ayrancı, 2003, s. 230; Kaşak, 2018, s. 99.

¹⁰⁹ Storme, 2005, s. 8.

¹¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 62 II 35 E. 5 sayılı kararı (Karar için bkz: Kaşak, 2018, s. 64.)

¹¹¹ Kaşak, 2018, s. 266.

(1) Edimin Aykırılığı

Edimin TBK m.27'ye aykırı olması halinde karşı edimden bağımsız olarak, edimin gerçekleştirilmesi tek başına aykırıdır. Örneğin: Adam öldürme, yaralama, tehdit etme gibi suçların işlenmesi için bir sözleşmenin yapılması.

(2) Edim Vaadinin Aykırılığı

Edimin gerçekleştirilmesinin değil eylemi gerçekleştirmek üzere vaat ile bağlı olma kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırıdır. Örneğin: kişinin gelecekte kan/organ verme vaadi, kişinin belirli mallarını devretmeyeceğine ilişkin vaadi, biriyle evlenmeyeceği vaadinde bulunması, emekliliğe kadar çalışma vaadi, mal edinmeme veya kendi mallarını yönetmeme vaatleri.

(3) Karşı Edimin Aykırılığı

Bir edim karşılığında başka bir edimin gerçekleştirilmesinin (karşı edimin gerçekleştirilmesinin) kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmasıdır. Örneğin: Para karşılığı organ/kan/sperm bağışlama, para karşılığı cinsel birliktelik, para karşılığı taşıyıcı anne olma. Bu aykırılık esasen insan değerlerinin, *extra commercium*, alım satım konu olmasının önüne geçen bir çerçeve çizmektedir.

(4) Diğer Kategoriler

Yukarıdaki unsurlardan farklı olarak edimin gerçekleştirilme şeklinin, tarafların saikinin veya sözleşmeden doğan hakları kötüye kullanmanın kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olması gibi durumlar bu başlık altında yer almaktadır.

d. Sözleşme Şeklini Seçme Özgürlüğü

Sözleşmelerin hukuken geçerli kabul edilebilmeleri için prensip olarak iradelerini belirli bir şekil kalıbı dâhilinde açıklamaları aranmamaktadır.¹¹² Taraflar sözleşmenin kurulması için kanunda aksi bir hüküm yoksa istedikleri gibi irade beyanında bulunabilirler. İradenin herhangi bir şekle sahip olmaması durumuna şekil serbestisi adı verilmektedir. Dolayısıyla sözleşmeler kural olarak şekil serbestisine sahiptir.

¹¹² Keller, Schöbi, & Gabi, 1988, s.19; Tekinay, Akman, & Burcuoğlu, 1993, s. 99; Oğuzman & Öz, 2011, s. 20, 116; Kılıçoğlu, 2013, s.79; Kaşak, 2018, s.45.

Sözleşmenin geçerli olması için tarafların iradelerini kanunun belirlediği şekilde bir kalıba sokmaları gerekiyorsa o zaman şekil zorunluluğu söz konusudur.¹¹³ Kanunun şekle bağlı kıldığı sözleşmeler söz konusu şekle uyulmadan kurulur ise bu sözleşmeler butlan ile maluldür.¹¹⁴

e. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi Özgürlüğü

Sözleşmenin tarafları karşılıklı anlaşarak her zaman aralarındaki sözleşmeyi sona erdirebilirler. Taraflar nasıl bir sözleşmeyi kurarken serbest iseler sözleşmeyi sona erdirirken de serbesttirler.¹¹⁵ Burada kural her iki tarafın da karşılıklı birbirine uygun iradelerinin olmasıdır. Doktrinde mevcut bir borç ilişkisini başka bir sözleşme ile ortadan kaldırılması mümkün kabul edilmiştir, bu tür sözleşmeler ikale sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir. Söz konusu sözleşmeler Türk mevzuatında düzenlenmemiştir.¹¹⁶

2.Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasının Hukuki Sonuçları

TBK m. 26’da sözleşme özgürlüğüne getirilen “kanunda öngörülen sınırlar”, m. 27’de yer verilen hüküm ile somutlaşmaktadır. İlgili hükme göre, “kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler...” kesin olarak hükümsüzdür. TBK tarafların kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı sözleşme düzenlemelerinin önüne geçmektedir. Tarafların bu denli özgür olmalarının önüne geçilmiştir. TBK’ye göre bu tür sözleşmeler kesin hükümsüzdür.¹¹⁷

¹¹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s.101

¹¹⁴ Ibid., s.101; Ercoşkun Şenol, 2016, s. 721; Kaşak, 2018, s. 45.

¹¹⁵ Merz, 1992, s. 100; Kaşak, 2018, s. 53.

¹¹⁶ Astarlı, M., 2016, İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), Ankara, Turhan Kitabevi, s.6;

¹¹⁷ YGHK, T. 20.3.1974, E.1970/T-1053, K. 1973/222 kararında“...iktisadi hürriyeti kabul edilemez derecede sınırlayan bir akdin de ahlaka ve adaba aykırılığı kuşkusuzdur.” ve Yargıtay 1. HD, T. T : 6.3.2002, E. 2001/10578 K. 2002/2892 kararında“Kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlak ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik veya bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çökertici bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir.” bkz: (çevrimiçi) https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_1_Hukuk_Dairesi_2001-10578.php (Erişim Tarihi: 03.02.2019).

Kesin hükümsüzlük halleri yokluk ve geçersizlik olmak üzere iki grup teşkil etmektedir. Geçersizlik ise, kesin hükümsüzlük (butlan), askıda geçersizlik ve iptal edilebilirlik olmak üzere 3'e ayrılır.

Butlan ile malul olan sözleşmeler başından itibaren hüküm ve sonuç doğurmamaktadır, hükümsüz kılınma için dava açılmasına veya bir beyanda bulunulmasına gerek yoktur; sözleşme kendiliğinden hükümsüzdür. Bu sözleşmelerin sonradan geçerli hale getirilmesi mümkün değildir.¹¹⁸ Yokluk ise sözleşmenin varlığı için gereken temelin oluşmaması durumudur.¹¹⁹

TBK'de belirtilmese de irade beyanında bulunan tarafın ehliyetsizliği, sözleşmenin şekil kurallarına uymaması ve muvazaa gibi sebeplerde de sözleşme butlan ile malul olacaktır.¹²⁰

Doktrinde sözleşmenin batıl sayılıp sayılmayacağının takdir yetkisi istisnaen hâkime bırakılabileceği kabul edilmektedir, buna "takdiri butlan" adı verilmektedir. Örnek olarak TBK m. 115, hafif kusurdan dolayı sorumsuzluk anlaşmasını bazı şartların varlığı halinde, geçersiz sayıp saymamak hâkimin takdirine bırakmıştır. Bununla birlikte takdir yetkisinin bir idari merciye de bırakılmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹²¹ 4054 sayılı Kanun'da idari merci olan Rekabet Kuruluna sözleşmenin geçerliliğini ilgilendiren bir takdir yetkisi bırakılmıştır, söz konusu takdir yetkisinin hukuki sonuçları ikinci bölümde ele alınmıştır.

¹¹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 374 vd; Oğuzman & Öz, 2000, s. 131; Sanlı, 2000, s. 391.

¹¹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 378.

¹²⁰ Ibid., s.383-384,

¹²¹ Abegg, A., 2004, **Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts**, Zürich/Basel/Genf, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, s. 179-181; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, & Altop, 1993, s. 885; Oğuzman & Öz, 2000, s.131 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNUN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KISITLAMASI

I. Genel Olarak

Sözleşme, ekonominin merkezi kavramıdır¹²² ve piyasalar bir sözleşmeler ağından oluşmaktadır. Sözleşmeler ise tarafların ortak menfaati olduğu sürece sorunsuzca kurulmakta ve ifa edilmektedir.¹²³ Esas olarak taraflar kendi faydalarını artırmak üzere bir araya gelerek rızalarına dayalı bir sözleşme yapmakta ve bunun sonucunda toplum refahının artmasına katkı sağlamaktadırlar. Böylelikle sosyal refah maksimize edilmektedir.

Sözleşmelerin tarafların faydalarını maksimize etme amacıyla gerçekleştirmesi piyasada tahsis etkinliğinin sağlanmasında sözleşmelerin bir araç işlevini taşıdığını göstermektedir.¹²⁴ Tahsis etkinliği¹²⁵, sınırlı kaynağın sözleşmeler ile en yüksek fayda sağlanmasına tahsis edilmesidir. Örneğin, kira sözleşmesinde kiracı, kira dönemi boyunca kiralanan mal üzerinde kiraya verenin kullanım hakkından daha fazla fayda sağlayacaktır.¹²⁶ Yine kiraya veren de kira sözleşmesi ile kiralananı daha etkin kullanacaktır. Böylece karşılıklı rızaya dayanan sözleşmeler, tarafların faydalarını artırma eğiliminin bir sonucu olarak tahsis etkinliğinin sağlanmasında önem arz etmektedir. Ancak bu durumun gerçekleşmesi için tarafların her zaman piyasaya ilişkin doğru bilgiye ulaşmasının temin edilmesi gerekecektir.

¹²² Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2017, s. 13.

¹²³ Hermalin, Katz, & Craswell, 2007, s. 8.

¹²⁴ Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2017, s. 14-15.

¹²⁵ Etkinlik; üretim etkinliği, tahsis etkinliği ve dinamik etkinlik olmak üzere üçe ayrılır. Tahsis etkinliği ve üretim etkinliği *belirli zamandaki refahı* ilgilendiren etkinlikler olarak statik etkinlik kavramı dahilinde ifade edilmektedir. Dinamik etkinlik, *belirli dönemdeki refahı* ifade etmektedir. Teknolojik gelişmeler, üretimde kullanılan yenilikle, yatırımlar dinamik etkinlik olarak değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Evans, Quicley, & Zhang, 2003, s. 465. Üretim etkinliği, girdinin azaltılması veya çıktının artırılması; tahsis etkinliği ise, sınırlı kaynağın azami fayda ile dağıtılmasıdır.

¹²⁶ Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2017, s.15.

Ekonominin ilk dersinde, insanların ihtiyaçları sınırsız olduğu; ekonominin bu sınırsız ihtiyaçlarla sınırlı imkânları uyarlama işi olduğu, o nedenle cennette iktisatlara gerek olmadığı söylenir.¹²⁷ Toplumun bir arada yaşayabilmesi için ise söz konusu bu ihtiyaçların ve özgürlüklerin sınırlandırılması şarttır. Ne var ki demokrasi ile yönetilen ülkelerin büyük bir çoğunluğu ülkelerindeki kaynak dağılımlarını sözleşmelere dayalı piyasa mekanizması yoluyla gerçekleştirmektedir.¹²⁸ Zira dünya, insanların tamamına sonsuz özgürlük tanıyabilecek büyüklüğe ve kapasiteye sahip değildir. Sözleşme ise kişilerin maddi ve manevi varlıklarını korumalarında, geliştirmelerinde ve ekonomik düzenin sağlanmasında en önemli araçlardan biridir.¹²⁹ Rekabet hukuku, bu araçların piyasada doğuracağı/doğurduğu etkileri göz önüne alarak sosyal refahın artırılması ve kamu düzeninin sağlanması noktasında tarafların sözleşme özgürlüklerini kısıtlayabilmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un amacı m. 1’de, “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.” şeklinde belirtilmiştir.

Kanunun kapsamı,

“...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...”

olarak geniş bir şekilde çerçeveslendirilmiştir. Bu halde, bahse konu anlaşma, uygulama, karar, hukuki işlem veya davranışlar m. 4, 6 ve 7’yi ihlal ederse bu kanunun sınırlamalarına tabi olacak ve hukuka aykırı sayılacaktır.

¹²⁷ Eğilmez, 2014, s. 10.

¹²⁸ Esen, 2006, s. 23.

¹²⁹ Eren, 2016, s. 298; Ercoşkun Şenol, 2016, s. 711.

Kanun koyucu m. 4'e aykırı olan anlaşmalara ilişkin olarak m. 56'da,

“...Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanunun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir. Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.”

emredici hükmüne yer vermiştir. Söz konusu düzenleme, m. 4'e aykırı olan anlaşma ve kararlar, geçersizlik yaptırımına bağlanmıştır.

Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Kanun m. 9 uyarınca, ilgili kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmektedir. Yine ilgili kanun m. 9 ile m. 27 doğrultusunda, Rekabet Kurulunun ihlalden önceki durumun tesisini isteme ve ihlale son verme yetkileri bulunmaktadır. Öz'e göre 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun sözleşmenin rekabeti önleyici nitelik taşıyarak geçersiz olmasının Rekabet Kurulu kararı ile tespit edilmesi, takdiri butlan olarak ifade edilen istisnai duruma benzerlik taşımaktadır.¹³⁰ Sanlı'ya göre¹³¹ söz konusu durum askıda geçersizlik olarak değerlendirirken, Gürzumar ise¹³² söz konusu geçersizliği askıda geçersizlik ve hatta noksanlık olarak değerlendirmiştir.

4054 sayılı Kanun m. 56'ya göre m. 4'e aykırı olan anlaşma ve kararlardan tarafların birbirine kazandırdıkları zenginlikler, TBK m. 79-80 hükümlerine göre iade edilecektir. İade borcunun belirlenmesi TBK m. 79-80'e yapılan atıf ile gerçekleştirilmiştir, ilgili maddelerde sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan zenginliklerin iadesi düzenlenmektedir. Bu itibarla söz konusu atıf ile m. 56 kapsamındaki iade yükümlülüğünün, özel kanun hükmünden doğan bir iade borcu olmadığı değerlendirilmektedir.¹³³

4054 sayılı Kanun m. 6 aykırı anlaşmaların geçerliliğinin değerlendirilmesi noktasında bahse konu m. 56 hükmünün hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan davranış

¹³⁰ Öz, T. ,1997, **Yönetim (Management) Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., s. 62.

¹³¹ Sanlı, 2000, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 399

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz: Gürzumar, 2002, s. 29 vd.

¹³³ Öz, 1990, **Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, s. 74,75, 106 vd., 108 vd. ; Öz, 1997, s. 62.

ve anlaşmaları kapsamadığı görülmektedir.¹³⁴ Öz'e göre 4054 sayılı Kanun m. 56'nın, m. 6-7'ye aykırılık halinde anlaşmaların geçersizliğini düzenlememesi, "mefhumun muhalifi beyyinesi" gereği geçersizlik müessesesinin işletilemeyeceğini göstermemektedir; zira m. 4 ve m. 6'nın amaçları paraleldir. Bu nedenle, ilgili hükümler kapsamında kalan eylem, işlem ve anlaşmalara geçersizliğin uygulanmayacağını kabul etmek mümkün değildir. Bununla birlikte kanun koyucu m. 57-58'de kanuna aykırı olan eylem, karar veya anlaşmalar yoluyla hâkim durumu kötüye kullanmanın haksız fiil sorumluluğuna yol açacağını belirterek zarar görenlerin her türlü zararının tazmin edilmesini düzenlemiştir.

II. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Açısından Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması¹³⁵

A. Genel olarak

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde¹³⁶; "(i) mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya (ii) bu

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Öz, 1997, s.62 vd.

¹³⁵ Bilindiği üzere 6100 sayılı HMK ispat yükünü iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması olarak düzenlemekte iken; genel ispat yükü kuralının istisnası olarak, 4054 sayılı Kanun m. 4'e göre 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. Taraflar ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

¹³⁶ "...Bu haller, özellikle şunlardır:

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

etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birlikleri kararlarının” hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir. Hükümde, alım ya da satım fiyatı, maliyet, kâr gibi unsurlar tespiti, piyasaların, piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması, arz veya talebin kontrolü, veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması ya da teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması ya da piyasaya girişlerinin engellenmesi, eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınması veya arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına veya teşhiri şartına bağlanmasına ilişkin bir takım şartların ileri sürülmesi davranışlarının hukuka aykırı olduğu dile getirilmiştir. Maddede söz konusu sayım tahdidi olmayıp tâdâdi niteliktedir.¹³⁷

4054 sayılı Kanun m. 56 hükmü, m. 4’e aykırı olan anlaşma ve kararları ilgilendiren bir düzenlemeye yer vermiştir:

“...anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanunun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.”

Hüküm gereği m. 4’e aykırı anlaşmalar hukuken geçersizdir¹³⁸ ve bu anlaşmalardan doğan edimlerin ifası istenemez. Söz konusu anlaşmalar rekabeti bozma, engelleme ya da kısıtlama *amacı taşıyan* (amaç itibariyle rekabet ihlali) veya bu *etkiyi doğuran* (etki itibariyle rekabet ihlali) olarak iki başlık altında toplanabilecektir.

B. Amacı İtibariyle Rekabet İhlali Sayılan Anlaşmalar

Türk Rekabet Hukuku’nda amacı itibariyle rekabet ihlali olan anlaşmaların, ekonomik karine olarak -doğaları itibariyle- rekabeti kısıtladığı kabul edilmektedir. 4054 sayılı Kanun’un m. 4 hükmü ile bu anlaşmalar yasaklanmakta ve m. 56 hükmü ile geçersiz sayılmaktadır.¹³⁹ Diğer taraftan 4054 sayılı Kanun m. 5 ile sayılan koşulların sağlanması halinde m. 4’e aykırılıktan muaf olabilmeleri sağlanmaktadır. Ancak amacı itibariyle

¹³⁷ Topçuoğlu, 2001, s. 215.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: s. 20.

¹³⁹ Bu tür anlaşmalarda, anlaşma taraflarının iradelerinin hukuka aykırı amaç konusunda uyuşması şarttır. Nitekim anlaşmanın kurulması için tarafların iradelerin uyuşması aranmaktadır. Bu itibarla taraflardan birinin hukuka aykırı amacının olmaması halinde rekabet hukukuna göre anlaşma kurulmamış olacaktır.

rekabeti kısıtlayan anlaşmalar söz konusu bu muafiyet hükmünden yararlanamamaktadır. Doktrinde bu tür anlaşma ve davranışların somut etkileri analiz edilmeksizin rekabeti kısıtladığı kabul edilmektedir.¹⁴⁰ 4054 sayılı Kanun m. 4/1’de sayılan örnek davranışların ise amacı itibariyle rekabeti sınırlandırdığı kabul edilmekte, özellikle tüketiciler için herhangi bir faydaya sahip olmadığı değerlendirilmektedir. Bu sebeple söz konusu anlaşmaların muafiyet hükmünden yararlanabilmesi zordur. Bu durum m. 5 ile düzenlenen muafiyet müessesesinden sadece etkisi itibariyle rekabet ihlali doğuran anlaşmaların yararlanabilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Mehaz Avrupa Rekabet Hukukunda, 4054 sayılı Kanun m. 4 ile aynı düzenlemeye sahip olan ABİDA m. 101/1’de de söz konusu anlaşmalar; *amaç itibariyle* ve *etki itibariyle* olmak üzere ikiye ayırmıştır. Yapılan ayırmada 4054 sayılı Kanun ile paralel şekilde hangi tür anlaşmaların amacı ya da etkiyi sınırlandırdığına ilişkin bir nitelendirme yapılmamıştır. Bu durumun her iki mevzuatta da benzer şekilde düzenlenmesi muafiyetten kimin yararlanıp yararlanmayacağını belirlemede hukuki belirsizlik oluşturmaktadır.

