

YABANCI UNSURLU REKABET İHLALLERİNDE UYGULANACAK HUKUK

APPLICABLE LAW IN FOREIGN BREACHS OF COMPETITION

Yrd. Doç. Dr. Burak HUYSAL*

Öz

Milletlerarası ticaret alanındaki gelişmelere paralel olarak yabancı unsurlu rekabet ihlalleri de her geçen gün artmaktadır. Yabancı unsurlu rekabet ihlallerinin kamu hukuku alanındaki olduğu kadar, özel hukuk alanında da etki yaratması, bu ihlallerde uygulanacak hukuk konusunun özel olarak düzenlenmesi gerekliliğini ortaya çıkartmıştır. Çalışmamızda Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nun konuya ilişkin düzenlemeleri, kanunlar ihtilafı kurallarının özel yöntemleriyle değerlendirilerek ele alınmaktadır. Rekabet hukuku kurallarının yapısı ve amacı dikkate alındığında, konunun kanunlar ihtilafı kurallarının klasik yaklaşımları ötesinde, kamu hukukuna ve özel hukuka ilişkin sonuçlar arasında bir denge sağlanarak ve ihlallerin birden fazla devletin pazarını etkileyebileceği göz önünde bulundurularak ele alınması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Yabancı Unsurlu Rekabet İhlalleri, Vasıflandırma, Yorum, Uygulanacak Hukuk, Uygulama Alanı.*

Abstract

In parallel with the developments of international commerce, the number of international breaches of competition is increasing. Since the international breach of competition creates effects both in private law as well as in public law, the applicable law for these breaches shall be regulated as a special rule. In our article, the related Turkish Private International Law regulations will be considered by the evaluation of specific conflict of laws rules methods. Given the structure and purpose of the competition law, the subject of the article must be analyzed beyond the classical approaches of conflicts of law by considering that the breaches can affect the markets of several states and that there is need to strike a balance between the results in public law and private law.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Keywords: *Foreign Breaches of Competition, Classification, Interpretation, Applicable Law, Field of Application.*

GİRİŞ

Ekonomik gelişmeler her geçen gün küresel piyasaların birbiriyle olan etkileşimini arttırırken, ortaya çıkan zenginliğin paylaşılması noktasındaki mücadele de aynı oranda hız kazanmaktadır. Günümüz rekabet ortamında bir yandan büyük şirketler küresel pazar paylarını koruma ve arttırma yarışındayken, büyümekte olan şirketler ise bu pastadan kendilerine bir pay alma çabası içerisindedir. Söz konusu tablo içerisinde devletler ekonomi piyasalarının sağlıklı bir şekilde devam etmesini sağlamak amacıyla, serbest rekabeti koruyucu ekonomik ve hukuki tedbirler almaktadır. Rekabetin korunması alanındaki ulusal tedbirlere rağmen, şirketlerin sınır aşan faaliyetleri rekabeti bozucu eylemlerden etkilenen tüketici, alıcı ve diğer teşebbüslerin milletlerarası alanda da korunmasını ve uğradıkları zararların tazminini gerekli kılmaktadır.

Yukarıda kısaca belirtmeye çalıştığımız gelişmeler ışığında, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)¹ yürürlüğe girmesiyle, hukukumuzda yabancı unsurlu rekabet ihlallerinde uygulanacak hukuk konusu ilk defa özel bir düzenlemeye konu olmuştur. Rekabetin engellenmesi başlığını taşıyan 38. maddeyle rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi tutulmuştur. Madde, düzenlendiği kanun gereği sadece rekabete aykırı eylemlerin özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenlemeye yöneliktir.

Rekabet hukukunun temel amacı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un² (RKHK) 1. maddesi kapsamında işleyebilir rekabet piyasasının sağlanması olduğundan, bu amaç dolaylı olarak tüketici ve diğer teşebbüslerin de korunmasını gerektirmektedir. MÖHUK m. 38 bu bakımdan değerlendirildiğinde yabancılık unsuru taşıyan rekabet ihlallerinden etkilenen tüketici ve diğer teşebbüslerin özel hukuk alanındaki taleplerini kapsamaktadır. Madde uyarınca yabancılık unsuru taşıyan rekabet ihlallerinden doğacak özel hukuka ilişkin taleplerde Türk yargıcı, rekabete aykırı eylemden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu devletin hukukunu uygulayacaktır. Böylece yargıç, davacıların özel hukuka ilişkin talepleri ile rekabete aykırı işlem veya eylemlerin özel hukuk alanındaki etkisini bu hukuka göre değerlendirecektir.

¹ Resmi Gazete (RG.) 12.12.2007-26728.

² RG. 13.12.1994- 22140.

Çalışmamızda öncelikle MÖHUK m. 38'in uygulama alanı daha sonra da maddede yer alan düzenlemenin amaca uygunluğu ve uygulamada ortaya çıkartabileceği sorunlar ve son olarak da maddenin uygulama alanı dışında kalan konular, mukayeseli hukuk da dikkate alınarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1. MADDENİN UYGULAMA ALANI VE VASIFLANDIRMA

Rekabet hukuku, amacı ve kabul ettiği düzenlemeler itibarıyla temelinde kamu hukuku alanına yönelik düzenlemeler içeren bir yapıya sahiptir. Ancak rekabet hukukunun kamu hukuku kısmı her ne kadar ağır basıyor olsa da, konusunun ekonomik hayat üzerinde doğrudan etki doğurması, tüketici ve diğer işletmeler için de RKHK'da özel hukuka ilişkin düzenlemelere yer verilmesine neden olmuştur.³

Rekabet kanunlarının kamusal yapısı, bu düzenlemelerin iç hukuk ön planında tutularak hazırlanmış olması ve ilgili otoritelerin faaliyet alanlarının mülkîlik ilkesiyle sınırlandırılmış olmasından kaynaklanmaktadır.⁴ Yabancı unsurlu olaylar söz konusu olduğundaysa, rekabeti ihlal edici eylemlerin kamu hukuku alanındaki sonuçları genellikle (devletlerarası işbirliği anlaşmaları hariç) milli sınırlar içerisinde kalmakta ve uygulanacak hükümler hukuku ihlal edilen devlet tarafından belirlenmektedir. Bu noktada konu incelememizin kapsamını oluşturan milletlerarası özel hukukun dışına çıkmaktadır. Milletlerarası özel hukuk alanından soruna yaklaşıldığında, özel hukuk hükümleri rekabet hukuku alanındaki etkisini arttırmaktadır. Çalışmamız kapsamında rekabete aykırılığın sonuçları da sadece bu ihlallerin özel hukuka ilişkin sonuçlarıyla sınırlandırılmış olmaktadır.