ABD mevzuatında rekabet kısıtlamaları, Sherman Kanunu m. 1 ve m. 2’de ele alınmıştır. Sherman Kanunu, rekabet kısıtlamalarını daha genel bir yasak olan ticareti kısıtlayan eylemler, anlaşmalar ve işbirlikleri başlığı altında ele almıştır.¹⁴¹ Kanunda AB ve Türkiye mevzuatından farklı olarak doğrudan amaç ve etki ayrımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte ABD uygulamasında da rekabeti ihlal etme *amacının var olması* halinde kanunun ihlal edildiği karine olarak kabul edilmektedir.¹⁴² Fiyat tespiti, müşteri paylaşımı, pazar paylaşımı gibi anlaşmalarda etkinliği artıran bir işbirliğine gidilmediyse, söz konusu anlaşmalar amacı itibariyle rekabet ihlali olarak kabul edilmektedir.¹⁴³ Bununla birlikte AB ve Türkiye uygulamasından farklı olarak, amacı itibariyle rekabet ihlali olsa da anlaşmanın etki analizleri yapılmaktadır, ancak söz konusu analizler detaylı yapılmayarak kısa tutulmaktadır. Etkisi itibariyle rekabet ihlal eden anlaşmalarda ise detaylı analizler yapılmaktadır.

¹⁴⁰ Whish & Bailey, 2011, s. 206; Topçuoğlu, 2001, s. 216.

¹⁴¹ Topçuoğlu, 2001, s. 68.

¹⁴² ABDYM, Dava No. 813 F.2d 1519, 1522–23 *Newman v. Universal Pictures*, (1987).

¹⁴³ ABDYM, Dava No. 175 U.S. 211 *United States v. Addyston Pipe & Steel*, (1899).

Amacı itibariyle rekabet ihlali olan anlaşmalar, AB uygulamasında ise ilk olarak ATAD'ın *Consten and Grundig v Commission*¹⁴⁴ kararında dile getirilmiştir. Mahkemece rekabet ihlali için sadece amacın yeterli olabileceği kararı verilmiştir.

Rekabet Kurulu ise kararlarında, özellikle yatay nitelikteki fiyat tespiti, müşteri paylaşımı, pazar paylaşımı kısıtlamalarına sahip anlaşmaları ve bazı dikey anlaşmaları¹⁴⁵ rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar olarak kabul etmektedir.

Amacı itibariyle rekabet ihlali olan anlaşmalarda, taraflar arasındaki anlaşmanın amacının açıkça rekabeti sınırlaması veya anlaşmada özellikle vurgulanması beklenmemektedir. Amaç, tarafların anlaşma saikleri, anlaşma ile ulaşmak istedikleri amacı veya içinde bulunduğu hukuki ve ekonomik koşullarda ortaya çıkan objektif amaçları kapsamaktadır.¹⁴⁶ Taraflar rekabetin kısıtlanmasını anlaşmanın sonucu olarak öngörebiliyorlarsa amacın var olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Amacın var olduğunun tespit edilmesi durumunda söz konusu anlaşmalar 4054 sayılı Kanun m. 56 gereği geçersiz sayılacaktır.

C. Etkisi İtibariyle Rekabet İhlali Sayılan Anlaşmalar

Etkisi itibariyle rekabet ihlali sayılan anlaşmalarda durum farklıdır. Bu tür ihlallerde anlaşmanın etkilerinin makul dereceyi aşacak şekilde rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının tespiti önem kazanmaktadır. Anlaşmanın etkilerinin makul dereceyi aşacak şekilde rekabeti kısıtladığı ve piyasayı olumsuz etkilediği tespit edilirse anlaşma hukuka aykırı ve geçersiz olacaktır. Ancak anlaşma taraflarının anlaşmanın olumlu etki doğurduğu iddiası varsa; anlaşma 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinden veya grup muafiyet tebliğlerinden yararlanarak yasaktan muaf olabilecektir; muafiyetten yararlanan

¹⁴⁴ ATAD, Dava No. Joined cases 56 and 58-64 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, (1966).

¹⁴⁵ Örneğin Rekabet Kurulunun Henkel kararında fiyatın yeniden satış fiyatının tespiti yoluyla belirlenmesi amaç itibariyle rekabet kısıtı olarak kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: RK, Karar No. 18-33/556-274 *Henkel*, (2018).

¹⁴⁶ Fraile, Kapoor, & Morales, 2014, s. 218.

¹⁴⁷ Alman Federal Mahkemesi, Dava No. KVR 1/86 *Baumarkt- Statistik*, (1986).

anlaşmalar ise muafiyet süresince ve muafiyet şartları çerçevesinde “askıda geçerli” olacaktır.¹⁴⁸

Anlaşmanın grup muafiyet tebliğlerinden yararlanması halinde, 5. maddenin bireysel muafiyet koşullarını gerçekleştirdiğine bakılmaksızın anlaşmanın muafiyet aldığı kabul edilmektedir.¹⁴⁹ Grup muafiyet tebliğinden yararlanmayan anlaşmalara 5. madde kapsamında bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu halde anlaşmanın 5. maddedeki koşulları sağlaması gerekmektedir. Söz konusu koşulları sağlayan anlaşmanın piyasada olumlu etki doğurduğu kabul edilmektedir.

Diğer taraftan söz konusu anlaşmaların muafiyetten yararlanması ayrımına sebep olan amaç itibariyle veya etki itibariyle rekabet ihlallerinin sınıflandırması belirsizdir. İhlallerden hangisinin amacı itibariyle hangisinin etkisi itibariyle rekabet ihlali olduğuna dair hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum hukuki belirsizliklere yol açmaktadır; ancak rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin kararları söz konusu ayrımın yapılmasında önemli hale gelmiştir. Etki bakımından rekabet ihlali sayılan anlaşmaların kanunun 5. maddenin unsurlarının tamamını sağlaması halinde ise anlaşmalar geçersiz sayılmayacaktır, muafiyet şartları çerçevesinde ve muafiyet süresince askıda geçerli kabul edilecektir.¹⁵⁰

Rekabet Kurulunun **Tofaş ve Bayileri** kararında, Kurul Tofaş A.Ş. ile bayileri arasındaki anlaşmada, “A. Şirketin, tek taraflı olarak etki alanını yeniden düzenleme hakkı saklıdır”... ve “B.. Şirket bölgede tek taraflı olarak yeni bayi tayin etme hakkını saklı tutar” olarak yer verilen rekabeti sınırlayan hükümlerin sözleşmeden çıkarılmasını ve bunun Kurula bildirilmesini istemiştir. Karardan görüleceği üzere rekabet otoritesinin muafiyetten yararlanabilecek anlaşmanın piyasada olumsuz etki doğurmasına ilişkin

¹⁴⁸ Tekinalp & Tekinalp, 2000, s. 359; Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, 2000, s. 238; Topçuoğlu, 2001, s. 246; Gürzumar, 2002, s. 55.

¹⁴⁹ 4054 sayılı Kanun m.5/2'ye göre Rekabet Kurulu, m.5/1'de gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne m.2'ye göre dikey anlaşmalar, bu Tebliğde belirtilen koşulları taşıması halinde, m.4'teki yasaklamadan m.5/3'e göre grup olarak muaf tutulmaktadır.

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Gürzumar, 2002, s. 9 vd.; Rekabet Kuruluna bildirilen anlaşmaların, kurulca muafiyet talebinin sonuçlandırılmasına kadar geçen sürede “topal hukuki muamele” niteliğinde olduğu görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Topçuoğlu, 2001, s. 289.

şüpheleri var ise; otorite bu şüphelerin önüne geçilmesi için anlaşmanın geçerlilik süresinin belirlenmesi, taraflara yükümlülükler getirmesi ya da anlaşmayı mevcut haliyle kabul etmeyip hükümlerinde değişikliğe gidilmesinin istemesi gibi bir takım önlemler alabileceği açıktır.

Etkisi itibarıyla m. 4'e aykırı anlaşmalar 5. madde doğrultusunda yapılan muafiyet değerlendirmesi sonucu; muafiyet süresince, muafiyet şartları çerçevesinde yasaktan muaf tutulmaktadır. Süre bittiğinde anlaşma hukuka aykırı hale gelecek ve geçersiz olacaktır. 4054 sayılı Kanun'un m. 5'te düzenlenen bireysel muafiyet şartları dört unsurdan oluşmaktadır:

- “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”

İkisi olumlu ikisi olumsuz olan şartların birbiri üzerinde öncelik veya önem sırası bulunmamaktadır. Tarafların muafiyetten yararlanabilmesi için bu dört unsurun tamamının sağlanması gerekmektedir.¹⁵¹ Söz konusu bu muafiyet şartları hem yatay hem dikey ilişkiye sahip teşebbüslerin anlaşmaları için geçerlidir.

Anlaşmaların yatay veya dikey niteliğe sahip olması muafiyet değerlendirmesi açısından farklı yonteme tabi değildir. Ancak bu durum, anlaşmanın hangi grup muafiyet tebliğine tabi olacağını değiştirmektedir. Nitekim dikey anlaşmalar, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nden yararlanırken; yatay anlaşmalar birden fazla tebliğde¹⁵² düzenlemeye tabi tutulmuştur.

¹⁵¹ ATAD, Dava No. L35/43 *Uniform Eurocheques*, (1985).

¹⁵² Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği.

Muafiyetin verilmesi için; (i) *etkinliğin niteliği*, (ii) *anlaşma ile arasındaki bağın varlığı*, (iii) *etkinliğin gerçekleşme olasılığı ve büyüklüğü*, (iv) *etkinliğin nasıl ve ne zaman kazanılacağıının temin edilmesi* unsurlarının ispatlanması önem arz etmektedir.¹⁵³

ABD ve AB uygulamasından farklı olarak söz konusu muafiyet verme yetkisi Rekabet Kurulunun tekeline bırakılmıştır. ABD ve AB uygulamasında mahkemelerin muafiyet verme yetkisi bulunmakta olup Türkiye uygulamasında mahkemelere böyle bir yetki getirilmemiştir. Bu halde mahkemeler bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun’a aykırı olduğunu tespit etmesi halinde dava sonucu alınan tespit kararının icrailiği tartışma konusu olacaktır.¹⁵⁴

1. Malların Üretim veya Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

Rekabeti kısıtlayan bir anlaşmanın yasaklanmaması için 4054 sayılı Kanun tarafından getirilen ilk sınırlama, yeni gelişme ve iyileşme ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasıdır. Muafiyet için gereken diğer unsurlar, yeni gelişme ve iyileşmenin sağlanmasının sınırlarını ve muhteviyatını belirlemektedir.

İlk koşul olan “yeni gelişme ve iyileşme sağlanması ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” unsuru muafiyetin temel koşulu niteliğinde sayılabilir. 4. madde kapsamında değerlendirilen bir anlaşmanın hukuki geçerliliğini koruması için yeni gelişme ve iyileşme ya da ekonomik veya teknik gelişme sağlanması gerekmektedir. Ancak, “yeni gelişme ve iyileşme sağlanması ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” ibaresi geniş ve sınırları belirsizdir.¹⁵⁵ Bu belirsizlik mahkeme kararları arasında istikrarsızlığa yol açabilmektedir.¹⁵⁶ Bununla birlikte, uygulamada bahsi geçen iyileşmenin veya gelişmenin objektif olması aranmaktadır.

¹⁵³ Faull & Nikpay, 2014, s. 320.

¹⁵⁴ Aksoy, 2004, s. 29.

¹⁵⁵ Akıncı, 2001, s. 233.

¹⁵⁶ Whish & Bailey, 2011, s. 155-156.

Etkinliğin objektif olması, ilk olarak, ATAD'ın *Consten Grundig*¹⁵⁷ kararında değerlendirilmiştir. Divan kararda, tarafların sözleşmesel ilişkilerinden kaynaklanan menfaatlerinin muafiyetin amacıyla örtüşmeyeceğini, objektif yararların tarafların rekabette sebep olduğu zararları tazmin edecek nitelikte, kayda değer seviyede olması gerektiğini belirtmiştir. Bu halde anlaşmanın hukuken geçerli olması için anlaşmadan doğan yararların zararları en azından tazmin edecek nitelikte olması gerekmektedir.

Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz'da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, birtakım ekonomik etkinlik türlerine dayandırılmıştır. Bunlar; maliyet etkinliği, nitel etkinlikler olmak üzere iki başlık altında toplanmıştır. Ancak doktrinde,¹⁵⁸ kılavuzda ve mehzaz mevzuatta düzenlenen etkinlik kavramının komisyon tarafından tüm ekonomik faydaları kapsayacak şekilde kullanıldığı ifade edilmektedir. Bu halde amaçlanan etkinlik¹⁵⁹, üretim ve tahsis etkinliği olmak üzere statik ile dinamik etkinliği¹⁶⁰ kapsayan iktisat biliminin genel etkinlik tanımından daha geniş bir kapsama sahiptir.¹⁶¹

Üretim etkinliği, girdilerin azaltılması, ürünlerin ise artırılmasını ele alan bir etkinlik türüdür. Üretim etkinliğinin sağlandığı iddiasının anlaşma taraflarınca ileri sürülmesi halinde etkinliğin gerçekleştiğinin ispatı taraflarca yapılacaktır.

Anlaşmalar ile üretim etkinliğinin sağlanması ya da teknoloji ve teknik etkinliğin sağlanmasını aramaktadır. Bu doğrultuda örneğin, bir anlaşma üretim etkinliği sağlamasa da anlaşma sonucunda yeni gelişme ve iyileşme ya da ekonomik veya teknik gelişme doğacaksa söz konusu anlaşma muafiyetten yararlanabilecektir. Esasen kanun koyucu, söz konusu unsurun anlaşmada bulunması zorunluluğunu getirerek muafiyetten

¹⁵⁷ ATAD, Dava No. Joined cases 56 and 58-64. *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission* , (1966).

¹⁵⁸ Faull & Nikpay, 2014, s. 318.

¹⁵⁹ Üretim etkinliği, üretilen mallar ve malların üretilmesi için tedarik edilen girdiler ile bu girdilerin bileşenleri olan teknoloji ve teknik etkinlik arasındaki ilişkide girdileri minimize ederek ürünleri maksimize etme durumunu ifade etmektedir. Etkinlik analizinde tarafların anlaşma yapmasından doğan subjektif faydalar dikkate alınmayarak sadece objektif faydalar dikkate alınmaktadır.

¹⁶⁰ Dinamik etkinlik, kaynakların bugün ile gelecek arasındaki dağılımının etkin olup olmadığını ele alırken, statik etkinlik kaynakların herhangi bir zaman kesiti içindeki dağılımını ele almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Atiyas, 2000.

¹⁶¹ Faull & Nikpay, 2014, s. 318.

yararlanacak anlaşmalar açısından tarafların anlaşma içeriğini belirleme özgürlüğüne müdahale etmektedir.

2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

Anlaşmanın geçerliliğini koruyabilmesi için gereken ikinci unsur, anlaşmadan tüketicinin yarar sağlamasıdır. Burada tüketicinin kim olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Muafiyetin Genel Esaslarına ilişkin Kılavuz'da tüketici, doğrudan ve dolaylı kullanıcılar olarak tanımlanmıştır.¹⁶² Tanıma göre, “ürünleri girdi olarak kullanan üreticiler, toptancılar, perakendeciler, nihai kullanıcılar” tüketicidir.¹⁶³

Doktrinde, tüketicinin sadece son kullanıcılar olarak değerlendirilmesi gerektiği, ara satıcı olarak nitelendirilebilecek -satış yapacağı ürün için girdi tedarik eden- kişilerin tüketici olarak değerlendirilemeyeceği dile getirilmektedir.¹⁶⁴ Aksi durumun tüketici kavramının genişletilmesine neden olacağı, yapılacak tüketici refah analizinin daha büyük bir kitleyi esas alacağı, bunun son kullanıcının refahını esas alan ekonomik yaklaşımla çelişeceği tartışılmaktadır. Yine tüketici kavramının genişletilmesi halinde yapılacak ekonomik analizlerin sonuçları mükerrerlik ihtiva edecek, bu durum analizin sonucunu gerçeklikten uzaklaştıracaktır ve yapılacak analizi zorlu ve karmaşık kılacaktır. Diğer yandan pazarın rekabetçiliğinin değerlendirilmesinde, teşebbüsün piyasa gücünü kullanıp kullanmadığı araştırılmaktadır.¹⁶⁵ Tüketici kavramının daraltılması halinde, teşebbüsün pazarlık gücünü kullanıp kullanmadığının belirlenmesi zorlaşacaktır. Teşebbüsler faaliyet gösterdikleri pazarlarda her zaman son kullanıcıya doğrudan satış yapmamaktadır. Pazarlarda çoğunlukla ara satıcının yer aldığı tedarik zincirleri oluşmaktadır. Bu doğrultuda satışın gerçekleştirildiği pazarda yeniden satıcının alım gücü önem arz etmekte ve bu durum son kullanıcıyı etkilemektedir. Bu nedenle, salt son kullanıcının ekonomik analizin hedef kitlesi olması, son kullanıcı üzerinde doğacak etkilerin bir kısmının göz ardı edilmesine yol açacaktır. Ek olarak pazarın rekabetçiliğine ilişkin analizlerde ilgili ürün pazarının sınırlarını çizmek gerekmektedir. İlgili ürün pazarı ise ürünün fiyat artışına tüketicinin verdiği tepki ile fiyat yükselişi sonrası tüketicinin

¹⁶² Muafiyetin Genel Esaslarına ilişkin Kılavuz, 2013, s. 8.

¹⁶³ Ibid. s.8.

¹⁶⁴ Ata, 2009, s. 49.

¹⁶⁵ Faull & Nikpay, 2014, s. 42.

diğer ürünü tercihi ve ürünün ikame edilirliği hususlarına bağlıdır.¹⁶⁶ Bu halde ilgili ürün pazarının belirlenmesinde ürünün müşterisi olan ara satıcının tercihleri önem arz etmektedir.

Tarafımızca tedarik zincirindeki ara satıcılar üzerinde doğan etkinin tüketici refahı testine katılması yerinde olacaktır.¹⁶⁷ Şu halde muafiyetin ilk unsuru altında hem üretim etkinliğini hem de tüketici refahını kapsayan ikili bir analiz yapılması gerekmektedir. Taraflar anlaşmanın geçerli olabilmesi için tüketiciye yarar sağlandığını ispat etmelidir; aksi halde anlaşma hükümsüz olacaktır.

3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Anlaşmalar ile elde edilen kısa dönemli kazançlar, uzun dönemde bir takım kayıplara sebep olabilmektedir. İlgili pazarın kayda değer bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması unsuru, anlaşmanın uzun dönemde piyasada, teşebbüsün rakiplerinde veya müşterilerinde doğacak olumsuz etkilerinin önüne geçilmesini hedeflemektedir. Bu halde taraflar anlaşma yaparken ilgili piyasanın, rakiplerinin, müşterilerinin veya tedarikçilerinin durumuna bakmalı, anlaşmalarının piyasada doğuracağı rekabeti kısıtlayıcı etkilerini değerlendirmelidir. Bu doğrultuda taraflar her bir anlaşma açısından anlaşmanın imzalanmasından önce piyasadaki rekabetin derecesine ve anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkisine bakmalıdır.¹⁶⁸

Taraflar piyasayı mevcut rekabet¹⁶⁹ ve potansiyel rekabet¹⁷⁰ olmak üzere tek veya iki aşamalı değerlendirebilmektedir.¹⁷¹ Mevcut rekabet değerlendirmelerinde, hâlihazırda pazardaki rakiplerin durumu, rakiplerin anlaşmanın tarafları üzerinde oluşturduğu rekabetçi baskının seviyesi, pazar yapısı, pazara giriş engelleri gibi hususlar göz önünde

¹⁶⁶ İkame edirlilik, talep ikamesi ve arz ikamesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Talep ikamesi, müşterinin alternatif ürünlere geçme ihtimalini değerlendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Faull & Nikpay, 2014, s. 43.

¹⁶⁷ Karşı görüş için bkz: Ata, 2009, s. 49.

¹⁶⁸ Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, (2013) s.10.

¹⁶⁹ Pazardaki rakiplerin pazar payları, rekabet etme kapasiteleri, rekabet etme saikleri gibi birçok unsur incelenmektedir.

¹⁷⁰ Henüz piyasada faaliyet göstermeyen teşebbüslerin piyasaya girmek istemeleri halinde karşılaşılabilecekleri giriş engelleri, pazara yeni giriş ihtimalleri gibi unsurlar incelenmektedir.

¹⁷¹ Ata, 2009, s. 53.

bulundurulmalıdır. Taraflar anlaşmanın piyasada doğuracağı olumsuz etkilerinin az olmasına dikkat etmelidir. Örneğin; anlaşmanın rakipler üzerinde oluşturduğu rekabetçi baskının yüksek olduğu, pazarın konsantrasyonunun yüksek olduğu (pazardaki aktör sayısının az olup pazar paylarının yüksek olduğu), pazara hukuki ya da fiili giriş engellerinin var olduğu hallerde yapılan rakipler arası birleşme devralma işlemlerine izin verilmeyebilir. Potansiyel rakip ile gerçekleştirilebilecek bir birleşme devralma anlaşmasının hâkim durum oluşturma veya hâkim durumu güçlendirmesi durumunda, potansiyel rakip ile anlaşma yapılmasına izin verilmeyerek anlaşmanın hukuken geçersiz sayılması mümkün olabilecektir.

Görüleceği üzere mahkemeler veya otoriteler, piyasanın durumunu göz önünde bulundurarak anlaşma yapılmak istenen tarafa veya sözleşmenin içeriğine müdahale edebilir. Sözleşmenin yapılması halinde ise, piyasada rekabetin önemli ölçüde ortadan kalkması söz konusu ise sözleşmeyi hukuken geçersiz kabul edebilir.

4.Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

Üretim etkinliği ve tüketici refahı sağlanırken anlaşmanın taraflara yüklediği yükümlülükler, anlaşma süresi gibi anlaşmanın kapsamında olan hususları değerlendirerek rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlandırılmamasını gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Söz konusu hükümler ile anlaşmanın piyasada doğurduğu etki göz önünde bulundurulmalı ve daha iyi bir alternatifin olup olmadığına bakılmalıdır. Bu itibarla anlaşmanın içeriği belirlenirken; anlaşmada düzenlenen unsurların anlaşmanın hedeflerine ulaşılması bakımından gerekli olması ve anlaşmanın tarafların hedeflerine ulaşmasında en az kısıtlamayı içermesi amaçlanmaktadır. Anlaşma hükümlerinin gerekli olması, incelenen anlaşma hükmü/hükümleri olmaksızın tarafların amaçlanan etkinliklere ulaşamaması anlamına gelmektedir. Taraflar bu halde incelenen hükümler olmaksızın söz konusu etkinliklere ulaşamayacaklarını ispatlamak zorundadır. Yine taraflar anlaşmanın gerekliliğini de aynı yönde ispat etmek zorundadır.

Anlaşmada taraflara getirilen yükümlülükler açısından bir sınıflandırma bulunmamaktadır. Her türlü yükümlülük koşulları sağlaması halinde muafiyetten yararlanabilmekle söz konusu yükümlülük ve kısıtlamaların olabilecek en az seviyede

olması gerekmektedir. Şöyle ki anlaşmada yer alan inceleme konusu yükümlülükler olmaksızın amaçlanan etkinlik gerçekleşebiliyorsa, etkinliğin ölçüsü azalmıyorsa ya da hayata geçirilme ihtimali düşmüyorsa söz konusu anlaşma muafiyetten yararlanamayacak¹⁷² ve anlaşma geçersiz olacaktır.

D. Uygulamada 4. Maddeye Aykırılık Kapsamında Sözleşme Özgürlüğün Sınırlandırılması

4054 sayılı Kanun m. 4'e aykırı olan anlaşmalar, m. 5'teki muafiyet şartlarını yerine getirmeleri halinde askıda geçerlidir. Söz konusu anlaşmaların muafiyet değerlendirilmeleri Türkiye'de Rekabet Kurumu, AB'de ulusal mahkemelerce gerçekleştirilmektedir. Bu bölümde sözleşme özgürlüğüne yapılan kısıtlamaların ne şekilde olduğu ve ne tür kararların kısıtlandığı amaç itibariyle rekabet ihlali olduğuna karar verilen **Bids and Barry Brothers** kararında ve etki itibariyle rekabet ihlali olduğuna karar verilen **Asahi v St Gobain** ve **Ford v Volkswagen** kararlarında ele alınacaktır.

ATAD'ın **Bids and Barry Brothers**¹⁷³ kararında, İrlanda et kesim endüstrisinde arz fazlası olması dolayısıyla İrlanda Hükümeti ile et endüstrisi temsilcileri tarafından bir çalışma gerçekleştirilmiştir. Çalışma raporunda pazarın küçülmesi gerektiği sonucuna varılarak bu halde pazarda kalacak olanların pazardan çıkacak olanların zararını karşılamasının makul olduğu ileri sürülmüştür. İrlanda Tarım ve Gıda Bakanlığının oluşturduğu çalışma ekibi de aynı sonuca varmış, imalathanelere tazminat fonu oluşturmasını önermiştir. Rapor sonrası BIDS (*Beef Industry Development Society* / Et Endüstrisi Gelişim Derneği), söz konusu arz fazlasının kaldırılması için pazardan çıkanlar ve pazarda kalanlar arasında imzalanacak standart bir anlaşma düzenlemiştir. Bahse konu anlaşmayı Barry Brothers et kesim ve işleme şirketi ve BIDS karşılıklı olarak imzalamıştır.

Mahkeme, BIDS düzenlemelerinin İrlanda pazarındaki sığır eti ve dana eti işleme hizmetleri pazarında pazarın %90'ını oluşturan teşebbüslerin asgari verimli ölçüğe ulaşmalarını sağlayarak pazarın kârlılığını arttırmayı hedeflediğini belirtmiştir. Ancak

¹⁷² Ata, 2009, s. 52.

¹⁷³ ATAD, Dava No. C-209/07 *The Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd. and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, (2008).

AT Anlaşması, her bir teşebbüsün piyasada benimsediği stratejiyi bağımsız olarak belirlemesi gerektiğini kabul etmektedir. Diğer taraftan, teşebbüsler arasındaki belirli işbirlikleri bazı hallerde -doğası gereği- rekabetin düzgün işleyişine zarar verebilmektedir. ATAD arz kontrolüne sebep olan bu uygulamanın doğrudan piyasanın yapısını değiştirmeyi amaçladığı, bu değişikliğin rekabeti amaç bakımından kısıtladığı, ABİDA m. 101’e aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Sonuçta anlaşmanın geçersiz olduğu kararını vermiş, etki analizine gidilmesinin yerinde olmadığı değerlendirmesini yapmıştır.

Bahse konu karar, arzı kontrol eden anlaşmaların amaç itibariyle rekabete aykırı olduğunu teyit etmektedir. Söz konusu anlaşma her ne kadar hükümet tarafından desteklense ve ekonomik iyileşmeler görüleceği ortaya bilimsel çalışmalar ile koyulsa da- ATAD tarafından bu tür bir arz kontrol anlaşmasının rekabeti amaç açısından ihlal ettiğini ABİDA m. 101/3 çerçevesinde muafiyet değerlendirmesine konu olmayacağını kabul etmiştir.

Komisyonun **Asahi v St Gobain** kararında, AR-GE anlaşması yapan teşebbüslerin AR-GE anlaşmalarının içeriğine müdahalede bulunmuştur.¹⁷⁴ Asahi ve Saint-Gobain teşebbüsleri, ortak AR-GE ve cam için kullanılan çift tabakalı film üretimi, çift tabakalı ürünlerin geliştirilmesi için bir ortak girişim¹⁷⁵ şirketi kurmak üzere birden fazla anlaşma yapmıştır.

Anlaşmada, teşebbüsler sahip olduğu çift tabakalı film üretim teknolojisinin “münhasır devrini” sağlaması, AR-GE sonucu üretilecek ürünün lisansını ayrımcılık yapmadan üçüncü kişilere de temin etmesi düzenlenmiştir. Anlaşma süresi 30 yıl olup, anlaşmada çift tabakalı film üretimi, pazarlaması ve satımı süreçlerinde hiçbir şekilde rekabeti engellememeleri, birbirlerinden bağımsız olarak üretim, pazarlama ve satış yapmaları kabul edilmiştir.

AR-GE anlaşmaları temel amacı, mevcut teknolojinin ortaklaşa iyileştirilmesi ve yeni ürünlere yönelik araştırma, geliştirme ve pazarlama yapılması konularında işbirliği

¹⁷⁴ Avrupa Komisyonu, Karar No. L 354/87 **Asahi/ St Gobain**, (1994).

¹⁷⁵ Ortak girişim, birbirinden ekonomik olarak bağımsız iki ya da daha fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa olarak kontrol edilen girişim olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kayıhan, 2003, s. 1; Whish & Bailey, 2011, s. 881.

yapılmasıdır.¹⁷⁶ Bu nedenle AR-GE çalışmaları, teşebbüslerin sürdürülebilir rekabet edebilmesi için hayati öneme sahiptir. Zira teknolojinin hızının artması ve pazardaki teşebbüslerin piyasaya tutunabilmesi ve istikrar sağlayabilmesi için teşebbüsün mal ve hizmetlerinin geliştirmesi, farklılaştırması, kalitesini artırması gerekmektedir. Ancak AR-GE faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için gereken maliyet çoğunlukla yüksek bir tutara sahip olmakta, teşebbüsler bu maliyetleri karşılamak için aynı ya da ilişkili pazardaki firmalarla bir takım işbirliklerine gitmektedir.

AR-GE anlaşmaları, çoğunlukla rekabet hukuku açısından büyük bir endişe doğurmamaktadır. Ancak tarafların AR-GE anlaşması kapsamında pazara sürülen ürünlerin geciktirilmesi, farklılaştırılmış ürün sayısının azaltılması, inovasyonun engellenmesi, pazarın kapatılması eylemlerinde teşebbüslerin işbirliğine gitmesi muhtemeldir. Bu tür anlaşmaların yapılması halinde anlaşma hukuka aykırı kabul edilerek geçersiz sayılacaktır.¹⁷⁷

Asahi v Saint Gobain anlaşmasında, anlaşma süresi boyunca teknolojilerini sadece birbirleriyle paylaşmaları, diğer deyişle tarafların anlaşma süresince başka teşebbüslerle teknoloji paylaşımı yapmamaları kabul edilmiştir. Komisyon, münhasırlık içeren bu hükmün rekabeti kısıtladığını kabul etmiştir. Münhasırlık nedeniyle anlaşmanın ABİDA¹⁷⁸ m. 101/1'e aykırı olması ve geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalması mümkündür. Ancak taraflar anlaşmada etkinlik doğuran bir işbirliğini öngörülüğünü ileri sürmüştür, bu sebeple değerlendirilerek anlaşma ABİDA m. 101/3 kapsamında değerlendirmeye alınmıştır.

Anlaşmanın muafiyet değerlendirmesinde muafiyet için aranan ilk unsur “*ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması*” dır. Taraflar anlaşmanın özgün yüksek teknoloji ürünlerinin imalatını konu aldığını, anlaşmanın bu sebeple ekonomik veya teknik gelişme sağladığını ileri sürmüştür. Bu iddia teşebbüslerin anlaşmanın etkinlik doğurduğuna ilişkin temel iddiası olup söz konusu iddia ekonomik veya teknik gelişme sağlanması

¹⁷⁶ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 21 vd.

¹⁷⁷ Faull & Nikpay, 2014, s. 921.

¹⁷⁸ Lizbon Anlaşması öncesi, ABİDA m. 101, AT Anlaşması m. 81 ile ABİDA m. 102, AT Anlaşması m. 82 ile düzenlenmiştir.

açısından geçerlidir. Nitekim Avrupa Komisyonu söz konusu iddiayı ekonomik veya teknik gelişme sağladığı noktasında kabul etmiştir.

Taraflar, anlaşmanın çift tabakalı ürünlerin AR-GE maliyetlerini düşürmesi, ürünlerin tüketicilere daha ucuza satılmasını sağlaması, bu durumun ürünlerin piyasaya girişini hızlandırması sebepleriyle “*tüketici yararı*” doğurduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu tüketici yararında dile getirdiği hususların hem nihai kullanıcılar açısından hem de ürünü ara girdi olarak kullanan müşteri niteliğindeki teşebbüsler açısından yarar doğurduğu açıktır. Ancak kararda tüketici kim olduğunun belirlenmesi konusunda Avrupa Komisyonu herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Sadece anlaşma konusu ürünün müşterisinin otomobil üretim şirketleri olduğunu dile getirmiştir. Değerlendirmede müşterilerin tüketici olarak kabul edilip edilmediği anlaşılmamaktadır. Sadece söz konusu yararın üretim etkinliği sağladığını kabul ederek tüketici yararı doğurduğunu değerlendirmiştir. Bu durum tüketici refah testinin hangi kitle üzerinden yapıldığı üzerinde yanılsamaya sebep olacak niteliktedir.

Anlaşmanın varlığının vazgeçilmez olması konusunda, teşebbüslerin daha önce yaptığı bağımsız araştırma çalışmalarının yüksek tutarda yatırım gerektirdiğini ileri sürmüştür. Anlaşma konusu ürünün her iki piyasada deneyim ve yatırım gerektirdiği, hâlihazırda satışı için çalışmaya ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Asahi, çift tabakalı filmin geliştirilmesinde yararlı olan kimya alanında, Saint-Gobain ise çift tabakalı ürünlerin montajında ve iki katmanlı ürünler için değerlendirme ve dayanıklılık testlerinde kapsamlı bilgi ve deneyime sahip teşebbüslerdir. Anlaşma konusu ürün her iki piyasada önemli bir know-how ve yatırıma ihtiyaç duymaktadır. Bu kapsamda anlaşma tarafı teşebbüsler çift tabakalı teknoloji alanında birbirini tamamlamaktadır. Ürünün satışa hazır hale getirilebilmesi için hâlihazırda önemli araştırma ve geliştirme çalışmalarının yapılması gerekmektedir. Diğer yandan ürünün ticari olarak yaşayabilirliği belirsizdir. Taraflarca ilgili çalışma ve risklerin bağımsız olarak üstlenilmesi halinde, anlaşmada öngörülen kadar hızlı, verimli ve ekonomik sonuçlar doğmayacağı açıktır. Ayrıca anlaşma ile ürünün AB’de daha erken piyasaya sürülmesinin mümkündür. Bu sebeplerle işbirliğinin yapılması vazgeçilmezdir. Nitekim Avrupa Komisyonu da söz konusu gerekçelerle anlaşmanın vazgeçilmez olduğu kanısına varmıştır.

“*Rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmamasına ilişkin*” unsuruna ilişkin olarak rekabet yasağı hükmü ve sözleşme süresinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Anlaşmada yer alan rekabet yasağı; nihai ürüne değil, iki katmanlı filmin üretimine getirilmiştir. AR-GE anlaşmasının konusu, ara ürün olan iki katmanlı filmin üretimini konu almaktadır. Anlaşmanın konusu ve rekabet yasağının kapsamı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu yasak orantılıdır. Ek olarak girişim şirketine verilen münhasırlık lisansının şirketin kurulması için doğal olup anlaşma tarafları olan Asahi ve Saint Gobain’in piyasada faaliyete henüz başlamış ortak girişim şirketi ile rekabete girmesi ortak girişim şirketinin varlığını tehlikeye atabilecek niteliktedir. Ayrıca anlaşma 418/85 sayılı Tebliğ’in¹⁷⁹ 6. maddesinde listelenen kısıtlamaların hiçbirini içermemektedir. Teşebbüsler anlaşmanın; ürünlerin üretimi, pazarlanması veya satışı aşamalarında birbirleriyle olan rekabetlerini engellemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla anlaşma rekabeti zorunlu olandan fazla kısıtlamamaktadır. Komisyon da ilgili anlaşmanın amaçlarına ulaşmak için vazgeçilmez olmayan hiçbir rekabet kısıtlaması içermediği görüşündedir.

Anlaşma süresinin taraflarca 30 yıl olarak belirlenmesi anlaşmanın askıda geçerli kalması için uzun bir süredir. Komisyon sağlanan küresel ekonomik avantajlara rağmen tarafların anlaşma konusu çift tabakalı film piyasasında güçlü bir pozisyona sahip olmaları dolayısıyla anlaşma süresini uygun bulmamıştır. Teşebbüslere anlaşma süresine çözüm önerisi getirilmesini istemiştir. Bu durumun üzerine taraflar anlaşmalarını değiştirerek Avrupa’da kurulacak olan ikinci tesisin faaliyete geçmesi üzerinden beş yıl sonra işbirliğinin sona ereceğini düzenlemişlerdir. İkinci tesisin ise pazarın kesin olarak belirlenemeyen önemli bir büyüklüğe erişmesiyle kurulacağından, ne zaman kurulacağının belli olmaması dolayısıyla beş yıllık sürenin en geç 7 Aralık 2005’te sona ereceği belirtilmiştir. Ortak girişimin daha sonra kaldırılacağı ifade edilmiştir. Tüm bu şartlar dâhilinde anlaşmaya 7 Aralık 1992 tarihinden ve ikinci ortak girişim şirketinin pilot tesisinin ticari üretime başlamasının beş yıl sonrasına kadar veya en geç 7 Aralık 2005’e kadar muafiyet verilmiştir.

¹⁷⁹ Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (EEC Regulation No. 418/85 on the application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Research and Development Agreements).

Anlaşma hükümlerinden olan münhasırlık uygulaması, rekabet kısıtı içermektedir. Ancak Komisyon tarafından amaç itibariyle rekabet ihlali olarak değil etki itibariyle rekabet ihlali olarak kabul edilmiş ve muafiyet değerlendirilmesine konu olmuştur. Avrupa Komisyonu hâlihazırdaki uygulamasında münhasırlık sınırlamalarını etki temelli değerlendirmektedir.

Anlaşmanın muafiyet değerlendirmesinde taraflarca öne sürülen ekonomik gelişmenin dinamik etkinlik¹⁸⁰ sağlaması muhtemeldir. Ancak Avrupa Komisyonu anlaşmayı dinamik etkinlik temelli değil, tüketici refahı üzerinden ele almıştır.

Anlaşma açısından komisyonun yaptığı muafiyet değerlendirmesi, anlaşmanın gelecekte doğuracağı yararlar ve zararlar ele alması sebepleriyle *ex-ante* niteliktedir, yapılan değerlendirmenin *ex-ante* olması 4. maddeye konu ihlaller açısından muafiyet analizinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

Görüleceği üzere yapılan muafiyet değerlendirmesi sonrası anlaşmanın muafiyet şartlarını sağladığı kabul edilmiştir, belirtilen şartlar ve süre çerçevesinde anlaşmanın askıda geçerlidir. Bu hukuki geçerlilik anlaşmanın bahse konu şartları ve süresi kapsamında verildiği için sürenin sona ermesi halinde geçerlilik sona erecektir. Şartların değişmesi halinde ise muafiyetin tekrar değerlendirilmesi gerekecektir.

İncelenecek diğer karar Avrupa Komisyonu'nun **Ford v Volkswagen** kararıdır.¹⁸¹ Anılan kararda Ford ve Volkswagen, çok amaçlı araç pazarında ortak AR-GE çalışmaları ve üretim gerçekleştirmek üzere bir anlaşma imzalamış olup anlaşmanın 10 yıl sürdürülmesini ve ortak girişim şirketinin Portekiz'de kurulmasını planlanmıştır.