MÖHUK m. 38'in uygulama alanının sadece rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçlarıyla sınırlandırılması, maddede özel hukuka ilişkin hangi borç ilişkilerinin düzenlendiği meselesini de gündeme getirmektedir. MÖHUK m. 38'in kanun içerisinde düzenlendiği yer göz önüne alındığında madde, özel hukuka ilişkin sonuçları kapsamakla birlikte, rekabet ihlallerine

³ SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara, s. 16 vd.; Bu kapsamda rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları RKHK m. 56-59 arasında düzenlenmiştir.

⁴ Burada dikkat edilecek husus salt olarak Rekabet Kurumunun yetkisi ve RKHK'nın uygulanma alanıdır. RKHK m. 2. rekabete aykırı eylemlerin taraflarını değil etkilediği pazarı dikkate almakta olup, Türkiye'de etki doğuran bir eylemin yabancı bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi önem taşımaz. Ancak söz konusu kararların icrası meselesi ise RKHK'nın uygulanma alanından bağımsızdır ve çalışmamızın kapsamı dışında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.; TIRYAKIOĞLU, B. (1997) *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Ankara, s. 100 vd.; EROL, K. (2000), *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*, Ankara, s. 156.

bağlı haksız fiiller alanındaki yaptırımlar ve sözleşmelerin geçerliliği konusunu ele alacak biçimde yorumlanmalıdır.⁵

Maddenin uygulama alanında dikkat alındığında, hangi eylemlerin rekabet ihlali oluşturacağı ve buna bağlı hangi hüküm ve sonuçların özel hukuk kapsamında değerlendirileceği sorusu karşımıza çıkartmaktadır. Soruların cevabı vasıflandırma ve yorum yoluyla bulunabilecektir.

Rekabete aykırılığın idari yaptırımlar kadar önem taşıyan bir diğer kısmı olan özel hukuka ilişkin sonuçlarının tespiti, iç hukuk bakımından sorun yaratmamaktadır.⁶ RKHK kapsamında özel hukuk alanında ortaya çıkan sonuçlar m. 56 ve devamındaki hükümler kapsamında yapılan işlemlerin geçersizliği, tazminat ve ifa edilmiş edimlerin iadesi olarak özetlenebilir. Ancak bu sonuçlar Türk iç hukukunun kabul etmiş olduğu düzenlemelerdir. Türk yargıcı tarafından yabancı unsurlu rekabet ihlallerinde hukuku uygulanacak yabancı devletin iç hukukunda yer alan farklı düzenlemelerin uygulanması gündeme gelecektir. Mukayeseli hukuka bakıldığında, devletlerin iç hukuklarında konuya ilişkin farklı düzenlemeler getirdiği ve rekabet ihlallerine farklı sonuçlar bağladığı görülmektedir.⁷

Uygulanacak hukuklardaki bu farklılıklar, ihlalin hüküm ve sonuçları kadar, bir ihlal olup olmadığı ve ihlal söz konusuysa buna bağlanan sonuçların özel hukuk alanında mı yoksa kamu hukuku alanında mı değerlendirileceği konusunda da ortaya çıkabilmektedir.⁸ Bahsetmiş olduğumuz olası farklılıklar olay ve işlemlerin vasıflandırılmasını gerektirmektedir ki bu durum, vasıflandırmada içerik bakımından hangi hukukun dikkate alınacağı sorununu gündeme getirecektir.

Rekabet ihlallerinde ortaya çıkabilecek farklılıkların hangi hukuk dikkate alınarak çözüleceği konusunun açıklığa kavuşturulması, konuyu düzenleyen MÖHUK m. 38'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralının yapısının incelenmesiyle mümkündür. MÖHUK m. 38 iki yanlı bir kanunlar ihtilafı

⁵ HELLNER, M. (2002), "Private International Enforcement of Competition Law, The Application of Foreign Competition Law", *Yearbook of Private International Law*, V. 4, s. 273; NOONAN, C. (2008), *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, s. 273 ve 282.

⁶ Rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları için bkz.: SANLI 2000, s. 386 vd.; GÜVEN, P. (2008) *Rekabet Hukuku*, Ankara, s. 733 vd.; İNAN, N. (2004), "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I (4 Nisan 2004 Kayseri)*, s. 43 vd.

⁷ Hellner 2002, s. 297; GIÒ, A.D. (2009), "Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law" *World Competition*, Vol. 32 (2), s. 201 vd.; Güven, s. 732.

⁸ Burada özellikle iç hukuklardaki usuli ve maddi kuralların sınırlarının tespiti büyük önem taşımaktadır; Noonan 2008, s. 260.

kuralıdır. Maddede bağlanma noktası olarak “etkilenen pazar” ölçütünün kabulüyle Türk yargıcı rekabete aykırı eylemlerde, etkilenen pazarın bir yabancı devlette bulunması halinde o devlet hukukunun ilgili hükümlerini uygulayabilme olanağına kavuşmuş ve rekabet hukukunun genel kamusal yapısından kaynaklanan uygulanmaya yönelik itirazların ortadan kalkması sağlanmıştır⁹.

2. VASIFLANDIRMA

Bir hukuki ilişki veya olayın hangi maddi hukuk kurallarını harekete geçireceğini ve dolayısıyla o olay veya ilişkide tespit edilen kural grubunun (statünün) hangi kanunlar ihtilafı kurallarını devreye sokacağı, hukuki içeriğin tespitine yani vasıflandırılmasına bağlıdır.¹⁰ Davanın ilk aşaması olan uygulanacak hukukun tespiti safhasında iki yanlı bir kanunlar ihtilafı kuralının kabulü, vasıflandırmada hem *lex fori*'nin (yargıcın hukuku) hem de *lex causae*'nin (olayın esasına uygulanacak hukuk) uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Türk hukukundaki hâkim görüş, bağlama konusunda yapılacak vasıflandırma ve bağlanma noktalarında yapılacak yorumun ilke olarak *lex fori*'ye tabi olacağı yönündedir.¹¹