Anlaşma kapsamında, taraflar motor ve şanzımanlarını kendileri tedarik edecek olup aracın kalan parçalarını diğer tedarikçilerden karşılayacaklardır, çok amaçlı araçlarının dizaynlarını kendi markalarına göre özgüleştirilebilecek, ayrıca dizayn ettikleri araçları kendi distribütörlükleri ile kendi markaları altında satabileceklerdir.

¹⁸⁰ Kaynakların uzun zaman içinde dağılımının etkin olup olmadığını inceleyen etkinlik türüdür. (Ayrıntılı bilgi için bkz: Atiyas, 2000.

¹⁸¹ ATAD, Karar No. Case OJ L 20/14 **Ford v Volkswagen**, (1993); ATAD, Karar No. L 20/10, Fiat Hitachi, (1993).

Ford ve Volkswagen'in Avrupa ve dünya pazarında önemli rakiplerdir. Her ikisi de araba parçalarının çoğunda rekabetçi çeşitliliğe sahip olup kendi finansal teknik ve araştırma kapasiteleriyle MPV üretimi yapabilme kapasitesine sahiptir.

Komisyonun karardaki tespitlerinde yer aldığı üzere araba pazarında rekabetin gerçekleşmesinin yeni modellerin üretilmesine bağlı olup anlaşma tarafların yeni model geliştirmesinin önüne geçebilecek kapasitededir. Ek olarak, anlaşma Ford ve Volkswagen arasında komşu pazarlarda rekabetçi davranışı etkileyecek teknik know-how paylaşımına yol açarak AB ülkelerinin ticaretini etkileyebilir, bu nedenle anlaşma komisyon tarafından ABİDA m. 101/1'e aykırı bulunmuştur. Ancak Avrupa Komisyonu, esas olarak, Portekiz'e yapılacak bu yatırımın Portekiz'e yapılan en büyük yabancı yatırım olması ve AB pazar bütünlüğünün korunması için Portekiz'e önemli bir endüstride yatırım yapmanın AB içindeki bölgesel eşitsizlikleri dengeleyeceğini, bunun bölgenin orantılı gelişimine katkı sağlayacağını değerlendirerek anlaşmanın AB Anlaşması'nda hedeflenen AB kamu politikalarına hizmet etmesi sebebiyle anlaşmayı m. 101/3 kapsamında değerlendirmeye almıştır. Bununla birlikte anlaşmanın muafiyet şartlarını sağlamadığından bahisle anlaşmayı mevcut hali ile kabul etmemiştir. Taraflardan anlaşma koşullarında bir takım değişikliklere gitmesini istemiştir. Bunun üzerine taraflar anlaşmaya 5 kalem eklemiştir:

1) Ford ve VW MPV pazarında üretecekleri araçlardaki farklılıkları, araç motorlarındaki farklılıkları sürdürecektir; herhangi bir 3 yıl süresince Ford, VW'nun dizel ve petrol motor parçalarının %25'inden fazlasını kullanmayacaktır.

2) Ford ve VW'nun rekabet açısından tüm hassas bilgilerine, yıllık gereksinim miktarları da dahil olmak üzere kamuya açık olmayan bilgilerine, pazarlama programlarına ve stratejilerine, distribütörlük politikalarına, toptan ve perakende satışlarına, standart ve tercihe bağlı özelliklerine ve diğer şirketin işçilerine erişmemesi, sadece ortak girişimde çalışan işçilere ortak girişimin fonksiyonelliğini temin edebilmek için gerekli olan bilgilere erişebilmesi, bunun sağlanması için taraflar gerekli prosedürleri ve güvenlik önlemlerini oluşturacaktır. Ayrıca ilgili bilgilere erişmesi gereken işçilerin ortak girişim haricinde rekabetçi bilgileri kullanmamasını, diğer ana şirketin işçilerine bu bilgileri vermemesini içeren bir sır saklama anlaşması yapacaklardır.

3) Taraflar AB ülkelerinden birinde MPV aracı satacak olursa bunun için Avrupa Komisyonundan izin alacaktır.

4) Ortak girişim anlaşması sona ererse taraflar kendi MPV ürünlerinin bağımsız üretimlerini sürdürebilmek için gereken (patentlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın) tüm teknoloji lisanslarını elde edeceklerdir.

5) Son olarak ise taraflar ortak girişim kapsamında üretilecek ürünlerin çeşidini komisyonun onayı olmaksızın artırmayacaktır.

Söz konusu kalemlere ek olarak taraflar üretimin devam eden yılında motor ve model farklılaşmasına göre üretilen MPV ürünlerinin toplam üretim hacimlerini ve anlaşma taraflarının ortak girişim şirketinde ürettikleri MPV ürünlerinin toptan satışlarını ve ihracatlarını raporlayacaktır. Araba pazarında başka bir teşebbüs ile rekabetçi etki doğurabilecek herhangi bir yatırım ve devralma işleminden taraflar komisyonu haberdar edecek ve karar sonrası anlaşmaya diğer tarafın nasıl uyum sağladığını komisyona yıllık raporlayacaktır. Söz konusu şartlar dahilinde anlaşmaya 2004 yılına kadar muafiyet verilmiştir.

Görüleceği üzere anlaşmanın içerik özgürlüğüne komisyon müdahalelerde bulunmuştur. Tarafımızca anlaşmanın rekabetçi endişeleri devam etse de anlaşmaya üçüncü bölümde inceleyeceğimiz kamu politikaları gereği muafiyet verilmiş ve anlaşma hukuka uygun kabul edilmiştir. Nitekim ABİDA m. 101/1 açısından büyük rekabetçi endişeler taşımaktadır. Ancak Komisyon söz konusu anlaşmaya muafiyet verirken kamu politikalarında belirlediği AB bölgesinin orantılı gelişimi, pazar bütünlüğünün korunması amaçlarına öncelik vermiş ve rekabet hükümlerini söz konusu politikaların gerçekleştirilmesi için bir araç olarak kullanmıştır.¹⁸²

III.4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi Açısından Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

A. Genel olarak

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde, bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar yoluyla kötüye kullanmasını yasaklamıştır. Kanunun 4. maddesini ihlal eden anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle geçersiz olduğu düzenlenmiştir; ancak aynı maddede hâkim durumdaki şirketlerin hâkim durumunu

¹⁸² Konuya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için dördüncü bölümdeki açıklamalara bakınız.

kötüye kullanmak üzere yaptığı anlaşmalar açısından herhangi bir geçersizlik hükmüne yer verilmediği görülmektedir.

Her ne kadar 4054 sayılı Kanun'un m. 4. ve m. 6 amacı aynı olsa da,¹⁸³ kanunda 6. maddeye aykırı anlaşmaların geçersizliği hakkında özel bir düzenleme yer almaması söz konusu anlaşmaların geçerliliğini sürdüreceği izlenimi oluşturmamalıdır. Zira 4054 sayılı Kanun'da benzer düzenleme bulunmasa da, TBK 27/1 maddesi emredici niteliktedir. İlgili hükmün doğal sonucu olarak hâkim durumdaki teşebbüsün yaptığı anlaşmalar yoluyla 6. maddeyi ihlal etmesi halinde, söz konusu anlaşmalar hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır.

4054 sayılı Kanun m. 5, m. 4'ü ihlal eden anlaşmalara piyasada etkinlik sağladıklarının ispatlanması halinde hükümsüzlükten muaf tutulacaklarını düzenlemiştir. Bu istisna, m. 6'ya aykırı anlaşmaların piyasada etkinlik oluşturmaması halini kapsamamaktadır. Bu durum m. 6'ya aykırı ancak etkinlik doğuran anlaşmaların hukuki geçerliliğinin korunmasını düzenlememektedir. Hukuki korumayı sağlamak için 4054 sayılı Kanun'da ve ABİDA'da yer almayan "haklı gerekçe" müessesesi¹⁸⁴ oluşturulmuştur. Türk Rekabet Hukuku'nda haklı gerekçe müessesesi, emredici olmayan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz¹⁸⁵da düzenlenmiştir.

Hâkim durumdaki teşebbüsün ihlal şüphesi doğuran davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkaran haklı gerekçe müessesesi, içtihat hukukunda genel kabul gören ilkelerden biri olup bu müessese ile içtihat dayanan zımni bir muafiyet rejimi oluşturulduğu dile getirilmektedir.¹⁸⁶ Ancak haklı gerekçenin muafiyet benzeri hukuki sonuç doğurduğu düşünülemez. Zira muafiyetten yararlanan anlaşmalar bakımından söz konusu

¹⁸³ Mehaz AT Anlaşması'nın 86. maddesi kapsamında değerlendirilen bir davada ATAD tarafından 85. ve 86. maddelerin amaçlarının benzer olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: ATAD, Dava No. Case 6/72 *Continental Can*, (1973).

¹⁸⁴ Doktrinde hâkim durumdaki teşebbüsün ihlal şüphesi doğuran davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkaran haklı gerekçe müessesesinin, içtihat hukukunda genel kabul gören ilkelerden olup haklı gerekçe ile içtihat dayanan zımni bir muafiyet rejimi oluşturulduğu dile getirilmektedir. Görüş için bkz: Gündüz, 2012, s. 4.

¹⁸⁵ 29.1. 2014 tarihli 14-05/97-RM(1) sayılı Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz.

¹⁸⁶ Gündüz, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Açılan Yeni Pencere: Modernizasyon ve Muafiyet Rejimi İlişkisi, (2011).

anlaşmaların askıda geçerli olması kabul edilmekte iken haklı gerekçeden yararlanan anlaşmalar hukuken geçerli olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan haklı gerekçenin var olmaması halinde anlaşmalar hükümsüzdür, askıda geçersizlik gibi bir durum mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda Komisyon¹⁸⁷ ve Rekabet Kurulu¹⁸⁸ hâkim durumun kötüye kullanılmasını iki basamakta incelemektedir. İlk basamak, otoritenin hâkim durumdaki teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullandığını ispatlamasıdır. İkinci basamak ise etkinliğin mevcut olmadığının ispatlanmasıdır. Etkinliğin mevcut olmaması haklı gerekçe müessesesi altında düzenlenmiştir. Hâkim durumun kötüye kullanılması ihlalinin gerçekleşmesi için bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Söz konusu analizin yapılmasında hâkim durumun kötüye kullanılmasının ispatını otorite, etkinliğin var olmadığının ispatını ise teşebbüs gerçekleştirecektir. Nitekim analizin hâkim durumdaki teşebbüsten gelecek bilgiler vasıtasıyla yapılabilmesi sebebiyle otoritenin etkinliğin var olmadığını tek başına değerlendirmesi mümkün değildir.¹⁸⁹

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının varlığı, ihlalin varlığı ve etkinliğin olmaması birer ön koşuldur.¹⁹⁰ Etkinliğin olmamasını, komisyon “negatif ön koşul” olarak değerlendirmektedir. Etkinliğin varlığı teşebbüs tarafından ispatlanamaz ise bu halde teşebbüs 6. maddeyi ihlal etmiş olacaktır.



Sonuç olarak hâkim durumun kötüye kullanılmasının ispatlanabilmesi için her iki basamağın da birlikte mevcut olması gerekmektedir.

¹⁸⁷ *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.*

¹⁸⁸ 29.1. 2014 tarihli 14-05/97-RM(1) sayılı Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz.

¹⁸⁹ Tarafımızca fiili durumun imkânsızlığı münasebetiyle ispat yükü taraflara paylaştırılmıştır.

¹⁹⁰ Etkinlik gerekçesinin savunma ya da ön koşul olup olmadığına ilişkin tartışmalar tarafımızca lafzi olup öngörülen uygulamalar benzerdir.

Birinci basamak olan otoritenin hâkim durumun kötüye kullanılmasını değerlendirmesi, Rekabet Kurulunun **Domino's Pizza**¹⁹¹ ve **GE Jenbacher**¹⁹² kararlarında ele alınmıştır. Kararlarda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilebilmesi için anlaşma veya uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün “hâkim durumda olması” ve anlaşma ya da uygulamanın bir “kötüye kullanma niteliği taşıması” gerekmektedir. Teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığına; incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin pazardaki konumu, pazara giriş ve büyüme engelleri, alıcıların gücü hususlarına bakılarak karar verilmektedir.¹⁹³

4054 sayılı Kanun, hâkim durum ve kötüye kullanma kavramlarının tanımlarına yer vermemiştir. Ancak ATAD'ın **United Brands**¹⁹⁴ kararına göre hâkim durum, teşebbüsün rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak hareket edebilme yetisine sahip olması ve bu yetinin etkin rekabeti engelleyebilecek bir ekonomik pozisyon sağlamasıdır.

Hâkim durumun kötüye kullanılması¹⁹⁵ ise:

“teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve piyasa yapısına normal rekabetin işleyişindeki şartlardan farklı metotlarla etkide bulunmak suretiyle rekabetin devamını veya büyümesini engelleyen ve bu nedenle rekabetin zayıflamasına yol açan her türlü davranış” olarak ifade edilmiştir.

İkinci basamak olan anlaşmanın etkinlik doğurmaması Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Davranışlarına İlişkin Kılavuz'a göre haklı gerekçe¹⁹⁶; nesnel gereklilik (zorunluluk) ve

¹⁹¹ RK, Karar No. 10-69/1458-557, **Domino's Pizza**, (2010).

¹⁹² RK, Karar No. 11-57/1471-528 **GE Jenbacher**, (2011).

¹⁹³ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz.

¹⁹⁴ ATAD, Dava No. Case 27/76, **United Brands v Commission**, (1978).

¹⁹⁵ ATAD, Dava No. Case 85/76 **Hoffman-La Roche v Commission**, (1979); Karar No. 05-80/1106-317 **Karboğaz**, (2005).

¹⁹⁶ Danıştay 13. Dairesinin 07.01.2008 tarih E.2006/2612, K.2008/157 sayılı **Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş** (TDİ) kararında 4054 sayılı Kanun 6. maddesinin ihlali için haklı gerekçenin yokluğu aranmıştır. Danıştay, TDİ'nin tarifelerinin 2003 yılından 2005 yılına kadar indirimlerini haklı gösterecek herhangi bir maliyet azalması ya da verimlilik artışının bulunmaması, rekabetle karşılaşmadığı hatların aksine rekabetle karşılaştığı hatlarda süreklilik arz eden indirimler yapması, bu anlaşmalarında teşebbüsün haklı gerekçesinin bulunmaması hususlarını değerlendirmiş ve TDİ'nin hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Danıştay hâkim durumun kötüye kullanılması eylemlerinde haklı gerekçenin yokluğunu, 6. maddenin gerçekleşmesi için yapısal bir koşul olarak aramaktadır. Bu halde haklı gerekçeyi sağlayan anlaşmalar, hukuki geçerliliklerini korumakta iken haklı gerekçenin sağlanamaması halinde anlaşmalar hukuki geçerliliklerini yitireceklerdir.

etkinlik gerekçe başlıkları altında değerlendirilmektedir.¹⁹⁷ Uygulamada yer bulan rekabete karşılık verme gerekçesi kılavuzda düzenlenmemiştir.

Teşebbüsler anlaşmalarının haklı gerekçe müessesesi altında etkinlik doğurduğunu bu sebeple hukukten geçerli olduğunu; nesnel gereklilik, etkinlik, rekabete karşılık verme olmak üzere üç başlık altında ispat edebilecektir. Bu halde ihlalin varlığının saptandığı ve etkinlik doğurduğu ispatlanamayan anlaşmalar, hukuka aykırı olup geçersiz olacaktır.

B. Nesnel Gereklilik (Nesnel Zorunluluk) Gerekçesi

Hâkim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu anlaşma veya uygulamasının teşebbüs dışındaki sebeplerden kaynaklanması, diğer bir deyişle dışsal nedenler sonucu ihlal konusu davranışlarının gerçekleşmesi halinde, nesnel zorunluluk gerekçesi söz konusu olacaktır.¹⁹⁸ Bu halde teşebbüs yaptığı anlaşmanın dışsal nedenler sonucu gerçekleştiği, kendinden bağımsız kaynaklara dayandığı gerekçesiyle anlaşmanın hukuki geçerliliğini sürdürdüğünü iddia edebilir.

Nesnel gereklilik gerekçesinin kapsamını değerlendiren önemli kararlardan biri olan ATAD'ın *United Brands* kararında¹⁹⁹ haklı gerekçenin unsurlarına yer verilmiştir. Kararda haklı gerekçenin varlığı için;

- a) ihlale konu uygulamanın teşebbüsün meşru ticari faaliyetlerini korumak amacıyla gerçekleştirilmesi ve
- b) (ii) uygulamanın teşebbüsün rakiplerden gelen tehdit ile orantılı olması

aranmıştır. Kılavuz da benzer şekilde,²⁰⁰

- (i) korunan meşru bir menfaatin varlığı,²⁰¹

¹⁹⁷ 14-05/97-RM(1) Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, s.9.

¹⁹⁸ Gündüz, Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku uygulamaları ve Türk Hukuku için Çıkarımlar, 2012, s. 9.

¹⁹⁹ ATAD, Dava No. Case 27/76, *United Brands v Commission*, (1978).

²⁰⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, (2014).

²⁰¹ Meşru menfaatin tanımı mevzuatta yer almamaktadır ve bu durum iktisadi ve hukuki belirsizliğe sebep olmaktadır. Ancak doktrinde meşru menfaatin teşebbüsün “meşru ticari menfaati”ni ve “meşru kamu menfaati”ni kapsayacağı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Llorens, 2007, s. 1727-1761.

(ii) davranışın, korumaya çalıştığı menfaatin ortaya çıkması için vazgeçilmez olup olmaması (orantılılık)²⁰²

unsurlarının varlığını aramaktadır.

Rekabet Kurulunun *Volkan Taşımacılık*²⁰³ kararında, Kurul hâkim durumdaki teşebbüsün nesnel gereklilik gerekçesi olarak ileri sürdüğü iddialarını değerlendirmiştir. Kararda Edirne şehirlerarası otobüs terminalini işleten şirket ile acentelik faaliyetleri yürüten şirketin aynı ekonomik bütünlük içinde yer alan şehirlerarası otobüs terminalinde otobüsle yolcu taşımacılığı hizmeti veren otobüs firmalarını acentelik sözleşmesi yapmaya zorlamak, firmalara yazıhane kiralamayı reddetmek ve devam eden acentelik sözleşmelerini de feshetmek suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullandıkları kabul edilmiştir.

Karara konu uygulama, sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşme yapma/yapmama ve sözleşmeyi sona erdirmeye iradesidir. Söz konusu uygulamanın Kurul tarafından ihlal teşkil ettiği tespit edilmekle birlikte Volkan Taşımacılık tarafından nesnel gereklilik başlığı altında birtakım haklı gerekçeler ileri sürülmüştür. Bunlar; Volkan Taşımacılık'ın anlaşma yapmaktan kaçındığı teşebbüsün borçlarını ödememesi, otogarda boş yazıhane bulunmaması, ihale açılmasına rağmen anlaşma yapmaktan kaçındığı teşebbüsün boş yazıhaneleri talep etmemesi ve ilgili teşebbüsün taşıma yetki belgesinin bulunmaması başlıkları altında sınıflandırılmıştır.