2.1. Bağlama Konusunun Vasıflandırılması: Rekabete Aykırılık

Bağlama konularında *lex fori* vasıflandırmanın kullanılması, rekabet hukuku alanında da hâkimiyetini sürdürmektedir. Türk yargıcı, önüne gelen bir uyumsuzlukta, eylem ve uygulamanın rekabet hukuku alanına girip girmediğine, genel kabul uyarınca öncelikle Türk hukukunu dikkate alarak karar verecektir.¹² Ancak rekabete aykırı kabul edilen eylem ve olaylar tüm devletlerde aynı şekilde düzenlenmediğinden,¹³ Türk hukukunda rekabet ihlali oluşturmayan eylem ve olaylarda da yargıcın geniş bir bakış açısı sergileyerek dava konusunu

⁹ İki yanlı bağlama kurallarının oluşturulmasında etki ölçütünün rolü için bkz.; Tiryakioğlu 1997, s. 147; BASEDOW, J. (2007), “Private Enforcement of EC Competition Law: Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law”, BASEDOW, J. (der.) *Private Enforcement of EC Competition Law*, (ed. by) International Competition Law Series, Vol. 25, Kluwer Law International, içinde s. 242-243.

¹⁰ ÇELİKEL, A. ve ERDEM, B. (2010), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Bası, İstanbul 2010, s. 77; TEKİNALP, G. ve UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. (2011), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, İstanbul, s. 40; DOĞAN, V. (2010), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, s. 135.

¹¹ NÖMER, E. (2011), *Devletler Hususi Hukuku*, 19. Bası, İstanbul, s. 101; Tekinalp ve Uyanık Çavuşoğlu 2011, s.42; Doğan 2010, s. 137.

¹² Tiryakioğlu 1997, s. 155.

¹³ PAPADAPULOS, A. S. (2010), *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, s. 15 vd.

rekabete aykırılık olarak vasıflandırması ve MÖHUK m. 38'in uygulanma alanı dâhilinde düşünmesi gerekebilecektir.¹⁴

Yabancı hukukun tespitinden sonraki aşamaya gelindiğindeyse, yabancı rekabet hukuku ve Türk hukuku arasında farklılıklar bulunabilecektir. Örneğin, ABD'de özellikle tüketicilerin rekabet ihlalden doğan zararlarına ilişkin davalarda (Kıta Avrupası sisteminden farklı olarak), tüketici hem haksız fiil hem de sözleşme ilişkisine dayanarak tazminat talep etmekte ve uğradığı zarara ilişkin tam bir tazmin ancak bu şekilde karşılanabilmektedir.¹⁵ Özellikle bu gibi farklılıklar rekabete aykırılık halleri ve bunlara ilişkin yaptırımlar noktasında ortaya çıkacaktır. Bu aşamada ise ortaya çıkan vasıf ihtilafı *lex causae*'ye göre çözümlenecektir.¹⁶ Örneğin Türk hukukunda rekabete aykırı olan bir eylem, uygulanacak yabancı hukukta rekabete aykırılık hali olarak değil ama bir haksız fiil olarak düzenleniyor ise burada artık Türk yargıcı uyuşmazlığı bir haksız fiil olarak çözüme kavuşturacaktır.

Vasıflandırmada *lex causae*'nin benimsenmesi özellikle rekabet hukuku ile korunan amacın gerçekleştirilmesinde önemli faydalar sağlayacaktır. Rekabet hukuku ile korunan değer, devletin ekonomik düzenidir. Bu noktada her devlet korumanın kapsam ve içeriğini belirleme hakkına sahiptir. Söz konusu durum karşısında Türk yargıcının *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapması, pazarı doğrudan etkilenen devlet hukukunda, rekabete aykırı kabul edilen bir eylem ya da işlemi rekabete aykırı olmaktan çıkartabileceği gibi, tam tersine yabancı hukukun rekabete aykırı kabul etmediği bir eylemin, pazar üzerindeki korumanın amacını aşarak, rekabete aykırı kabul edilmesi sonucunu da doğurabilecektir.

Lex causae vasıflandırmanın kabulü özel hukuka ilişkin sonuçları bakımından da önemlidir. Uygulamada teşebbüsler yabancı bir piyasada faaliyete başlarken, bu yeni pazar devletinin rekabet hukuku kurallarını dikkate almakta ve ticari faaliyetlerini bu hukukun kurallarına göre şekillendirmektedir. Yabancı devlet pazarına ilişkin rekabet kurallarına uygun hareket eden bir teşebbüsün, Türk rekabet hukukuna aykırı olsa da, o hukukun rekabetin korunmasına kurallarına uygun davranması halinde *lex fori* vasıflandırma sonucunda yabancı piyasada yapılan bu faaliyetlerin rekabete aykırı eylem veya işlem olarak kabulüne sebep olabilecektir. Bu durum hukuki güvenlik ilkesinin sarsılmasına ve kişilerin haklı beklentilerinin karşılanamamasına yol açacaktır. Milletlerarası özel hukukta önemli bir konu da milletlerarası karar ahengidir. *Lex causae* vasıflandırmanın kabulü hem davanın görüldüğü Türk hukukunda

¹⁴ Tiryakioğlu 1997, s. 155.

¹⁵ Hellner 2002, s. 291.

¹⁶ Basedow 2007, s. 246; Hellner 2002, s. 297.

hem de rekabete aykırı olduğu iddia edilen eylem veya işlemlerin gerçekleştirildiği devlette birbiriyle uyumlu sonuçların ortaya çıkmasını sağlayacaktır.¹⁷ Sonuç olarak rekabete aykırılığın vasıflandırılmasında Türk hukuku ile yabancı hukuk arasında ortaya çıkacak ihtilafların, istisnai durumlar hariç, *lex causae*'ye yani yabancı devlet hukukuna göre çözümlenmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

Yabancı hukuk vardığımız bu sonuç doğrultusunda, ortada bir rekabete aykırılık hali olup olmadığını, eğer bir rekabete aykırılık varsa bunun özel hukuka ilişkin sonuçlarının neler olacağını, tazminatın miktarını, yapılmış olan anlaşmaların akıbetini (yokluk, geçersizlik vb.)¹⁸ ve müşterek sorumluluk gibi tüm konular hakkında yetkili olacaktır.¹⁹ Rekabet ihlallerinde borcun kaynağının sözleşmeye mi, yoksa haksız fiile mi dayandırılacağı konusundaki vasıflandırma da kural olarak *lex causae*'ye tabi olacaktır. Ancak davalının maddi hukuk alanındaki taleplerine bağlı olarak vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması da gerekebilecektir.²⁰