Kurul kararında, ilgili teşebbüsün borçlarını ödemediği iddiasına ilişkin olarak mahkeme süreçlerinin devam etmesi ve sürecin kesinleşmemesi, otogarda bulunan boş yazıhanelerin Volkan Taşımacılık tarafından birleştirilerek kapatılması ve otogar yerleşimi üzerinde Volkan Taşımacılık tarafından manipülasyon yapılması sebepleriyle söz konusu haklı gerekçe iddialarının ispatlanamadığını kabul etmiştir. Ek olarak, ihale açılmasına rağmen şikâyetçi teşebbüsün anlaşma yapmaktan kaçınmasına ilişkin olarak teşebbüsün boş yazıhaneleri talep etmemesini ispat edememesi sebebiyle ve son olarak

²⁰² Orantılılık ise teşebbüsün davranışı ile korumaya çalıştığı menfaat arasında bir denge oluşturulmasıdır. Orantılılık için davranışın korunan menfaatten daha ağır olmaması gerekir. Orantılılık unsurunun methoda dayalı değerlendirilmesi açısından hâkim durum kararları oldukça zayıftır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Sufrin, 2008, s. 333.

²⁰³ RK, Karar No. 17-23/384-167 *Volkan Taşımacılık*, (2017).

ise şikâyetçi teşebbüsün taşıma yetki belgesinin bulunmaması iddiasına yönelik söz konusu şirketin şehirlerarası hatlarda yolcu taşıma yetkisi veren D1 belgesindeki koşulları kaybetmemesi, ilgili şirketin Volkan Taşımacılık'ın kendisini otogar dışında bırakması nedeniyle Edirne'de durak hakkını kaybetmesi, Volkan Taşımacılık'ın ileri sürdüğü bu iddiaların gerçeği yansıtmaması gerekçeleriyle Volkan Taşımacılık'ın haklı gerekçe iddialarını Kurul reddetmiştir. Volkan Taşımacılık'ın diğer firmalara otogarda yazıhane vermekten kaçınmasında ve acentelik vermeye zorlamasında, mevcut acentelikleri ise feshetmesinde, gerek otogar işletmeciliği hizmetleri bakımından gerekse acentelik hizmetleri bakımından, korunacak meşru bir menfaatinin ve buna bağlı nesnel gerekliliğin bulunmadığı kabul edilmiştir.

Bu doğrultuda hâkim durumdaki teşebbüs olan Volkan Taşımacılık'ın sözleşme yapmama ve sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü kısıtlanmıştır.

C. Etkinlik Gerekçesi

Diğer bir haklı gerekçe başlığı olan etkinlik gerekçesi için dört koşul aranmaktadır:²⁰⁴

- “– Etkinlikler davranışın sonucu olarak gerçekleşmeli ya da gerçekleşmesi muhtemel olmalı (illiyet bağı),
- Davranış söz konusu etkinliklerin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olmalı,
- İncelenen davranış sonucunda ortaya çıkması muhtemel etkinlikler, davranışın etkilenen pazarlarda rekabet ve tüketici refahı üzerindeki olası olumsuz etkilerini telafi etmeli,
- Davranış, fiili ve potansiyel rekabetin kaynaklarının tamamını ya da çoğunu devre dışı bırakarak etkin rekabeti ortadan kaldırmamalı (rekabetin önemli kısmının korunması)”

Söz konusu unsurlar her ne kadar 4054 sayılı Kanun 5. maddesinde yer alan muafiyet unsurları ile doktrinde söz konusu etkinlik gerekçesinin muafiyet değerlendirmesi ile eşleştirilemeyeceği²⁰⁵ belirtilmektedir. Nitekim 4. maddeyi ihlal eden anlaşmanın amacı itibarıyla rekabeti ihlal ediyorsa doğrudan hükümsüzdür. Etkisi itibarıyla rekabeti ihlal ediyorsa taraflarca muafiyet iddiasının ispatlanamaması halinde hükümsüzdür. Muafiyet iddiası ispat edilirse bu halde anlaşmanın muafiyetin süresi ve şartları çerçevesinde askıda

²⁰⁴ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz.

²⁰⁵ Llorens, 2007, s. 1747-1748; Loewenthal, 2005, s. 459.

geçerli olduğu kabul edilmektedir. 6. maddenin ihlali ise etkinlik gerekçesinin ispatlanamaması ile gerçekleşmektedir.²⁰⁶ Etkinlik gerekçesinin ispatlanamaması halinde, anlaşma hukuken geçersizdir. Aksi takdirde, anlaşma hukuken geçerlidir; anlaşmanın askıda geçerli olma durumu söz konusu değildir.

Komisyon Rehber²⁰⁷ ve Tartışma Metni²⁰⁸ ile, Kurul ise Kılavuz'da²⁰⁹ etkinlik gerekçesi için gereken bu dört koşulun ispat yükümlülüğünü hâkim durumdaki teşebbüse bırakmıştır. Etkinlik gerekçesi bir negatif ön koşul olarak aranmakta iken etkinlik gerekçesinin ispatının teşebbüse bırakması tartışmalara sebep olmaktadır.²¹⁰ İspatın yapılmasının ancak teşebbüsten gelen bilgiler doğrultusunda yapılabilmesi, aksi durumun fiili imkânsızlık gereği mümkün olmaması sebebiyle tarafımızca ispat yükünün teşebbüste olması gerekmektedir.

Rekabet Kurulunun ***Volkan Taşımacılık***²¹¹ kararında:

“hâkim durumda bulunan teşebbüsün, rakipleriyle sözleşme yapması halinde yaptığı yatırımları karşılamaya yetecek bir getiri elde edemediği, yatırımlarını devam ettirmek için redde konu unsurdan belirli bir süre sadece kendisinin yararlanması gerektiği, aksi takdirde yatırım güdüsünün olumsuz etkileneceği yönündeki iddialarının ise etkinlik savunması bağlamında değerlendirilmesi mümkündür”

ibaresiyle etkinlik gerekçesi olarak kabul edilebilecek iddialar örneklendirilmiştir. Bu örnekler, hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri ile yatırımlarını karşılamak üzere yaptığı anlaşmaların etkinlik gerekçesinden yararlanabileceğini göstermektedir, bu itibarla

²⁰⁶ *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 2008.

²⁰⁷ *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 2008.

²⁰⁸ DG Competition Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005.

²⁰⁹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz.

²¹⁰ Doktrinde Komisyonun ispat yükünü hâkim teşebbüse bırakması; 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 2. maddesinin ispat yükünün ihlal iddiasını öne süren tarafta olduğunu belirtmesi, teşebbüsün davranışının etkinlik doğurucu ve vazgeçilmez bir davranış olduğunu göstermek zorunda bırakılmasının ağır bir ispat yükü olması, esasen ihlalin ispat yükünün davacıda olması dolayısıyla etkinliğin doğmadığı ispat yükünün de ihlalin ispatına dâhil olması, Tartışma Metni'nde haklı gerekçeye “olası savunmalar” başlığı altında yer verilmesi gerekçeleriyle eleştirilerek etkinlik gerekçesinin ya da haklı gerekçenin ispat yükünün davacı tarafta olması gerektiği öne sürülmektedir. Bu teori temel olarak ihlalin gerçekleştiğinin ispatının davacı üzerinde olmasına dayanmaktadır.

²¹¹ RK, Karar No. 17-23/384-167 ***Volkan Taşımacılık***, (2017).

kararda örnek verilen etkinlikler doğrultusunda yapılan anlaşmalar hukuki geçerliliklerini koruyabilecektir.

D. Uygulamada 6. Maddeye Aykırılık Kapsamında Sözleşme Özgürlüğün Sınırlandırılması

Kurulun son zamanlarda vermiş olduğu sözleşme özgürlüğüne müdahalenin doğrudan yapılmış olduğu **CK Akdeniz**²¹² kararı ve **Yemek Sepeti**²¹³ kararı sözleşme özgürlüğünün nasıl kısıtlandığını sergilemektedir.

CK Akdeniz kararında hâkim durumda olan CK'nın bilinçli ve sistematik bir şekilde tüketicilerden perakende satış sözleşmesi ve ikili anlaşmaları bir arada alması, kurumsal tüketiciler ile olan anlaşmalarındaki taahhütlerin doğrudan ya da dolaylı ve otomatik olarak sözleşmenin uzamasına yol açması uygulamaları, ilgili pazarları rakiplere kapatması sebebiyle söz konusu uygulamalar hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Kararda ihlale konu olan uygulamalara son verilmesi hükmüne varılmıştır.

CK'nın hâkim durumunu anlaşmalar yoluyla kötüye kullanması sebebiyle söz konusu anlaşmalar hukuka aykırı olup anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilecektir. Kurul sözleşmenin düzenleme özgürlüğüne doğrudan müdahale etmiş, sözleşmenin uzatılmamasına ilişkin şartları hukuka aykırı bulmuştur. Diğer yandan perakende satış sözleşmeleri ile ikili anlaşmaların bir arada yapılmasını hukuka aykırı bularak doğrudan sözleşme yapma özgürlüğüne kısıtlama getirmiştir.

Yine Kurulun **Yemek Sepeti**²¹⁴ kararında, Yemek Sepeti'nin hâkim durumunu kötüye kullanması nedeniyle, Yemek Sepeti'ne rakiplerine daha iyi koşullar sunulmasını engelleyen her türlü uygulamasını sona erdirmesi, anlaşma yaptığı restoranların rakiplerine daha iyi koşullar sunabilecekleri ve bu koşulları Yemek Sepeti'ne yansıtmak zorunda olmadıklarını ifade etmesi, Yemek Sepeti'nin restoranlarla olan sözleşmelerini yeniden düzenlemesi ve bunun gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 120 gün içinde belgelendirilmesi hükmüne varılmıştır. Söz konusu karar ile anlaşmaya koyulan en iyi

²¹² RK, Karar No. 18-06/101-52 **CK Akdeniz**, (2018).

²¹³ RK, Karar No. 16-20/347-156 **Yemek Sepeti**, (2016).

²¹⁴ RK, Karar No. 16-20/347-156 **Yemek Sepeti**, (2016).

müşteri şartının sona erdirilmesi, sözleşmenin yeniden düzenlenmesi hükmüyle Kurul sözleşmenin içeriğini doğrudan kısıtlamıştır.

Görüleceği üzere Kurul hâkim durumun kötüye kullanılmasına sebep olan uygulamaların –ya da sözleşmelerin- sona erdirilmesini, sözleşme hükümlerinin düzenlenmesini veya hâkim durumun kötüye kullanılmasına neden olan hükümlerin kaldırılmasını talep ederek sözleşme özgürlüğünü kısıtlamıştır.

Teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasına sebep olan anlaşmaları ekonomik etkinlik doğurması sebebiyle haklı gerekçeden yararlanarak hukuki geçerliliklerini korumaktadır. Haklı gerekçenin değerlendirildiği anlaşmalardan bazılarına aşağıda yer verilmiştir:

ATAD’ın **BP**²¹⁵ kararında, BP’nin “petrol arzında yaşanan kesintilerden ötürü” sürekli müşterisi olmayan AGB’ye sürekli müşterilerine nispeten daha çok kesinti yapması, ayrımcılık iddiası bağlamında değerlendirilmiş ve BP’nin kesintileri için objektif zorunluluk unsurunun oluştuğu kararına varılmıştır. Petrol arzında yaşanan kesintiler, dışsal etkenler olarak değerlendirilmiş olup meşru menfaatini koruma unsurunun gerçekleştiği, teşebbüsün haklı gerekçeden yararlanabileceği kabul edilmiştir. İhlalin doğmaması sebebiyle, taraflar arasındaki anlaşma ilişkisine müdahalede bulunulmamıştır.

ATAD’ın **Benzine & Petroleum BV v Commission** kararında kamu yararı, kamu güvenliği ve sağlığı, ürün güvenliği, piyasa krizi gibi dışsal faktörler ya da sözleşmesel ilişkiden doğan haklı fesih nedenleri gibi²¹⁶ haller meşru menfaatin korunması²¹⁷ olarak kabul edilmiştir.²¹⁸ Ek olarak, ATAD’ın **AKZO** ve **Tetrapak** kararlarında hâkim

²¹⁵ ATAD, Dava No. Case 77/77 **Benzine & Petroleum BV v Commission**, (1978).

²¹⁶ ATAD, Dava No. Case 77/77 **Benzine & Petroleum BV v Commission**, (1978).

²¹⁷ Konuya ilişkin ATAD’ın görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aynı görüş: ATAD, Dava No. Case 77/77 **Benzine & Petroleum BV v Commission**, (1978); Karşı görüş için bkz: ATAD, Dava No. Case 138/77, OJ L65/19 **Eurofix Ltd. & Bauco Ltd. v Hilti AG** (1988); Dava No. T 83/91 **Tetra Pak SA v Commission** [, (1994).

²¹⁸ Gündüz, 2012, Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku uygulamaları ve Türk Hukuku için Çıkarımlar, s. 16.

durumdaki teşebbüsün pazar kapama amacı olan veya etkisi oluşturan eylemlerinin meşru menfaatin korunmasından yararlanmayacağı kabul edilmiştir.²¹⁹

Komisyon'un **Microsoft**²²⁰ kararında ise hâkim durumda olan Microsoft'un kişisel bilgisayarların grup sunucular ile işlerliğini engellediği, Microsoft'un işlerliğe ilişkin bilgileri rakiplerine vermeyi (sözleşme yapmayı reddetme) reddettiği tespit edilmiş; söz konusu durum hâkim durumun kötüye kullanılmasına konu olmuştur. Microsoft etkinlik gerekçesi olarak yatırım güdüsünün korunmasını ileriye sürmüştür.

Komisyon ise Microsoft'un sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahale sonrası Microsoft'un yatırım güdüsü üzerindeki doğacak olumsuz etkiler ile pazarın inovasyonu üzerinde doğacak olumlu etkileri karşılaştırmış ve yapılacak müdahalenin (işlerliğe ilişkin bilgileri verme) pazarda rekabeti ve inovasyonu artıracığı sonucuna ulaşmıştır. Bu kapsamda Komisyon, olumlu etkinliklerin tüketici refahı ve rekabet üzerindeki negatif etkilerini telafi etmemesi nedeniyle, Microsoft'un dinamik etkinlik kazanımına ilişkin gerekçelerini kabul etmemiştir.

ABAD'ın son dönem kararlarından olan **Intel**²²¹ kararında, hâkim durumdaki teşebbüs olan Intel'in müşterilerine yaptığı sadakat indirimleri hâkim durumun kötüye kullanılmasına konu olmuştur. Intel etkinlik gerekçesi olarak söz konusu sadakat indirimi ile tüketici refahının artışı, satış hacminin öngörülebilirliği sonucu üretim etkinliğinin artışı, ölçek ekonomisi, risk paylaşımı ve pazarlama etkinliği gibi etkinliklerin doğacağını ileri sürmüştür. Söz konusu etkinliklerin sağlanmasında, Intel uygulamasının sadakat indirimi şeklinde yapılmasının zorunlu olması ve rekabetin daha az sınırlanmasına ilişkin daha iyi bir seçenek olmaması unsurlarını ispat edemediği için etkinlik gerekçesi reddedilmiştir. Intel'in iddia ettiği etkinliklerin rekabet karşıtı etkilerinin daha fazla olduğunu ispatlayamaması sonucunda ABAD tarafından Intel'in hâkim durumunu kötüye kullandığı kararı verilmiştir.

²¹⁹ ATAD, Dava No. C-62/86 **AKZO Chemie BV v. Commission** [1991]; ATAD, Dava No. C-333/94 P **Tetra Pak International SA v. Commission**, (1996).

²²⁰ Avrupa Komisyonu, Karar No. Case COMP/C-3/37.792, **Microsoft**, (2004).

²²¹ ABAD, Dava No. Case C-413/14 **Intel Corp. v Commission**, (2017).

IV. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasının Ekonomik Niteliği

Rekabet hukukunun müdahaleciliği ve kuralların sınırlayıcılığı, ülkenin ekonomik gelişmişlik düzeyine bağlı olarak değişmektedir. Endüstriyel anlamda gelişmekte olan pazarlara sahip ülkelerde, ekonomik istikrarı sağlamak amacıyla, zayıf endüstrilerin gelişmeden pazardan çekilmesini önlemek için söz konusu teşebbüslere korumacı davranılabilir ve rekabet hukuku sınırlamaları ile güçlü rakip teşebbüslere ve piyasaya katı bir tutumda yaklaşılabilir.²²²

Doktrinde mehz AB rekabet hukukunun ise sadece tüketici refahını korumayı amaçlamasının yanında işsizlik sorunlarının hafifletilmesi, işsizliğin önlenmesi, istihdamın artırılması gibi durumları ve kamu politikalarının gerçekleşmesini de amaçladığı dile getirilmektedir.²²³

Rekabet hukukunun uygulanması bakımından en geniş deneyime ABD'nin sahip olduğu kabul edilmektedir.²²⁴ ABD'de de ise mahkemeleri 1970'lerin sonlarına kadar rekabet hukukunun amacını tüketici refahını korumak üzerine temellendirmiştir.²²⁵²²⁶ Bu durum teşebbüslerin kendi menfaatlerinin yanı sıra tüketicinin menfaatlerini ihlal eden eylemlerin de mahkemelerce ihlal konusu olarak değerlendirmesine sebep olmuştur.

Tüketici refahı, temel olarak sermayenin tüketiciden üreticiye dağıtılmasını ele alan “*toplam refah testi*”ne dayandırılmaktadır. Teşebbüslerin ihlal konusu olabilecek anlaşmalarının ve tüketici refahının amaçlaması veya uygulamaların tüketici refahını artırması söz konusu anlaşmaların hukuki geçerliliklerinin korunmasına yardımcı olabilecektir. Sadece tüketici refahının korunması, piyasada bulunan küçük teşebbüsleri ve rekabeti korumaya yeterli olmayacaktır, bu doğrultuda yapılan tüketici refahı analizlerinin piyasanın durumunu göz önünde bulundurarak tüketicinin uzun süreli refahını değerlendiren analizler olması gerekmektedir.

²²² Bkz. Dipnot 133.

²²³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Tekinalp & Tekinalp, 2000; Monti, 2002; Townley, 2011.

²²⁴ Jones & Kovacic, 2017, s. 12.

²²⁵ ABDYM, Dava No. 442 US 330 *Reiter v Sonotome Corp* (1979).

²²⁶ Joel L. Klein, Assistant Attorney General, Antitröst Bölümü, DOJ, Rethinking Antitrust Policies for New Economy 1-2 (Haas/Berkeley New Economic Forum öncesi yaptığı sunum, Porto Valley, California, 2000).

Son zamanlarda etkinliği amaçlayan tüketicici refahı doktrini, 1970'lere kadar devam eden tüketicici refahı doktrininden haklı olarak önemli bir şekilde ayrışmıştır. Zira etkinlik analizlerine göre uzun dönemde tüketicici refahının korunması küçük teşebbüslerin korunması ve daha çok eşitlikçi bir piyasanın sağlanması ile mümkündür. Bu halde rekabet hukuku uygulamaları, kısa dönemli tüketicici etkinliğinin amaçlanması uygulamalarından vazgeçmelidir.²²⁷ Nitekim kısa dönemli tüketicici etkinliğinin sağlanması, her zaman uzun dönemde piyasada etkinliği getirmemektedir. Ayrıca piyasa etkinliğinin değeriendirilmesinde, hangi etkinliğin önceliklendirileceği ve etkinliklerin dengelenmesinde zorluklar ile karşılaşılmıştır. Son zamanlarda iktisadi etkinliklerin önceliklendirilmesinde, AB ve Türkiye uygulamalarından farklı olarak statik etkinliklerin yerine dinamik etkinlikler²²⁸ ön plana çıkmaya bağlamıştır.