Lex causae'ye göre yapılacak vasıflandırma sonucunda yabancı hukukun uygulanmasına getirilen en önemli sınırlama, MÖHUK m. 38/2'de yer alan tazminata ilişkin kuraldır. Düzenleme uyarınca Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyecektir. Konu Türk maddi hukukunda RKHK m. 58/2'de "*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Böylece yabancı hukuk daha fazla bir tazminat oranı öngörüyor olsa da, yabancı hukuku uygulamakta olan

¹⁷ Bu noktada *lex fori* vasıflandırmanın milletlerarası karar ahengi bakımından aynı sonuçları doğurmayacağı açıktır. Özellikle yabancı devlet rekabet kurumunca rekabet ihlali olarak değerlendirilmeyen bir eylem veya anlaşmanın, Türk hukukunun bir rekabet ihlali olarak kabul edildiği olaylarda bu durum açıkça ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda, Türk mahkemesince etkilendiği iddia edilen pazarda rekabete aykırılığın sonuçları bakımından bir inceleme yapılması da pratik manada mümkün olmadığından, maddi ve hukuki gerçekliğe uygun bir sonuca varılması imkânsızlaşacaktır.

¹⁸ Örneğin, Avrupa Birliği Antlaşmasınının 81. maddesinde (yeni m. 101) rekabeti sınırlayıcı ve ihlal edici anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmiş ancak geçersizliğin iç hukuklarda yokluk, hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik gibi özel sonuçları her bir devletin milli hukuklarına bırakılmıştır; Giö 2009, s. 202 vd.

¹⁹ Hellner 2002, s. 260.; KOMNINOS, A. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, s. 244; Varılan bu sonuç kanunlar ihtilafı kurallarının genel mantığına ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine de uygundur; Çelikel ve Erdem 2010, s. 92.

²⁰ Bkz. aşağıda: 3.3.1.

Türk yargıcı RKHK m. 58/2 düzenlemesi doğrultusunda, üç kattan fazla miktarda bir tazminata hükmedemeyecektir.

2.2. Etkilenen Pazar Bağlanma Noktasının Yorumlanması

MÖHUK m. 38'in uygulanma alanının tespiti bakımından diğer önemli bir mesele de maddede yer alan "etkilenen pazar" bağlanma noktasının hangi hukuka göre tespit edileceğidir. Çünkü madde uyarınca rekabete aykırılığın varlığı da dâhil olmak üzere, rekabet ihlallerinin özel hukuka ilişkin tüm sonuçları piyasası etkilenen devletin hukukunca karara bağlanacaktır. Bu noktada sorun hangi hukukun uygulanacağı meselesine ilişkindir.

Türk hukukunda kabul edilen genel görüş, Türk kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bağlanma noktalarının *lex fori*'ye yani Türk hukukuna göre yorumlanacağı yönündedir.²¹ Rekabet hukuku alanına gelindiğinde ise hukukumuzdaki bu genel görüşün aynı şekilde kabulü tartışmaya açıktır.

MÖHUK m. 38'in bağlanma noktasının tespiti bakımından açıkça kabul ettiği ölçüt etkinin "doğrudan" olmasıdır. Yani etkilenen piyasanın tespitinde sadece doğrudan etkilen piyasa veya piyasalar dikkate alınacaktır.

Madde 38'de kabul edilen etkinin doğrudan olması ölçütü, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 137'den alınmıştır. Türk hukukunca da benimsenen bu yaklaşımın temeli rekabete aykırı eylemlerden zarar görenin diğer teşebbüs ve tüketiciler mi yoksa piyasa mı olduğu ayrımına dayanmaktadır. Her iki kanunda da kabul edilen sonuç, korunan ya da ön planda tutulanan piyasa olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.²² Bu anlamda diğer devlet pazarlarında meydana gelen dolaylı etkiler uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınmayacaktır.²³

Doğrudan etkinin meydana geldiği yer ekonomik zararın ya da ekonomik yarar ihlalinin meydana geldiği yerdir.²⁴ Etkinin doğrudan olup olmadığının tespiti ise piyasadaki fiyat, üretim ve ürün çeşitliliği ile diğer

²¹ Nomer 2011, s. 104; Çelikel ve Erdem 2010, s. 93.

²² Rekabet ihlaline ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk konusunda yabancı bir devlet kanununa etki tanındığında, bu kanunların temelinde yatan kamusal çıkarları koruma gayesinin, özel hukuka ilişkin sonuçlar tespit edilirken de uygulanmasının yarattığı ikilem ve eleştiriler için bkz.; Hellner 2002, s. 293.

²³ ASHTON, D. ve VOLLRATH, C. (2006), "Choice of Court and Applicable Law in Tortious Actions For Breach of Community Competition Law", *ZWER* No. 1, s. 18.

²⁴ Tiryakioğlu 1997, s. 85.

teşebbüslerin durumu dikkate alınarak belirlenecektir²⁵ ki, bu durum bizi yine pazar kavramına yönlendirmektedir.

Teşebbüsler pazar kavramını ürünlerini sattıkları alanı ya da çalıştıkları endüstri veya sektörü ifade etmek için kullanırlarken, rekabet hukuku uygulamalarında ilgili pazar kavramı genellikle başka alanlarda kullanılan pazar kavramlarından farklıdır. Türk rekabet hukukunda pazar kavramı 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ²⁶ ve Rekabet Kurulu'nca hazırlanmış olan İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da tanımlanmıştır.²⁷

Pazar kavramının tanımlanması çalışmamızın konusu dışında yer aldığından, burada sadece pazar kavramının içeriğinde karşılaşılabilecek farklılıklar üzerinde durulacaktır.

Pazar kavramı evrensel düzeyde ortak bir tanıma karşılık gelse de, pazarın tespitinde kullanılan ölçütler, kavramın içeriğinde önemli farklılıklara yol açabilmektedir.²⁸ Rekabet Kurulunca hazırlanan kılavuzda “ilgili pazar kavramı, Kurul’un rekabet politikasıyla ulaşmayı istediği hedeflerle yakından ilişkili” olarak tanımlanmaktadır. Bu da bize göstermektedir ki, devletlerin ekonomik düzenleri rekabetin korunması konusunda farklı politikalar güdülmesine yol açabilmektedir.

Türk hukukunda pazar, genel uygulamaya uygun olarak, ürün pazarı ve coğrafi pazar olarak tanımlanmaktadır. Ancak mukayeseli hukuka bakıldığında pazar tanımlarının içerikleri farklıdır.