AB uygulamasında etkinlik savunmasında uygulamada farklılıklar söz konusudur. Komisyon öngördüğü etkinlik savunmasını tüketicici refahı testine dayandırmaktayken; AB ulusal mahkemeleri ve ABAD sadece tüketicici refahının esas alınamayacağını, kamu politikalarının belirlediği etkinliklerin de önceliklendirilebileceğini değeriendirmektedir.²²⁹ Komisyon söz konusu rekabetçi ve anti rekabetçi etkiler arasında bir denge testi oluşturarak tüketicici refahının maksimizasyonunu amaçlamakta ve tüketicici refahı ile etkinlik kazanımını önemsemektedir. Bununla birlikte Komisyon'un son dönem kararlarda etkinlik gerekçesine yer verdiği görülmemektedir. Etki temelli yaklaşımın kabul edildiği ve etkinlik analizinin yapıldığı son dönem kararlarda, pazarın rekabetçi yapısını koruduğu ve dolayısıyla *"rakipleri dışlamayan ve tüketicici refahını arttıran etkinlikleri desteklemek"* yaklaşımına sahip olduğu söylenebilmektedir.²³⁰

Rekabet Kurulu uygulamasında ise ağırlıklı olarak tüketicici refahını arttıran etkinliklere öncelik verildiği düşünülse de kararlarda kamu politikalarının önceliklendirdiği etkinliklere de yer verildiği görülmektedir; keza global piyasada ülke bazında rekabetçi gücünün fazla olduğu pazarlarda dinamik etkinliğe de öncelik verilebileceği düşünölmektedir.

²²⁷ Benzer görüş için bkz.: Jones & Kovacic, 2017, s. 13.

²²⁸ Tanım için bkz. Dipnot 162.

²²⁹ Ayrıntılı bilgi için üçüncü bölüme bakınız.

²³⁰ Jones & Kovacic, 2017, s. 13.

Etkinlikler arası ödünleşimler, etkinlik analizinin gerçekleştirilmesini zorlaştırmaktadır. Etkinlik değerlendirmelerinin uzun dönemde toplam refahın sağlanması esas alması gerekiyor iken; uygulamada kolay bir yöntem olması sebebiyle tüketicici refahının pazarın rekabetçiliği ile özdeşleştirmesi muhtemel etkinlik kazanımlarını dışlayacaktır. Nitekim ABD, AB ve Türkiye mevzuatındaki düzenlemelerinin amacının istikrarlı bir ekonominin sağlanması olduğu açıktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU POLİTİKALARI AÇISINDAN SÖZLEŞMENİN SINIRLANDIRILMASI

I. AB REKABET HUKUKUNUN YAKLAŞIMI

AB mevzuatında rekabet hukuku hükümleri, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma kapsamında düzenlenmiştir. Anlaşmalardan doğan etkinliklerin her zaman iktisadi etkinlik olmaması, ülkelerin kamu politikalarının amaçladığı etkinlikleri de gerçekleştirme hedefinin olması, rekabet hukuk hükümlerin dayandığı amaca dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Bu sebeple bu bölümde kamu politikalarından doğan etkinliklerin gerçekleştirilmesinde rekabet hukuku hükümlerinin yerinin ne olduğu, sırasıyla AB Anlaşması metni kapsamında ve AB Mahkemeleri, AB Komisyonu, AB Konseyi ve AB Parlamentosu'nun görüş ve uygulamaları ile Türkiye'nin yaklaşımı doğrultusunda ele alınacaktır.

A. AB Anlaşması Metni

Rekabet hükümleri ABİDA kapsamında düzenlense de m. 101 ve m. 102'nin amacı ABİDA metninde açıkça dile getirilmemiştir. ABİDA m. 101 ve m. 102'nin amacının anlaşılması için anlaşma metninin bütünlüğünün anlaşılması gerekmektedir.

ABİDA anlaşması, Lizbon Anlaşması sonrasında Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın değiştirilmesi ile kabul edilmiştir. Lizbon Anlaşması'nın imzalanması ile kurumsal yapı ve amaçlara ilişkin çoğu hükmü bünyesinde barındırmakta olan Avrupa Birliği Anlaşması (*EU Treaty*) ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma değiştirilerek Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (*Treaty of Functioning European Union*) kabul edilmiştir.²³¹ Bu kapsamda Lizbon Anlaşması iki parçadan oluşmaktadır.²³² ABA m. 1 ve ABİDA m. 1'de bu iki parçadan birinin diğeri üzerinde üstünlüğü bulunmadığı, anlaşmaların hukuken aynı değerde oldukları belirtilmiştir.

²³¹ ABA ve ABİDA'nın birleştirilmiş tüm metni için: Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, O.J. 2010 C-83/01.

²³² Çalışkan, 2011.

Doktrinde, AB rekabet politikalarının temelini rekabet ya da tüketici refahı gibi spesifik amaçlarda değil, daha geniş bir perspektif veren uluslararası eşsiz bir tecrübeyi temsil eden kurucu metinde aranması gerektiği belirtilmektedir.²³³

Anlaşma metni bütüncül olarak değerlendirildiğinde, anlaşma metninin birden fazla kamu politikası amacına hizmet ettiği görülmektedir. Bu amaçların gerçekleştirilmesinde ve politika belirleyici hükümlerin değerlendirilmesinde anlaşmazlıklar çıkabilmektedir.²³⁴

Avrupa Birliği Anlaşması madde 3'te anlaşmanın amacı belirtilmiştir. Hükme göre²³⁵:

“...3. Birlik bir iç pazar kurar. Birlik, dengeli ekonomik büyümeye ve fiyat istikrarına, tam istihdamı ve sosyal gelişmeyi hedefleyen rekabet edebilirliği yüksek bir sosyal pazar ekonomisine ve çevre kalitesinin yüksek düzeyde korunmasına ve iyileştirilmesine dayalı olarak, Avrupa'nın sürdürülebilir kalkınması için çalışır. Birlik, bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi ... sosyal adaleti, sosyal korumayı, kadın-erkek eşitliğini, nesiller arası dayanışmayı ve çocuk haklarının korunmasını ... ekonomik, sosyal ve yersel uyumu ve üye devletler arasında dayanışmayı destekler.

...

6. Birlik, hedeflerini, Antlaşmalar'da kendisine verilen yetkiler çerçevesinde, uygun araçlarla takip eder.”

Anlaşma, üye ülkelerin ortak market kurarak ekonomik ve parasal birlik sağlaması, AB'nin dengeli uyumlu ve istikrarlı ekonomi için yapılan çalışmaların gelişimine katkı sağlaması, yüksek işgücü, sosyal güvenlik, kadın erkek eşitliği, yüksek rekabet, çevrenin korunması ve hayat standardının artırılması, ekonomik ve sosyal uyumluluk, üye devletlerarasında dayanışma gibi amaçlara sahiptir. Söz konusu amaçların sağlanmasında ABA ve ABİDA'nın verdiği yetkiler çerçevesinde hareket edileceği belirtilmiştir.

ABA m. 3'te düzenlenen amaçların gerçekleştirilmesi için hükümler arasında ödünleşme gerekebilmektedir.²³⁶ Keza bazı amaçların gerçekleşmesi diğer amaçların gerçekleşmesinin önüne geçebilmektedir. ABİDA m. 7 ve devamı ise bu ödünleşmeyi konu almaktadır. Bahse konu genel uygulama hükümlerinde, Avrupa Birliği'nin hedeflerinin tümü göz önünde tutularak, yetkilendirilme ilkesine uygun olarak, politikalar

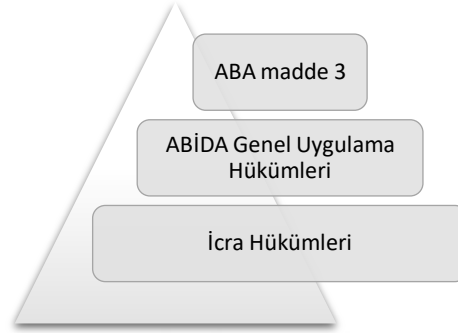
²³³ Sufrin B. , 2006, s. 952-953.

²³⁴ Townley, **Is there Still Room for Non-Economic Arguments in Article 101 TFEU Cases?**, s. 3.

²³⁵ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, 2011.

²³⁶ Avrupa Komisyonu, Case 7/74 **Demag v Fin. Duisburg-Süd**, (1974).

ve tedbirler arasında tutarlılık sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.²³⁷ Söz konusu amaçlar ve genel uygulama hükümleri m. 101 ve m. 102 gibi anlaşmanın icra hükümlerini etkilemektedir. Bu durum anlaşmanın amaç hükmü, genel uygulama hükümleri ve icra hükümleri arasında bir hiyerarşi olduğunu göstermektedir.



İcra hükümlerinin uygulanması esnasında gerçekleşebilecek politika uyuşmazlıkları, politikalar arasında dengenin gözetilmesi yoluyla veya tek bir politikanın gözetilmesi yoluyla çözülebilecektir.²³⁸

Rekabet hükümleri ise söz konusu bu aktivitelerin gerçekleştirilmesinde kullanılan tek icra hükümleri olmayıp diğer icra hükümleri de bulunmaktadır. Söz konusu bu hükümler arasında uyuşmazlıkların çıkması muhtemel olup AB Anlaşması'nın bu tür uyuşmazlıkların ortaya çıkacağı göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir.²³⁹

AB Anlaşması icra hükümleri uygulanırken mahkemeler politikalar arasında çelişkinin ortaya çıkması halinde 4 basamaklı bir çözüm yöntemi geliştirmiştir:²⁴⁰

1. İstisna hükümler
2. Politikalar arası dengeleme
3. Spesifik politikalar
4. Susma

²³⁷ Madde 7'te devam eden maddelerinde de birtakım genel uygulama ilkelerine yer verilmiştir. İcra hükümleri uygulanıyor iken madde genel uygulama ilkelerinin gerçekleştirilmesi ve devamında anlaşma amacının gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

²³⁸ Benzer görüş için bkz: Townley,2011, **Non-Economic Arguments in Article 101**, s. 4.

²³⁹ Bkz. Synder, 1993.

²⁴⁰ Townley,2011, **Non-Economic Arguments in Article 101**, s. 5.

1. İstisna Hükümler

Bu hükümler olağan dışı hallerin genel uygulamanın dışında bırakılması için getirilmiştir. İstisnalar, anlaşma hükümleri ile düzenlenmiştir. Örneğin anlaşmaya taraf ülkeler, güvenliğine ilişkin temel çıkarların korunması için gerekli gördüğü, silah, mühimmat ve savaş malzemesi üretimi veya ticareti ile ilgili tedbirleri alabilir; bu tedbirler, spesifik olarak askeri amaçlı olmayan ürünler bakımından iç pazardaki rekabet koşullarını olumsuz yönde etkileyemez.²⁴¹

İstisna olarak düzenlenen durumlar dışarıda bırakıldıktan sonra AB anlaşması kapsamında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla politikaların dengelenmesi önerilmiştir.

2. Politikalar arası dengeleme

AB Anlaşması, birbiriyle çelişen kamu politikalarına sahip olduğu için icra aşamasında çıkan uyuşmazlıklardan ötürü politikalar arası dengeleme gerektiren birden fazla hüküm bulunmaktadır. Örneğin ABİDA m.38’de iç pazarın kuruluşu veya işleyişi için öngörülen değerlerin m.39 ve m.44’te yer alan politikalar ile dengelenmesi gerekmektedir.

3. Spesifik politikalar

AB Anlaşmasının bazı maddelerinde spesifik bir politika belirlenmiştir, söz konusu politika doğrultusunda diğer anlaşma hükümlerinin politikalarının dikkate alınması beklenmektedir. Örneğin AB Anlaşması’nın 8. maddesinde birliğin *tüm faaliyetlerinde*, erkekler ile kadınlar arasındaki eşitsizliği gidermek ve eşitliği desteklemek için çaba göstereceği, m.16’de, birliğin *tüm politika ve faaliyetlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında*, insan sağlığının yüksek seviyede korunması gerektiği düzenlenmektedir.

²⁴¹ ABİDA, m.346(b) hükmü.

4. Susma

Anlaşma metninin birtakım politikaların karşı karşıya gelmesi halinde düzenleme yapılmayan politika çatışmalarında AB Anlaşma metni bilinçli bir şekilde susmuş ve politikaların icrasında çıkan uyuşmazlıklarda yorumu mahkemeye bırakmıştır.

Doktrinde AB Anlaşma metninin genellikle politikalar arasında dengeleme yöntemini tercih ettiği dile getirilmektedir. Keza ABİDA genel uygulama hükümlerinde -iradesini doğrudan ortaya koyarak- anlaşma amaçlarının tümünü göz önünde tutarak politikalar ve tedbirler arasında tutarlılık sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

B. AB Mahkemeleri

AB mahkemelerinin, AB Anlaşması'nın uygulanması, yorumlanması ve hukukilik denetiminin yapılmasında görevli olmaları sebebiyle AB mahkemelerinin iradesi, anlaşma metninin anlaşılması için önemlidir.

Öncelikle temyiz merci olan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ABA ve ABİDA'yı yorumlamasına bakmak gerekmektedir. ABAD'ın anlaşma metnini yorumlama metodolojisi üç yönteme dayanmaktadır: deyimisel yorum yöntemi, sistematik yorum yöntemi, amaçsal-fonksiyonel-sonuç odaklı yorum yöntemi. ABAD tarafından yöntemler arasında en fazla tercih edilen yöntem sistematik yorum yöntemidir.

ABAD; AB Anlaşmasının amaç, genel uygulama, icra hükümlerinin oluşturduğu hiyerarşinin varlığını kabul etmektedir. Bu sebeple ABİDA m. 3'te belirlenen amaçlar ABİDA m. 101 ve m. 102'nin uygulanmasında önem arz etmektedir. AB mahkemelerinin uygulamalarının ABAD ile benzeştiği görülecektir. AB mahkemeleri de uygulamada sistematik yorum ve amaçsal yorum yöntemlerini tercih etmektedir.²⁴²

ABİDA m. 101 ve m. 102'nin ABİDA genel uygulama hükümlerinin tamamını gerçekleştirmeyi amaçlayıp amaçlamadığı belirsizdir. Ancak m. 101 ve m. 102'nin icrası ile kamu politikaları arasındaki uyuşmazlıkların olması halinde ödünleşme gerçekleştirilebilmektedir.²⁴³

²⁴² Townley, 2011, „Non-Economic Arguments in Article 101, s. 3-6.

²⁴³ ATAD, Dava No. Case T-17/93 *Matra Hachette SA v Commission* , (1994).

C. AB Komisyonu

AB Komisyonunun yasama sürecini başlatma, AB müktesebatını, bütçeyi ve programları uygulaması dolayısıyla yürütme organı olarak hareket etme ve idari denetimden sorumlu olma gibi görevleri bulunmaktadır. Bu sebeple AB Komisyonunun görüşleri, AB Anlaşmasının yorumlanmasında önem arz etmektedir.

Komisyon, 2000 yılına kadar rekabet politikasının AB'nin diğer politikaları ile iki şekilde bağlantılı olduğunu kabul etmiştir. Bunlardan ilkinin diğer politika amaçlarına yardım etmek üzere mal ve pazar piyasalarına ilişkin mekanizmaları kullanmak, ikincisinin ise amaçlanan diğer politikanın amacı sona erene kadar politikalar arası ödünleşilmesi adına rekabetin ihlal edilmesi olduğunu belirtmiştir.²⁴⁴ ATAD'ın *Ford/Volkswagen*²⁴⁵, *Jahrhundertvertrag and VIK-GVSt*²⁴⁶, *EBU/Eurovision System*²⁴⁷, *Fiat/ Hitachi*²⁴⁸ kararlarında bunların örneklerini görmek mümkündür.

1993 ile 2004 yılları arasında Komisyonun verdiği tüm kararlardan yüzde 32'si kamu politikalarını ilgilendiren kararlardır.²⁴⁹ Komisyon 2004 yılından itibaren ise politika duyurularında rekabet hükümlerinin tek amacı olduğunu, bu amacın ise tüketici refahını ve kaynak tahsis etkinliğini artırarak rekabeti korumak olduğunu dile getirmektedir.

D. AB Konseyi ve AB Parlamentosu

AB Konseyi, Avrupa Birliği içinde üye devletlerin ulusal çıkarlarının temsil edildiği organdır.²⁵⁰ Konsey de AB rekabet hükümlerinin kamu politikaları ile bütünleştiğini kabul etmektedir.²⁵¹ Yine Avrupa Parlamentosu Ekonomi ve Sosyal Komitesi de aynı görüşü paylaşmaktadır.²⁵²

²⁴⁴ XII Report on Competition Policy (1982), s. 9-10.

²⁴⁵ Avrupa Komisyonu, Karar No. L 20/14 *Ford v Volkswagen*, (1992).

²⁴⁶ Avrupa Komisyonu, Karar No. L 50/14 *Jahrhundertvertrag and VIK-GVSt*, (1993).

²⁴⁷ Avrupa Komisyonu, Karar No. L179/23 *EBU v Eurovision System*, (1993).

²⁴⁸ Avrupa Komisyonu, Karar No. L 20/10 *Fiat v Hitachi*, (1993).

²⁴⁹ Townley, *Non-Economic Arguments in Article 101*, s. 8.

²⁵⁰ AB Konseyi'nin görevi hakkında bkz: (Avrupa Birliği Bakanlığı).

²⁵¹ Council Conclusions on the Contribution of Industrial Policy to European Competitiveness, OJ 2003 C317/2, Council Resolution on national fixed bookprice systems OJ 2001 C73/5.

²⁵² European Parliament and the Economic and Social Committee on Commission XXIVth Report on Competition Policy (1994).

II. TÜRK REKABET HUKUKUNUN YAKLAŞIMI

Türk Rekabet Hukuku mevzuatında rekabet hükümlerinin kamu politikalarının sağlanması noktasında bir amacı olup olmadığı noktasında öncelikle 4054 sayılı Kanun'un amaç hükmüne bakmak gerekmektedir. Amaç hükmünde, 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 belirtilmiştir. Kanunun amacının rekabeti korumak olduğu belirtilmekle birlikte, rekabetin korunmasıyla ne tür yararların amaçlandığı Kanun metninde ele alınmamış olup amaç metninin gerekçesinde dile getirilmiştir. Amaç maddesinin gerekçesi aşağıdaki gibidir:

“Madde 1 Gerekçesi: Günümüz dünyasındaki gelişmeler göstermiştir ki rekabet bir piyasa ekonomisinde yalnızca kaynakların etkin kullanımını sağlamakla kalmaz aynı zamanda rakip malların fiyatlarının düşmesini ve bu pazarda daha büyük paya sahip olmak isteyen teşebbüslerin ürünlerinin kalitelerini artırmalarına ve yeni teknolojileri üretimde kullanmalarına yol açar. Serbest rekabetçi yapının getirdiği bu dinamizm ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınmasını sağlar. Fiyatların düşüşü ve kalitenin artışı ise toplumun tamamını yani tüketicileri korumak gibi sosyal bir fayda sağlar. İşte bu nedenlerle, Devletin gerekli hukuki düzenlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlaması bu kanunun amacını oluşturmaktadır.”

Amaç maddesinin gerekçesine göre kanunun amacı ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınması ve tüketicilerin korunmasıdır. Amacın yerine getirildiği süreçte ise kaynakların etkin kullanımını sağlamak, fiyatların düşmesi, ürün kalitesinin artışı, yeni teknoloji üretimi gibi uygulamaların araç olarak kullanılabileceği dile getirilmiştir.

Tarafımızca kanunun amacının rekabet hükümlerini, rekabeti sağlamak üzere değil; gerekçede de belirtildiği üzere “ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınmasını sağlamak ve tüketicileri korumak” üzere uygulamak olduğu, rekabet hukukunun getireceği sınırlamaların da bu amaçla yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Amacın değerlendirilmesi için Türk Rekabet Hukuku'nun kodifiye ediliş süreci dikkate alındığında 4054 sayılı Kanunun temeli gümrük birliği sürecinin tamamlanması için imzalanan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı karşımıza çıkacaktır:

“1.Türkiye, Gümrük Birliği ile amaçlanan ekonomik bütünleşmeyi gerçekleştirmek amacıyla, rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatının Avrupa Topluluğu mevzuatıyla bağdaştırılmasını ve etkili biçimde uygulanmasını sağlar.

2.Türkiye, 1. fıkradaki yükümlülükleri yerine getirmek için:

a. Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden önce, girişimlerin ABİDA m. 101 ve m. 102’de sözü edilen koşullardaki uygulamalarını yasaklayan bir yasayı kabul eder. Ayrıca, Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde, Toplulukta yürürlükte bulunan tüm blok muafiyet yönetmeliklerinde ve AT mercilerinin geliştirdiği içtihadta yer alan ilkelerin Türkiye’de uygulanmasını sağlar.

b. Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden önce, bu kuralları ve ilkeleri etkili biçimde uygulayacak bir rekabet merci oluşturur...’’²⁵³

Türkiye Gümrük Birliği yürürlüğe girmesi öncesi söz konusu Ortaklık Konseyi Kararı ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yasalaştırmış ve devam eden süreçte rekabet politikasına ilişkin müktesebat kodifiye edilmiştir.

Türkiye’nin rekabet politikası alanındaki mevzuatı AB’de rekabet mevzuatına dayanmaktadır. Ortak Konsey Kararı, Türkiye’nin toplulukta yürürlükte bulunan tüm blok muafiyet yönetmelikleri ve Avrupa Birliği mercilerinin geliştirdiği içtihadta yer alan ilkeleri uygulayacağını düzenlemiştir. Bu itibarla Türkiye’nin kabul ettiği anlaşma ve metinler çerçevesinde kendi kamu politikaları doğrultusunda yaptığı ya da yapacağı sınırlamalar hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Türk Rekabet Hukuku’nun kanunlaşması süreci AB Rekabet Hukuku’ndan esinlenmesi ile gerçekleşmiştir. Dolayısıyla kanunun amacına ilişkin tartışmalar, AB mevzuatının amacına ilişkin yapılan tartışmalar ile benzer olacaktır. ABİDA m. 101/3 kamu politikalarının amaçladığı etkinlikleri sağlamak adına oldukça geniş yorumlanabilmektedir. Kamu politikası, ekonomik olmayan ve tüketici refahı dışında kalan kamu sağlığı, medyanın çok sesliliği, ortak pazar, çevrenin korunması amaçlarının tamamına verilen isimdir.²⁵⁴

Anlaşmanın amaç metni, ABAD ve AB mahkemeleri, AB Konseyi ve AB Parlamentosu rekabet hükümlerinin iktisadi etkinliklerin ötesinde, kamu politikalarından doğan etkinlikleri sağlamayı amaçladığı konusunda; ayrıca rekabet hükümlerinin kamu politikalarının aralarında gerçekleşecek ödünleşmelerde araç olarak kullanılabilecekleri

²⁵³ 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (Gümrük Birliği Kararı) (Erişim Linki: <http://www.mfa.gov.tr/1-95-sayili-ortaklik-konseyi-karari-gumruk-birligi-karari.tr.mfa> Erişim Tarihi: 01.03.2019).

²⁵⁴ Townley, 2011, s. 441.

hususunda görüş birliğine sahiptir. Komisyon ise 2004 yılına kadar rekabet hükümlerinin kamu politikalarına katkı sağlamak üzere icra edildiğini kabul ederken, 2004 sonrasında bu görüşünü değiştirmiştir. Hâlihazırda Komisyon, rekabet hükümlerinin amacına ilişkin olarak yukarıda saydığımız kurumlardan farklı görüşe sahiptir. Muafiyete ilişkin kılavuzunda m. 101/3'ün amacının pazardaki rekabeti korumak, tüketici refahını artırmak ve kaynak tahsisinde etkinliği ve sınırlayıcı anlaşmalardan doğan yararların değerlendirilmesini sağlamak olduğunu belirtmektedir.²⁵⁵

Komisyonun etkinlik değerlendirmesinde, tüketici refahını tercih etmesi ve ekonomik olmayan diğer etkinlikleri göz ardı etmesi politik bir karardır. Keza anlaşma metninin hazırlanması süreci de politik yürütülen bir süreçtir. Doktrinde AB Mahkemeleri ve Komisyon arasındaki etkinliğin değerlendirilmesine ilişkin mevcut çelişkinin Komisyonun devlet müdahalelerinin ve lobileşmenin önüne geçmek istemesinden kaynaklandığı düşünülmektedir.²⁵⁶

Ancak Avrupa Adalet Divanı; **3F**²⁵⁷, **Roquette Freres**²⁵⁸, **Meca Medina**²⁵⁹, **Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas**²⁶⁰ kararlarında kamu politikasını tüketici refahı ile sınırlandırmamıştır. Kamu politikası kapsamında sağlanan etkinliklerin de m.101/3 kapsamında muafiyet unsurları sağladığını değerlendirmektedir. Yine AB mahkemeleri, Genel Kurul kararlarının birçoğunda kamu politikasının değerlendirildiği görülmekte ve mahkemelerin kamu politikası kapsamında çeşitli pazarlarda etkinsizliklere karşı etkinlikleri değerlendirdiği birçok kararı bulunmaktadır. Tarafımızca rekabet otoritelerinin -buna Komisyon da dahil olmak- üzere bu kararları göz ardı etmesi pek de mümkün değildir.²⁶¹

²⁵⁵ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.

²⁵⁶ Townley, 2011, **Goals Count in Article 101**, s. 448.

²⁵⁷ ABAD, Dava No. C- 319/07 P **3F v Commission** (2009).

²⁵⁸ ATAD, Dava No. C- 94/00 **Roquette Frères** (2002).

²⁵⁹ ATAD, Dava No. C-519/04 P **Meca-Medina and Majcen v Commission** (2006).

²⁶⁰ ABAD, Dava No. C-1/12 **Ordem dos Técnicos Oficiais de Conta** (2013).

²⁶¹ Official of Fair Trading (OFT) (UK) rekabet otoriteleri ve mahkemeler gibi bağımsız kurumların ekonomik olmayan etkinliklerin sağlanması için dengeleme analizi yapmasının politik bir konum oluşturması dolayısıyla uygun olmadığını değerlendirmektedir. (OFT Synopsis s. 5) Ancak söz konusu dengeleme analizi tüketici refah analizleri ile hâlihazırda gerçekleştirilmektedir. Buna ek olarak, çelişkili bir şekilde, 2011 yılında BBC tarafından İngiltere bankalarının yeni yıl primlerine ilişkin olarak bir araya geldikleri bildirilmiştir. Bu toplantı, hardcore rekabet ihlaline neden olabilecek riske sahiptir. Konuya

Diğer yandan Rekabet Kurulunun uygulamasında *Yeni Nesil Deterjan*²⁶² kararı, *Roche v Corena*²⁶³ kararı, *UN Ro-ro v Ulusoy*²⁶⁴ kararı kamu politikaları göz önünde bulundurularak yapılan sınırlamaları ilgilendiren kararlardan birkaçıdır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda tarafımızca gerek AB Rekabet Hukuku'na gerek Türk Rekabet Hukukuna göre rekabet hükümlerinin amacının sadece tüketici refahını sağlamak değil; aynı zamanda ülke kamu politikalarının gerçekleştirilmesi de olduğu düşünülmektedir.



ilişkin olarak OFT, bankaların sözde bir düzenleme ile bir araya geldiğini belirtmiştir. Townley konuyu, politik amaçlar dolayısıyla OFT'nin soruşturma yapmaktan kaçınması olarak değerlendirilmiştir. OFT'nin bu çelişkisinin politikleşmekten ve lobicilikten korkmasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Ancak her halde, OFT'nin tüketici refahını diğer refahların üzerinde görmesi politik bir karardır. (Konuya ilişkin olarak bkz. Townley, 2011, *Goals Count in Article 101*, s. 443, 448).

²⁶² RK, Karar No. 08-33/727-167 sayılı *Yeni Nesil Deterjan*, (2009).

²⁶³ RK, Karar No. 18-34/577-283 *Roche v Corena*, (2018).

²⁶⁴ RK, Karar No. 17-36/595-259 *UN Ro-ro v Ulusoy*, (2017).

SONUÇ

4054 sayılı Kanun amacı doğrultusunda, rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak kabul edilen birtakım ilişkilerin önüne geçmekte ve sözleşme özgürlüğüne birtakım müdahalelerde bulunabilmektedir. Anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un amacına aykırılık teşkil etmesi halinde m. 4 ve m. 6 hükümler doğrultusunda ihlal olarak kabul edilerek hukuka aykırı ve geçersiz olarak nitelendirileceklerdir.

AB ve Türkiye uygulamalarında ABİDA m. 101'e ve 4054 sayılı Kanun m. 4'e aykırı anlaşmalar amaç bakımından ihlal ya da etki bakımından ihlal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Amaç bakımından rekabet ihlali doğuran anlaşmaların doğrudan geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Etki bakımından rekabet ihlali doğuran anlaşmaların ise tarafların iddiası halinde anlaşmanın piyasada oluşturduğu ya da oluşturması muhtemel yararları ve zararlarına ilişkin etki analizi yapılmaktadır. Bahse konu mevzuat amaç ve etki bakımından rekabet ihlallerinin ne olduğu hususunda hukuki belirliliğe sahip değildir.

6. maddenin haklı gerekçe analizinde ise metodik tartışmalar mevcuttur. Gerek Rekabet Kurulu gerek Komisyon haklı gerekçeler açısından "ad hoc" analizler gerçekleştirmektedir. Haklı gerekçenin var olmaması 6. madde kapsamında bir ihlal için negatif önkoşuldur. Haklı gerekçenin var olduğunun ispatlanması halinde ihlalin oluşmadığına karar verilecektir; ancak kanunda buna ilişkin bir düzenleme yoktur. NE var ki muafiyet hükmü ve haklı gerekçeye ilişkin yapılan analizler oldukça geniş ve soyut niteliktedir. Dolayısıyla uygulamada içtihatlar yol gösterici olmaktadır

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasını ekonomik niteliği, sınırlandırmanın anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle rekabet mevzuatı ve mevzuat uygulaması değerlendirilmelidir.

AB Rekabet Hukuku'nda rekabet hükümlerinin ele alındığı anlaşma metninin amaç hükmünde, sözleşmenin tüketici refahını sağlamanın yanı sıra Avrupa Birliği Anlaşması'nda belirtilen kamu politikalarının gerçekleştirilmesini amaçladığı; kamu politikalarının ise, Avrupa Birliği Anlaşması'nda ortak pazar kurarak ekonomik ve parasal birlik sağlması, AB'nin dengeli uyumlu ve istikrarlı ekonomi için yapılan çalışmaların gelişimine katkı vermesi, yüksek işgücü, sosyal güvenlik, kadın erkek

eşitliği, yüksek rekabet, çevrenin korunması ve hayat standardının artırılması, ekonomik ve sosyal uyumluluk, üye devletlerarasında dayanışmayı sağlama olduğu dile getirilmiştir. Bu durum rekabet hükümlerinin tüketici refahını sağlama amacına mı sahip olduğu yahut kamu politikaları için bir araç olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. ABAD ve AB mahkemeleri uygulamalarında rekabet hükümlerinin kamu politikalarını gerçekleştirmek için bir araç olduğunu kabul etmekteyken (özellikle tek pazar amacının önem kazandığı kararlarda rekabet hükümleri diğer sistemlerin önüne geçmektedir.) diğer kararlarda diğer kamu politikalarının amaçları rekabet politikasının amacının önüne geçmektedir.²⁶⁵

Avrupa Komisyonu ise mevzuata ilişkin çalışmalarında ve verdiği kararlarda ise rekabet hükümlerinin tüketici refahına hizmet ettiği noktasında ısrarcı konumunu korumaktadır. Ancak tarafımızca Avrupa Komisyonunun mahkeme kararlarını göz ardı etmesi mümkün değildir.

Türk Rekabet Hukukunda ise 4054 sayılı Kanun'un amaç hükmünde, rekabetin korunmasının amaç olduğu belirtilmiştir. Kanunun amacının rekabeti korumak olduğu belirtilmekle birlikte, rekabetin korunması ile ne tür yararların amaçlandığı kanun metninde ele alınmamıştır. Kanun gerekçesinden amaçlanan yararların ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınması ile tüketicinin korunması olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte mehz AB uygulamasından farklı olarak, mevzuatta ekonomik etkinliği gerektiren “tüketici refahı” yerine daha geniş bir kavram olan “tüketici yararı” karşılık bulmuş olup ekonomik olmayan birtakım yararlar ve kamu politikalarının da “tüketici yararı” kapsamında değerlendirileceği ve bu tercihin bilinçli bir tercih olduğu düşünülmektedir.

Rekabet Kurumu, sözleşme özgürlüğünü kısıtlarken söz konusu sözleşmelerin piyasada etkinlik doğurup doğurmadığını dikkate almaktadır. Etkinlik müessesesini oldukça geniş değerlendirilmekte olup AB Komisyonuna benzer şekilde etkinlik tercihini statik etkinlikten yana kullanmaktadır.²⁶⁶ Rekabet politikalarının (dinamik etkinlik) inovasyon ve yenilik rekabeti bir kenara koyularak sadece fiyat rekabeti için uygulanmasının uzun

²⁶⁵ Jones & Kovacic, 2017, s. 27.

²⁶⁶ Benzer yönde: Kozak, 2009, s. 7.

vadede ekonomiyi korumayacağı düşünülmektedir.²⁶⁷ Tarafımızca kanunun amacı olan “ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınması ile tüketicinin korunması ilkesi” çerçevesinde, dinamik etkinliklerin Türkiye uygulamasında daha fazla dikkate alınması gerekmektedir.²⁶⁸

ABD’de Sherman Act’ın, AB’de ABİDA’nun ve Türkiye’de 4054 sayılı Kanun’nun sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran hükümlerinde “rekabeti engelleme, bozma, kısıtlama” “kötüye kullanma” “hâkim durum” “piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” gibi çerçevesi belirsiz birtakım genel kavramlara yer verdiği görülmektedir. Söz konusu kavramların somut olmaması, bu hükümlerin kapsamının belirlenmesinde güçlük oluşturmakta ve bu belirsizliğin aşılmasında ABDYM, Adalet Divanı ve Danıştay gibi mahkemeler önemli bir rol sahibi olmaktadır. Özellikle muafiyet ve haklı gerekçe değerlendirmelerinde kullanılan etkinlik analizlerinin hukuki belirliliğe sahip olması için Danıştay’ın Rekabet Kurulunun seçtiği metodoloji ve unsurlar doğrultusunda Kurul kararlarının hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmesi ve bu kapsamda Danıştay’ın içtihat hukukunda aktif rol alması gerekmektedir. Ancak Danıştay ve idari mahkemelerin içtihat hukukunun oluşmasında aktif bir rol sergilemediği düşünülmektedir. Hukuk uygulayıcıları ve doktrin, kanunun yorumlanmasında ağırlıklı olarak Rekabet Kurumu kararlarına atıf yapmaktadır.

Mahkemelerin hukuka uygunluğu değerlendirilebilmesi açısından Rekabet Kurulunun kararlarında etkinlik analizlerinin yöntemlerini ve unsurlarını her bir karar açısından şeffaf bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Uygulamanın istikrarı için ise; rekabet hukukunun kesin, tutarlı, net, öngörülebilir, şeffaf, uygulanabilir olması ve kompleks olan standartların uygun olması gereklidir. Kesin nitelikteki kuralların uygulanmasının ise “prova edilmiş” olması gerekmektedir.²⁶⁹

²⁶⁷ Diğer taraftan hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarının dinamik etkinlik savunmalarının göz ardı edilerek rakipleri için olumsuz etki doğurduğu gerekçesiyle değerlendirilmesi etkinlik kaybına yol açacak, etkin olmayan rakiplerin de korunmasına neden olacaktır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz, Haklı Gerekçe, s. 20) Bu durum teşebbüslerin işbirliği yapması ihtimalini de gündeme getirebilecektir. Bu nedenle hâkim durumdaki teşebbüsün 6. maddeye konu olan uygulamalarının etkinlik gerekçesinden yararlanması önemlidir.

²⁶⁸ Dinamik etkinlik, gelişmiş ekonomi piyasalarında daha fazla tercih edilen bir etkinlik türüdür. Bu doğrultuda Rekabet Kurulunun Türkiye’nin gelişmiş ekonomi piyasaları açısından dinamik etkinlik türünü tercih etmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

²⁶⁹ Jones & Kovacic, 2017, s. 2.

Ekonomik olmayan etkinliklerin -kamu politikalarının- Rekabet Kurumu kararlarında sosyal maliyet ya da tüketici yararı adı altında uygulanmakta olduğu gör÷lmektedir. Ekonomik olmayan etkinlikler arasında öd÷nleşim gerekmesi halinde 4054 sayılı Kanun’da, Avrupa Birliği Anlaşması gibi bir sistematik mevcut olmayıp söz konusu etkinlikler arası öd÷nleşimin nasıl gerçekleşeceği hukuken belirsizdir.

Ekonomik olmayan etkinlikler bakımından hâlihazırda “tüketici yararı” ibaresi altında kararlar veriliyor olsa da ÷lke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınması ilkesi çerçevesinde Kanun’un amaç metninin ele alınması ve genel uygulama ilkelerinin mevzuatta düzenlenmesi gerekmektedir. ÷lke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınmasını sağlamak amacıyla getirilen rekabet hukuku hükümlerinin ÷lke ekonomi politikaları dikkate alınarak değerlendirilmesi ve uygulamaya koyulması gereklidir.

Kaynakça

- Akıncı, A. (2001). *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Akipek, J., Akıntürk, T., & Ateş Karaman, D. (2012). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Aksoy, N. (2004). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Altaş, H. (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin.
- Antalya, G. (1991). Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları. *Hukuk Araştırmaları Dergisi*.
- Aral, F. (1999). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin.
- Arı, Z. (2004). *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Arsebük, E. (1937). *Borçlar Hukuku*. Ankara.
- Ata, Ç. D. (2009). *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Ateş, M. (2014). Rekabet Hukukundaki Anlaşma ve Borçlar Hukukundaki Sözleşme Kavramları Üzerine. *FMR*, 85-92.
- Atiyas, İ. (2000). Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler. *Rekabet Dergisi*.
- Ayrancı, H. (2003). Sözleşme Kurma Zorunluluğu. *AÜHFD*: C. 52.
- Bael, I. V., & Bellis, J. F. (1990). *Competition Law of the EEC*. Oxfordshire: Croner CCH Group Ltd.
- Baker, J. (2007). *Beyond Schumpeter v Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*.
- Belbez, H. (1944). Akitlerde Sükûnun Ehemmiyeti. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 210-231.
- Church, J., & Ware, R. (2000). *Industrial Organization*. Irwin McGraw-Will.