AB uygulamasında ilgili ürün pazarının tespitinde hem tüketim ikamesi hem de üretim ikamesi ölçütü her halde dikkate alınan bir unsurken²⁹, Türk hukukunda ürün ikamesi, sadece talep ikamesine eşdeğer etkisi olduğu durumlarda uygulanabilecek bir unsur olarak tanımlanmaktadır.³⁰ Ayrıca ilgili ürün pazarının tespitinde, AB uygulamasında potansiyel rekabet olanakları da

²⁵ DICKINSON, A. (2008), *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, s. 425.

²⁶ RG. 12.08.1997-23078. Bu Tebliğ 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılması ile 1997/2 ve 1997/6 Sayılı Tebliğlerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 09.03.2006-26103).

²⁷ www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.10.2011.

²⁸ Hellner 2002, s. 293.

²⁹ ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, 4. Bası, Ankara, s. 120.

³⁰ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 3.

gözönünde bulundurulan bir ölçüt olarak kullanılırken,³¹ Türk hukukunda potansiyel rekabet olanakları pazar tanımlamasının dışında bırakılmıştır.³²

Pazar konusundaki farklılıklar sadece tespit ölçütlerinde değil pazarın kendisinde de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde "teknolojik yenilik pazarı" olarak adlandırılan yeni bir pazar kavramı oluşmaktadır.³³ Benzer şekilde Avrupa Birliği'nde de "müstakbel ürün pazarı" adında yeni bir pazar kavramı geliştirilmektedir.³⁴ Esasında bu durum ülkelerin ekonomik gelişmişlik düzey ve şekillerindeki farklılıkların doğal bir sonucudur.

Pazar kavramları arasındaki bu farklılıklar karşısında Türk yargıcının hangi pazar kavramını dikkate alacağı sorusu önemini arttırmaktadır.

Bağlanma noktalarının *lex fori*'ye göre yorumlanması yönündeki genel görüş rekabet alanına aktarıldığında, Türk yargıcı etkilenen pazarı belirlerken Türk rekabet hukukunun tanımlama ve ölçütleriyle hareket edecektir. Böyle bir durumda o devletin pazar tanımı daha dar da olsa, Türk hukukuna göre tespit yapmış olan yargıç (o hukukta bir ihlal olmasa dahi) rekabetin ihlal edildiği sonucuna varabilecektir. Benzer şekilde, yabancı devletin daha geniş pazar tanımlarına rağmen, Türk hukukuna göre pazarı belirleyecek olan Türk yargıcı, o pazar tanımı (örneğin müstakbel ürün pazarı gibi) Türk hukukunda bulunmadığı için yabancı hukukta ihlal oluşturan bir eylemi Türk hukuku gözüyle bir ihlal olarak kabul edemeyecektir. Ortaya koymaya çalıştığımız bu farklılıklar yorum sonucu varılan neticeler ile hukuku uygulanacak olan yabancı devletin hukuki gerçekliklerinin örtüşmesini engelleyebilecektir.

Lex causae yorum yönteminin benimsenmesi durumundaysa, Türk yargıcı etkilendiği iddia edilen pazarın bulunduğu devletin pazar tanımını dikkate alarak bir ihlal olup olmadığını değerlendirecektir. Yargıç tarafından olayda bir rekabet ihlali gerçekleştiği tespit edildiğinde ise artık o yabancı devletin hukuku uygulanacaktır. Esasında bağlanma noktalarının tespitinde kamusal çıkarların ve devletin egemenlik haklarının ön plana çıktığı durumlarda bağlantı noktasının *lex fori* yerine *lex causae* ile yorumu alışılmadık bir yöntem değildir. Örneğin milli hukuk bağlanma noktasında, vatandaşlığın tespiti,

³¹ Aslan 2007, s. 120.

³² İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 5.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: GLADER, M. (2006) *Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, s. 16 vd.; ROSCHL, J. T. (2009), "Antitrust Regulation Of Innovation Markets", *ABA Antitrust Intellectual Property Conference*, Berkeley, www.ftc.gov, Erişim Tarihi: 05.02.2009.

³⁴ ODMAN, N. A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikinde Rolü*, Ankara, s. 79; Güven 2008, s. 276.

vatandaşı olduğu iddia edilen devletin hukukuna göre yapılmaktadır.³⁵ Rekabet hukukunun kamusal ağırlığı düşünüldüğünde, pazar kavramının *lex causae*'ye göre yorumlanması kanaatimizce daha uygun olacaktır. Bu görüşün kabulü sadece devletlerin çıkarları açısından değil, somut olayda hukuki gerçekliğin tespiti ve milletlerarası karar ahengi açısından da daha elverişli sonuçlar verebilecektir.³⁶

Pratik zorunluluklar da, bağlanma noktası olarak etkilenen pazarın tespitinde *lex causae*'ye öncelik verilmesini gerektirmektedir. Etkilenen pazarın tespiti, somut olayda rekabet ihlali olup olmadığına ilişkin bir pazar araştırması gerektirmektedir. Üstelik bu durumda ihlalin tespiti için koşullar da farklılık gösterebilmektedir. Örneğin Alman hukukunda bir fiilin rekabeti ihlal edip etmediği konusunda, Alman rekabet otoritesinin tespiti yanında AB rekabet otoritesinin de ihlal yönünde karar vermiş olması aranmaktadır.³⁷ Bir diğer pratik zorunluluk da, Türkiye'de olduğu gibi pek çok devlette mahkemelerin yetki alanının milli sınırlarla çevrili olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda devletler yabancı bir devlet mahkemesinin kendi topraklarında kamu gücünü kullanarak delil toplamasına ve soruşturma yapmasına izin vermemektedir.³⁸ Uygulamadaki bu güçlükler karşısında kanaatimizce, mahkemenin etkilenen pazarın tespitinde çok katı davranmaması ve milli hukuktaki kavramlardan daha geniş bir bakış açısı sergilemesi, kişilerin özel hukuk alanındaki zararlarının tazmini bakımından yerinde bir yaklaşım olacaktır.

3. UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

3.1. Doğrudan Etkilenen Pazar Hukukunun Uygulanması ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar

3.1.1. Kuralın Kapsamına Giren Haller

Yukarıda açıkladığımız şekilde bağlama konusu vasıflandırıldıktan ve bağlama noktasının yorumu yapıldıktan sonra uygulanacak hukuku tespit eden Türk yargıcı, MÖHUK m. 38/1 gereğince önündeki davada bir rekabet ihlali olup olmadığını, eğer bir rekabet ihlali varsa bunun özel hukuk anlamında ne gibi

³⁵ Çelikel ve Erdem 2010, s. 94; Nomer 2011, s. 112.

³⁶ Özellikle pazar kavramı için *lex fori* yorumunun tercihi etkilenen pazarda ihlal oluşturmeyen bir eylemin yargıcın hukukuna göre bir ihlal olarak kabul edilmesine yol açabilecektir. Bunun sonucu ise kişilerin faaliyette buldukları pazar kurallarına uygun davranışlarının başka bir hukukta "cezalandırılması" olacaktır ki bu, milletlerarası karar ahengi bakımından istenilmeyen bir sonuç doğuracaktır.

³⁷ WILS, W.P.J. (2009), "Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages", *World Competition* 132 (1), s. 16.

³⁸ Noonan 2008, s. 521 vd.

sonuçlara yol açacağını pazarı doğrudan etkilenen devletin hukukuna göre belirleyecektir.

Rekabeti ihlal edici bir eylem ya da fiilin varlığı tespit edildikten sonra, öncelikle kimlerin talep hakkını haiz oldukları bu yabancı hukuka göre tespit edilecektir. Bu noktada talep hakkı sahiplerinin kimler olacağı konusunda uygulamada bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Genellikle ihlalden etkilenen tüketiciler, alıcı konumundaki teşebbüsler ve diğer rakip teşebbüslerin hak sahibi olacağı düşünülebilir.

İhlal nedeniyle zarar görenlerin ne gibi talep hakları olduğu da uygulanacak hukukun kapsamına girmektedir. Burada özellikle tazminat ve tazminat kapsamına hangi zararların dâhil edileceği de uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.³⁹ Ancak yukarıda da belirtildiği üzere yabancı hukuka göre ödenmesine hükmedilebilecek tazminat miktarı MÖHUK m. 38/2 ile sınırlandırılmıştır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 137/2'den⁴⁰ aynen alınan m. 38/2 uyarınca Türk yargıcı, rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla bir tazminata hükmedemeyecektir.⁴¹ Böylece Türk yargıcı RKHK m. 58/2'de yer alan ve üç katına kadar tazminata hükmedilmesine olanak tanıyan düzenleme kapsamında, yabancı hukuk daha fazla bir tazminat öngörse de, zararın üç katını aşan kısım için artık yabancı hukukun ilgili hükmünü uygulayamayacaktır.⁴²

Özel hukuk alanında adeta ceza hükmü taşıyan bu kuralın RKHK m. 58/2 kapsamında uygulanabilmesi zarar “*tarafkların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden*” kaynaklanmaktaysa mümkündür. Acaba cezai tazminat hükmündeki bu kuralın uygulanması için aranan anlaşma, kasıt veya ağır ihmal şartları yabancı hukukun öngördüğü cezai tazminat uygulanması için de aranacak mıdır?

³⁹ Türk hukuku için bkz.: SANLI, K. C. (2004), “Türk Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu Kitabı*, Ankara s. 234; İnan 2004, s. 234; Güven 2008, s. 756; Amerikan hukukundaki durum ve tartışmalar için bkz.: AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 303 vd.

⁴⁰ Art. 137/2 “*Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären*”.

⁴¹ Bu hüküm İsviçre doktrininde kamu düzeninin özel bir uygulanma hali olarak kabul edilmektedir; Ashton ve Vollrath 2006, s. 18.

⁴² TİRYAKİOĞLU, B. (2010), “Genel Olarak Haksız Fiiller (Haksız Rekabet)”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul, s. 217 vd.

Yabancı hukukta aynı düzenleme mevcutsa zaten bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak yabancı hukukta örneğin kusursuz sorumluluğa dayanılarak böyle bir cezai tazminata hükmedilebilmesi durumunda, yargıç Türk hukukundan farklı olan bu tazminata hükmedebilecek midir? Kanaatimizce sorunun cevabı MÖHUK m. 38/2'nin metninde verilmiştir. Düzenleme sadece tazminat miktarını sınırlamış ancak tazminata hükmedilebilmesi için aranacak koşullar bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle yabancı hukuk Türk hukukundan daha ağır veya hafif koşullarla böyle bir tazminatın ödenmesine olanak tanıyor olsa da, Türk yargıcı yabancı hukukun bu kuralını (kamu düzeninin açıkça ihlali olan durumlar hariç) uygulamaktan kaçınmamalıdır.

Türk hukukunda yabancı unsurlu davalarda zamanaşımı konusu, MÖHUK m. 8'de hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbi tutulduğundan, rekabet ihlallerine ilişkin taleplerde zamanaşımı süresinin ne olacağı da MÖHUK m. 38 ile uygulanmasına karar verilen hukuk tarafından belirlenecektir. Buna bağlı olarak, birden fazla pazarda rekabetin ihlal edildiği durumlarda her bir hukukun zamanaşımı süreleri ayrı ayrı uygulanacaktır.⁴³

İfa edilmiş edimlerin iadesi de ilke olarak MÖHUK m. 38'in uygulama alanı içerisinde yer almaktadır. Konu Türk hukukunda RKHK m. 56 içerisinde rekabete aykırılığın sonucu olarak düzenlenmiştir.⁴⁴ Türk hukukunda konu her ne kadar rekabet hukuku içerisinde değerlendiriliyorsa da yabancı hukukun ilgili düzenlemesi farklı olabilecektir. MÖHUK m. 38/1 kapsamında uygulanacak hukukun, iade konusunda özel hükümler kabul etmiş olması durumunda, ifa edilmiş edimlerin iadesi konusu da pazarı doğrudan etkilenen hukukun rekabetin korunmasına ilişkin kuralları dikkate alınarak karara bağlanacaktır.⁴⁵

MÖHUK m. 38/1 ile kabul edilmiş olan temel bağlama kuralı günümüz liberal kanunlar ihtilafı anlayışına uygundur.⁴⁶ Maddeyle getirilen bağlama kuralı, ekonomik haksız fiiller için hem en sıkı ilişkili hukuka gönderme yapması hem de rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin amacıyla

⁴³ Uygulamada özellikle birden fazla pazarın ihlal edildiği durumlarda, pazar üzerindeki etkinin tespiti aşamasının uzun bir çalışma gerektireceği ve bunun zaman aşımı konusunda sıkıntılara yol açacağı belirtilmektedir. Bkz.: Hellner 2002, s. 292.