- Craswell, R. 1. (1995). *Freedom of Contract*. Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper.
- Çalışkan, O. (2011). *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği'nin Yeni Kurumsal Yapısı*.
<https://mpira.ub.uni-muenchen.de/56591/> adresinden alındı
- Dural, M., & Öğüz, T. (2009). *Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku)*. İstanbul: Tercih Kitabevi.
- Eğilmez, M. (2014). *Örneklerle Kolay Ekonomi*. Remzi Kitabevi.
- Ercoşkun Şenol, K. (2016). Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 709-737.
- Eren, F. (2016). *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Ernst A. (1991). *Berner Kommentar, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen. 2. Teilband. Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR. Bern.*
- Ersoy, B. (2015). *Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Esen, Ş. (2006). *Piyasaların Rekabetçi İşlevlerini Sürdürmesinde Rekabet Hukukunun Rolü: Piyasaya Giriş Engellerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*. Sakarya: Sakarya üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.
- Evans, L. T., Quicley, N., & Zhang, N. (2003). Dynamic Efficiency, Regulation and Price Control. *Canadian Journal of Economics*.
- Faull, J., & Nikpay, A. (2014). *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Fraile, I. A., Kapoor, R., & Morales. (2014). Drug Test: When are Pay-for-delay Agreements Illegal? *Global Competition Litigation Review*.
- Gauch, P. (1991). Von den wesentlichen Vertragspunkten. Almanya.
- Gauch, P., Schluep, W. R., Schmid, J., & Emmenegger, S. (2003). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Verlag.
- Geradin, D. (2004). *Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector-Specific Regulation*.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617922 adresinden alındı
- Gündüz, R. (2011, Ağustos 2011). *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Açılan Yeni Pencere: Modernizasyon ve Muafiyet Rejimi İlişkisi*. Rekabet Kurumu Resmi Sitesi:

<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=9a201822-d896-40cf-a3c6-cb618a4f7603> adresinden alındı

- Gündüz, R. (2012). *Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku uygulamaları ve Türk Hukuku için Çıkarımlar*. Ankara : Rekabet Kurumu.
- Gürzumar, O. B. (2002). 4054 Sayılı Kanunun 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi. *Rekabet Kurumu Dergisi*, 3-76.
- Güzel, O. (2003). *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Hatemi, H. (2005). *Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)*. İstanbul : Vedat Kitabevi.
- Hatemi, H. & Oğuztürk Kalkan, B. (2013). *Kişiler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Hermalin, B. E., Katz, A. W., & Craswell, R. (2007). Contract Law. A. M. Polinsky, & S. Shavell içinde, *Handbook of Law and Economics* (s. 3-138). Amsterdam: North Holland.
- Hovenkamp, J. H. (2005). *Antitrust*. Thomson/West.
- Huguenin, C., & Meise, B. (2015). *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Jones, A., & Kovacic, W. E. (2017). Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework. *Antitrust Bulletin*.
- Karaman Coşgun, Ö. (2015). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*.
- Kaşak, F. E. (2018). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*. Sakarya: Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.
- Kayıhan, L. (2003). *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Keller, M., Schöbi, C., & Gabi, S. (1988). *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- Kılıçoğlu, A. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.

- Klein, Joel L. , (2000) Assistant Attorney General, Antitröst Bölümü, DOJ, Rethinking Antitrust Policies for New Economy 1-2 (Haas/Berkeley New Economic Forum öncesi yaptığı sunum, Porto Valley, California).
- Kocaağa, K. (2008). Sözleşmenin Kurulabilmesi için Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar. *TBB Dergisi*, 73-102.
- Koller, A. (1996). *Schweizerisches Obligationenrecht, Grundriss*. Bern: Stämpfli.
- Korah, V. (1997). *Cases and Materials on EC Competition Law*. Hart Publishing.
- Korah, V., & O’Sullivan, D. (2002). *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing.
- Kozak, K. (2009). *Efficiencies in Article 82 of the Treaty an Illusionary Defence?*,. Collage of Europe.
- Kramer, E. A. (1991). *Berner Kommentar, Art. 19-22 OR, Allgemeine Bestimmungen. Inhalt des Vertrages*. Bern: Stämpfli.
- Kramer, E. A., & Schmidlin, B. (1986). *Berner Kommentar*. Bern: Stämpfli.
- Llorens, A. A. (2007). The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC. *Common Market Law Review*.
- Loewenthal, P. J. (2005). *The Defence of Objective Justification in the Application of Article 82 EC*. Kluwer Law International.
- McNutt, P. (2005). *Law, Economics and Antitrust Towards a New Perspective*. Edward Edgar Publishing.
- Merz, H. (1992). *Vertrag und Vertragsschluss*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg.
- Monti, G. (2002). Article 81 EC and Public Policy. *Common Market Law Review*.
- Oğuz, F., & Kent, B. (2011). *Anayasa ’da Ekonomik Ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası.
- Oğuzman, K. (2011). *Borçlar Hukuku (15 b.)*. İstanbul: Turhan Yayınevi.
- Oğuzman, K., & Öz, T. (2010). *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. İstanbul : Vedat Kitabevi.
- Oğuzman, K., & Seliçi, Ö. (2018). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Öz, T. (1990). *Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*. İstanbul: Kazancı.
- Öz, T. (1997). *Yönetim (Management) Sözleşmesi*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özsunay, E. (1982). *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi .
- Öztürk, S. (2002). Elektronik Sözleşmeler (Kuruluş ve Geçerlik Şartları). *İstanbul Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*.
- Piotet, P. (1956). *La Formation du Contrat en Doctrine Générale et en Droit Privé Suisse*. Berne: Stämpfli.
- Rahl, J. (1970). *Common Market and American Antitrust: Overlap and Conflict*. Newyork: McGraw-Hill.
- Sanlı, K. C. (2000). *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Sanlı, K. C. (2017). *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Schönenberger, W., & Jäggi, P. (1973). *Obligationenrecht: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Zürich: Schulthess.
- Schwenzer, I. (1998). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. Bern: Stämpfli.
- Schmitt, 2008, Carl, Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, Çev.: Bilal Canatan, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara.
- Secrétan, R. (1946). Note sur la portée du silence juridique du silence opposé à une lettre de “confirmation” d'un contrat (ou prétendu contrat). *Journals des Tribunaux*. 94.
- Serozan, R. (2011). *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Storme, M. E. (2005). Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law. *European legal harmony: goals and milestones*. Tartu.
- Sufrin, B. (2006). The Evolution of Article 81(3) of the EC Treaty. *Antitrust Bulletin*.
- Sufrin, B. J. (2008). *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Staudinger & Coing (1957). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. §144
- Synder, F. (1993). The Effectiveness of European Community Law: institutions, processes, tools, and techniques. *Modern Law Review*.
- Tan, T. (1990). Anayasal Ekonomik Düzen. *Anayasa Yargısı Dergisi*.
- Tekinalp, G., & Tekinalp, Ü. (2000). *Avrupa Birliği Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Tekinay, H., Akman, Burcuoğlu, & Altop. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Yayınevi.
- Topçuoğlu, M. (2001). *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*. Rekabet Kurumu.
- Townley, C. (2011). Which Goals Count in Article 101 TFEU? Public Policy and Its Discontents. *European Competition Law Review*.
- Ünal, A. (2012). *Kelepçeleme Sözleşmeleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Waelbrock, D. (2010). *The Assessment of Efficiencies under Article 102 and the Commission's Guidance Paper*.
- Whish, R., & Bailey, D. (2011). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Yavaşı, M. (2016). Sigorta Hukuku ve İlgili Mevzuat, . v. Ö. Yavaşı M. içinde, *Sigortacılığın Temel Prensipleri ve Sigorta Sözleşmesi* . Anadolu Üniversitesi Yayını.

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar

- Gökpinar, 2016, Anayasal Devlette Temel Hak ve Özgürlükler Düzeni, s.71 vd.
- (çevrimiçi) <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/29798/> (Erişim Tarihi: 01.06.2019)
- Sirmen, L, (1972). *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara: 1972.,
- (çevrimiçi) <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/407.pdf> (Erişim Tarihi: 01.06.2019).
- Townley, C. (2011). *Is there Still Room for Non-Economic Arguments in Article 101 TFEU Cases?* King's College.
- (çevrimiçi)
<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=84811109708611210210509108708412509603204207200603609101109401609111308412212009406502309701801112101200111508211101902400608302500903804407811603107007911007508802703805007102808511010101600402>

0110106079093019074113095100023067110102002025090121097112&EXT=pdf (Erişim Tarihi: 09.04.2019).

University Of Cambridge. (2019). *Cambridge Dictionary*.

(çevrimiçi) <https://dictionary.cambridge.org/> (Erişim Tarihi: 01.05.2019).

Yararlanılan İdari Kararlar ve Mahkeme Kararları

Ulusal

Ankara Bölge İdare Mah. 7. İdare Dava Dairesi E. 2017/815 K.2018/28.

AYM T. 29/2/1984, E. 984/9, K.985/4 (RG. 18/02/1985, Sayı: 28829).

AYM T. 8.1.2009, E. 2004/87, K. 2009/5, (RG. 05.03.2009, Sayı: 27160).

AYM, T. 13.2.2002, E. 2001/389, K. 2002/29 (RG:18.4.2002, 24730).

YHGK, T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740.

Yargıtay 1. HD, T. 6.3.2002, E. 2001/10578 K. 2002/2892.

YHGK, T. 20.3.1974, E.1970/T-1053 K. 1973/222.

Rekabet Kurulu Kararları

Akbank, Denizbank, Finansbank, Garanti Bank, Türkiye Halk Bankası, Türkiye İş Bankası, Türkiye Vakıflar Bankası, Yapı Kredi Bankası, K. 11-13/243-78 (Rekabet Kurulu Mart 01, 2011).

Ankara Minibüsçüler, K. 00-4/33-15 (Rekabet Kurulu Ocak 25, 2000).

Aral Oyun, K. 16-37/628-279 (Rekabet Kurulu Kasım 11, 2016).

BİAK, Karar No. 99-13/99-40 sayılı (Rekabet Kurulu Mart 04, 1999).

CK Akdeniz, Karar No. 18-06/101-52 (Rekabet Kurulu Şubat 20, 2018).

COAPI, Karar No. IV/33.686 (Avrupa Komisyonu Ocak 30, 1995).

Denizli Çimento, Göltaş Çimento, Karar No. 05-05/42-17 (Rekabet Kurulu Ocak 13, 2005).

Domino's Pizza, Karar No. 10-69/1458-557 (Rekabet Kurulu Kasım 04, 2010).

Et, Karar No.11-57/1510-538 (Rekabet Kurulu Kasım 05, 2011).

GE Jenbacher, 11-57/1471-528 (Rekabet Kurulu Kasım 22, 2011).

Google mobil işletim sistemi kararı, 18-33/555-273 (Rekabet Kurulu Eylül 19, 2018).

Henkel, Karar No. 18-33/556-274 (Rekabet Kurulu Eylül 12, 2018).

Mütemadiyen, 14-43/787-350 (Rekabet Kurulu Kasım 04, 2014).

Pak Gıda, Özmay, Mauri Maya ve Akmaya, Karar No. 05-60/896-241 (Rekabet Kurulu Eylül 23, 2005).

Star, Karar No. 99-56/599-381 (Rekabet Kurulu Ağustos 19, 2000).

Tekirdağ Ekmek, Karar No. 13-33/446-197 (Rekabet Kurulu Kasım 04, 2013).

TİAK, Karar No. 09-50/1236-310 (Rekabet Kurulu Aralık 23, 2009).

Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş., E.2006/2612, K.2008/157 (Danıştay 13. D. Ocak 7, 2008).

Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği, Yüzyıl Işıl Eğitim Kurumları, Özel Kültür Koleji, Özel Surp Haç Ermeni Lisesi, Vehbi Koç Vakfı Koç Özel İlköğretim Okulu ve Lisesi İktisadi İşletmesi ve diğerleri , Karar No. 11-12/226-76 (Rekabet Kurulu 2011).

Volkan Taşımacılık, Karar No.17-23/384-167 (Rekabet Kurulu Temmuz 19, 2017).

Yaysat-2, Karar No.07-63/777-283 (Rekabet Kurulu Ağustos 02, 2007).

Yemek Sepeti, Karar No. 16-20/347-156 (Rekabet Kurulu Haziran 09, 2016).

Yeni Nesil Deterjan kararı, Karar No. 08-33/727-167 (Rekabet Kurulu Ağustos 23, 2009).

Avrupa Komisyonu Kararları

AOIP v. Beyrard, V/26.949 (Avrupa Komisyonu Aralık 02, 1975).

Asahi/ St Gobain, L 354/87 (Komisyon Aralık 16, 1994).

Demag v Fin. Duisburg-Süd, Karar No. Case 7/74 (Avrupa Komisyonu 1974).

EBU/Eurovision System, Karar No. L179/23 (Avrupa Komisyonu Haziran 11., 1993).

EEC BPB Industries PLC, Karar No. 89/22 (Avrupa Komisyonu Aralık 05, 1988).

Fiat v. Hitachi, Karar No. L20/10 (Avrupa Komisyonu Aralık 21, 1993).

Ford v Volkswagen, Karar No. L20/14 (Avrupa Komisyonu Aralık 23, 1992).

Frech Beer, COMP/C.37.750/B2 (Avrupa Komisyonu Aralık 29, 2004).

Jahrhundertvertrag and VIK-GVSt, Karar No. L50/14 (Avrupa Komisyonu Aralık 22, 1992).

ABD Federal Mahkemesi

Amino Acids, OJ L 152/24 (ABDYM Haziran 07, 2001).

Eurofix Ltd. & Bauco Ltd. v Hilti AG, OJ L65/19 (ABDYM Nisan 19, 1988).

Newman v. Universal Pictures, Dava No. 813 F.2d 1519, 1522–23 (ABDYM Nisan 06, 1987).

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (ABDYM Ocak 12, 13, 16, 17, 1911).

United States v Gypsum Co, 438 U.S. 422 (ABDYM Mart 01, 1978).

United States v. Addyston Pipe & Steel, Dava No. 175 U.S. 211 (ABDYM Şubat 08, 1899).

United States v. Trans-Missouri Freight, Dava No. 166 U.S. 290 (ABDYM Mart 22, 1897).

Avrupa Birliği Adalet Divanı

Aalborg Portland v. Commission, C-204/00 (ATAD Ocak 07, 2004).

AEG- Telefunken v Commission, C-107/82 (ATAD Haziran 01, 1983).

Airtours plc v Commission, Dava No. T-342/99 (ATAD Haziran 06, 2002).

AKZO Chemie BV v. Commission, C-62/86 (ATAD Temmuz 03, 1991).

Anheuser-Busch Incorporated/Scottish, Newcastle, IV/34.237/F3 (ATAD Temmuz 14, 2000).

Asnef-Equifax, C-238/05, (ATAD Aralık 23, 2006).

Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc v Sarl ‘Au blé vert’, Case 229/83
(European Court Ocak 10, 1985).

BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v Commission of the European Communities, Dava No. C-35/83 (European Court Ocak 30, 1985).

Bayer v Commission, Dava No. T-41/96 (ATAD 2000).

Bayer v. Süllhofer, C-65/86 (ATAD Eylül 27, 1988).

Becu and Others, Dava No. C-22/98 (ATAD Eylül 16, 1999).

Benzine & Petroleum BV v Commission, Dava No. Case 77/77 (ATAD Haziran 29, 1978).

British Gypsum v Commission, Dava No. Case T-65/89 (ATAD Nisan 01, 1993).

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Bayer , Dava No. C-2/01 (ATAD 2004).

CD-Contact Data v Commission, Dava No. T-18/03 (ABAD Nisan 30, 2009).

Centrafarm v Sterling Drug, Dava No.C-15/74 (ATAD Ekim 31, 1974).

Chemiefarma NV v. Commission, Dava No. C-41/69 (ATAD Temmuz 15, 1970).

CISAC v Commission, Dava No. T-442/08 (ABAD Nisan 12, 2013).

Commission of European Communities v. Italian Republic, Dava No. C-35/96 (ATAD Haziran 18, 1998).

Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd. and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., Dava No. C 209/07 (ATAD Kasım 20, 2008).

Continental Can, Dava No. Case 6/72 (ATAD Şubat 21, 1973).

Denki Kogaku Kogyo Kabushiki Kaisha v Commission, Dava No. T-83/08 (ABAD Şubat 2, 2012).

Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission, Dava No. Joined cases 56 and 58-64 (ATAD Temmuz 13, 1966).

Grundig-Consten v Commission, Dava No. 56/64 and 58/64 (ATAD Temmuz 13, 1966).

Heinz Van Landewyck v Commission, Dava No. 209/78 (ATAD Ekim 29, 1980).

Hilti v Commission, Dava No. Case T-30/89 (ATAD Aralık 12, 1991).

Hoffman-La Roche v Commission, Dava No. Case 85/76 (ATAD Aralık 12, 1979).

Höfner v Macroton, Dava No. C-41 /90 (ATAD Nisan 23, 1991).

IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, Dava No. Case C- 418/01 (ATAD Nisan 29, 2004).

Intel Corp. v Commission, Dava No. C-413/14 (ABAD Eylül 06, 2017).

Italy v Commission, Dava No. Case 32/65 (ATAD Temmuz 13, 1966).

JCB Service v Commission 2004, Dava No. T-67/01 (ATAD Ocak 13, 2004).

John Deere, Dava No. C-7/95 P (ATAD Mayıs 28, 1998).

Kalyon Enerji, Karar No. 17-42/658-290 (Mart 20, 2017).

Karboğaz, Karar No. 05-80/1106-317 (ATAD Ocak 12, 2005).

Limburgse Maatschappij & Ors v. Commission, Dava No. Joined Cases T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94 (ATAD Nisan 20, 1999).

Matra Hachette SA v Commission, Dava No. Case T-17/93 (ATAD Temmuz 15, 1994).

Microsoft, Karar No. COMP/C-3/37.792 (ATAD Mart 24, 2004).

Nintendo, Dava No. L 255/33 (ATAD Ekim 30, 2003).

Parker Pen v Commission, Dava No. T-77/92 (ATAD Temmuz 14, 1994).

Pavel Pavlov v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Dava No. C-180-184/98 (ATAD Eylül 12, 2000).

Pre-Insulated Pipe Cartel, Dava No. V/35.691/E-4 (ATAD Ekim 21, 1998).

PreusseElektra v Schleswag, Dava No. Case C-161/04 (ATAD Mart 13, 2001).

Re Nuovo CEGAM, Dava No. IV/30.804 (ATAD Mart 13, 1984).

Re Penney's Trade Mark, Dava No. L60/19 (ATAD Mart 02, 1978).

Re Stichting Sigarettenindustrie Agreements, Dava No. Joined cases 240, 241, 242, 261, 262, 268, 269/82 (ATAD Aralık 10, 1985).

SA Hercules (Chemicals) NV v Commission, Dava No. T-7/89 (ABAD Aralık 17, 1991).

Sandoz, Dava No. L 222/28 (ATAD Haziran 12, 1989).

Stremsel v. Commission, Dava No. Case 61/80 (ATAD Mart 25, 1981).

Tate, Lyle v. Commission, Dava No. T-202/98 (ATAD Temmuz 12, 2001).

Technique Minière v Maschinenbau Ulm, Dava No. 56/65 (ATAD Haziran 30, 1966).

Tetra Pak International SA v. Commission, Dava No. C-333/94 P (ATAD Kasım 14, 1996).

Tetra Pak SA v Commission, Dava No. T 83/91 (ATAD Ekim 06, 1994).

Uniform Eurocheques, Dava No. L35/43 (ATAD Şubat 07, 1985).

United Brands v Commission, Dava No. Case 27/76 (ATAD Şubat 14, 1978).

Viho Europe v Commission, Dava No. C-73/95 (ATAD Ekim 24, 1996).

Diğer Kararlar

Die Schweizerische Post, 4A_417/2009 (İsviçre Federal Mahkemesi Mart 26, 2010).

Baumarkt- Statistik, KVR 1/86 (Alman Federal Mahkemesi Kasım 18, 1986).