⁴⁴ Davacının rekabeti ihlal edici işlem ve fiillerinden kaynaklanan talepleri sözleşme ilişkisine dayanıyor ve davacı da taleplerini bu sözleşmeye aykırılık sonuçları içerisinde ileri sürüyor ise iade konusunun sözleşmeye uygulanacak hukuk içerisinde ele alınması gerekebilecektir. Bkz. aşağıda 3.3.1.

⁴⁵ MÖHUK m. 38/1 kapsamında uygulanan yabancı hukukun rekabet kurallarında iade konusunun özel olarak düzenlenmemiş olması durumundaysa Türk yargıcı yabancı hukuk içerisinde yer alan diğer çözümlerle sonuca ulaşmaya çalışacaktır.

⁴⁶ Etki ölçütü ABD, Almanya, Birleşik Krallık, Avustralya, Fransa, İtalya, İsviçre, İsveç, Polonya, Arjantin, Brezilya ve Şili gibi pek çok devlette uygulanmaktadır. Bkz.: Basedow 2007, s. 242.

paralellik içermesi bakımından olumlu karşılanmıştır.⁴⁷ Konuya ilişkin düzenleme İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 137 ve Avrupa Birliğinin sözleşme dışı borç ilişkilerini düzenleyen Roma II Tüzüğü⁴⁸ m. 6(3)(a) ile büyük benzerlikler içermektedir.⁴⁹

MÖHUK düzenlemesi Kıta Avrupası düzenlemeleriyle büyük benzerlikler içerse de, MÖHUK'un İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun genel sistematüğinden farklı olması ve Roma II Tüzüğü'nün ilgili kısmındaki gibi bir istisna kuralı içermemesi uygulanacak hukuk açısından ciddi sorunlara yol açabilecek bir bağlama kuralı ortaya çıkartmıştır.

Tüketiciler tarafından açılacak davalarda MÖHUK m. 38 bir sorun yaratmayacaktır. Ancak rekabet ihlallerinden etkilenen diğer teşebbüs ve tüketici olmayan alıcıların taleplerinde kanaatimizce maddede yer alan kural yetersiz kalacaktır.

Milletlerarası uygulamalar ve doktrindeki tespitler göstermektedir ki, coğrafi anlamda etkilenen pazar, milletlerarası rekabet ihlallerinde çoğunlukla birden fazla devleti kapsamaktadır.⁵⁰ Bu gibi durumlarda MÖHUK m. 38/1'e bakıldığında tek bir rekabeti ihlal edici eylem ya da işlemin birden fazla devletin pazarı üzerinde doğrudan etki yaratması halinde, bir istisna kuralına yer verilmediğinden, aynı ihlal için birden fazla devlet hukukunun yan yana uygulanması zorunluluğuyla karşılaşılacaktır. Örneğin Türkiye'de faaliyet gösteren ve Ortadoğu bölgesinde beş devlette hâkim durumda bulunan A, B ve C isimli üç Türk teşebbüsünü düşünelim. A ve B teşebbüslerinin, C teşebbüsünü Ortadoğu pazarından çıkartmak ve bu pazarı paylaşmak için aralarında rekabeti ihlal edici bir anlaşma yapmaları durumunda, C'nin Türk mahkemesinde açacağı bir tazminat davasında Türk yargıcı aynı eylem için pazarı etkilenen beş devletin hukuklarını ayrı ayrı uygulamak zorunda kalacaktır. Aynı eylem veya işlem için farklı hukukların yan yana uygulanmasına "mozaik etkisi" adı verilmektedir.⁵¹

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte, MÖHUK m. 38/1 düzenlemesinden kaynaklanan mozaik etkisi sonucunda yargıç bazı devletlerde rekabetin ihlal edildiğine, diğer bazılarında ise edilmediğine karar vermek

⁴⁷ Tiryakioğlu 2010, s. 216.

⁴⁸ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations 31.7.2007 (L199/40).

⁴⁹ Madde 6(3)(a) uyarınca rekabeti sınırlandırıcı eylemler sonucu oluşan akit dışı borç ilişkisine, pazarı etkilenen veya muhtemelen etkilenecek olan ülke hukuku uygulanacaktır.

⁵⁰ Dickinson 2008, s. 422; Milletlerarası alanda etki doğuran rekabeti ihlal edici eylem ve işlemler hakkında bkz.: Papadopoulos 2010, s. 39 vd.

⁵¹ Kavram için bkz.: Dickinson 2008, s. 277 vd.

zorunda kalabilecektir. Üstelik böyle bir anlaşmanın rekabete aykırı olduğunu düzenleyen devletlerde dahi tazminat, sorumluluk ve zamanaşımı gibi konularda farklılıklar bulunması, milli rekabet kanunlarındaki değişik düzenlemeler düşünüldüğünde, son derece olağandır.

MÖHUK m. 38'in düzenleniş biçimi nedeniyle karşılaşılabilecek diğer bir sorun ise pazarı etkilendiği tespit edilen devletin, rekabetin korunması hakkında bir kanuna sahip olmaması durumunda, yargıcın nasıl bir karar vereceğidir. Aşağıda mozaik etkisi ve yabancı devletin rekabetin korunması konusunda bir kanuna sahip olmadığı durumlar ayrı başlıklarda ele alınacaktır.

3.2. Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar

3.2.1. Mozaik Etkisi

Türk hukukunda yabancı unsurlu rekabet ihlallerinden doğan uyuşmazlıklarda, doğrudan pazarı etkilenen hukukun uygulanması şeklinde bir bağlama kuralının, her hangi bir kaçış kuralı öngörülmezsizin kabulüyle birlikte, aynı uyuşmazlığa ilişkin farklı devlet kanunlarının bir arada ve paylaştırmalı şekilde uygulanması gibi önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır.

Rekabeti ihlal eden eylem ve işlemlerde aynı olay için birden çok hukukun paylaştırmalı olarak yan yana uygulanması yerli ve yabancı doktrinde eleştirilere neden olmuştur.⁵² Doktrinde de ifade edildiği üzere bu gibi bir bağlama kuralında, etkinin birden fazla pazarda tespit edilmesi durumunda, ilgili hukuklardaki farklılıklar aynı olay için birbiriyle çelişen kararlar verilmesine yol açabilecek, bir devlette rekabete aykırı olan eylem diğerinde hukuka uygun kabul edilebilecektir.

Doktrinde verilen çarpıcı bir örnek, zarar gören bir davacının tek bir pazara ilişkin talebinde dahi, yargıç tarafından birden fazla pazarın etkilendiğinin tespit edilmesi halinde, yargıcın bu tek talep için birden fazla hukuku uygulamak zorunda kalabileceği durumlarıdır.⁵³

Mozaik etkisinin ortaya çıkardığı zorluklar ve sorunlar bunlarla sınırlı değildir. Bu tip kuralların kabulü, sistemin basitliğini ve uygulanabilirliğini bozmaktadır. Ayrıca, hukuk düzenleri bir zararın giderilmesinde tüm çıkarları bir denge içerisinde düzenlemektedir.⁵⁴ Örneğin A devletinde zarar, özel hukuk anlamında tazmin edilmeyip idari para cezası ile bir giderim sağlanırken,

⁵² Bkz.: Tiryakioğlu 1997, s. 159 vd.; Ashton ve Vollrath 2006, s. 24 vd.; PIRONON V. (2008), "L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement Rome II: bonne mauvaise idée?", *Europe* 2008-2, s. 6 vd.; Dickinson 2008, s.417 ve s. 419.

⁵³ Dickinson 2008, s. 417.

⁵⁴ Hellner 2002, s. 291.

B devletinde bu zararlar maddi hukuk alanında karşılanmaktadır. Böyle bir durumda Türk yargıcı her iki hukukta da eylem rekabete aykırı kabul edilse de, davacının zarara ilişkin talebini, sadece konuyu özel hukuk alanında düzenleyen devletteki tazminatla sınırlı olarak kabul edebilecektir. Hukuk düzenleri arasındaki bu gibi farklı sonuçlara varılmasında en önemli sebeplerden biri de, rekabet hukuku alanında idare hukuku, ceza hukuku ve medeni hukuk alanlarındaki çizgilerin değişkenlik göstermesi ve buna bağlı olarak hukuk mahkemelerinin yargı yetkilerinin farklı belirlenmesidir.⁵⁵

Son olarak birden fazla devlet hukukunun yan yana uygulanmak zorunda olması, rekabet kurumları arasındaki işbirliği ve dolaylı olarak taleplere ilişkin süreler bakımından sorun yaratabileceği gibi,⁵⁶ bu tip araştırmalar altından kalkılması güç masraflara da yol açabilecektir.

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız sorunların çözümü ise MÖHUK'ta bir istisna kuralının olmayışından kaynaklanmaktadır. Oysaki mukayeseli hukukta bir istisna kuralının varlığı, büyük oranda söz konusu sıkıntıları ortadan kaldırmıştır.

Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarının, rekabet ihlallerinde uygulanacak hukuka ilişkin kısmında, tek bir bağlama kuralının birden fazla pazarın etkilendiği ihlallerde yetersiz kalacağı ve bu gibi durumlarda çıkabilecek sorunların azaltılması için davacı ve yargıcın başvurabileceği bir istisna kuralının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁷ Bu doğrultuda, Tüzüğün m. 6/3-a bendinde doğrudan ve esaslı şekilde etkilenen pazar hukuku yanında, m. 6/3-b bendinde birden fazla pazarın etkilendiği durumlarda zarar gören kişi, davalının mutad meskeninin aynı devlette bulunması ve o devlet pazarının da rekabeti sınırlayıcı eylemler sonucu doğrudan ve esaslı şekilde etkilenmesi koşuluyla tüm zararını *lex fori*'ye yani davanın görüldüğü devlet hukukuna göre talep edebileceği düzenlenmiştir.⁵⁸

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 137/1, MÖHUK m. 38/1 ile aynı düzenlemeyi içermektedir. Ancak İsviçre Kanunu m. 15, en yakın irtibatlı hukukun uygulanabilmesi için genel bir istisna kuralı içermekte olup, İsviçre yargıcına birden fazla pazarın etkilendiği olaylarda, hukukların

⁵⁵ Bu konuda bkz.: İnan 2004, s. 58 vd.

⁵⁶ Hellner 2002, s. 292.

⁵⁷ YEŞİL KİTAP, European Commission (2005), Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2005) 672 final, Brussels, s. 70.

⁵⁸ Madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Dickinson 2008, s. 418 vd.

paylaştırılmalı uygulanmasının olanaksız olduğu durumlarda, m. 15'i uygulama olanağı sağlamaktadır.⁵⁹

Türk hukukunun ilgili düzenlemesinde gerek bir yedek bağlama kuralının bulunmaması, gerekse İsviçre Kanunu'ndaki gibi bir genel istisna kuralına yer verilmemesi nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların aşılması mümkün gözükmemektedir.⁶⁰ Örneğin Türk uyruklu A ve B teşebbüslerinin diğer bir Türk teşebbüsü olan C'yi Ortadoğu veya Balkanlar gibi bir pazardan çıkartmak için rekabete aykırı eylem ya da işlemlerde bulunduğu durumlarda, Türk yargıcı C'nin A ve B'ye karşı Türkiye'de açacağı bir davada birden fazla hukuku uygulamak zorunda kalacaktır. Oysaki bu gibi örnekler için MÖHUK'da, en yakın irtibatlı hukukun uygulanması ya da davacı ve davalının yargıcın devletinde mutad mesken sahibi olması durumunda yargıcın milli hukukunun uygulanması gibi bir istisna kuralına yer verilmiş olsaydı, Türk yargıcı olaya Türk hukukunu uygulayarak bir sonuca varabilecekti. Bu sorunun çözümüne ilişkin görüşlerimiz aşağıda ilgili başlık altında değerlendirilecektir.⁶¹

3.2.2. Yabancı Hukukta Rekabetin Korunması Hakkında Bir Kanunun Bulunmadığı Durumlar

İki yanlı bir bağlama kuralı öngören MÖHUK m. 38/1'in uygulanmasında karşılaşılabilecek diğer bir sorun, pazarı etkilenen devletin bir rekabetin korunması kanunu ya da düzenlemesi olmadığı durumlarda ortaya çıkabilecektir. Günümüzde halen pek çok devlette rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmamaktadır.⁶² Madde 38/1 hükmü gereği böyle bir devlet hukukunu uygulamak durumunda kalan Türk yargıcı, MÖHUK m. 38/1 vasıtasıyla bu hukuka bağlandıktan sonra, bu hukukta rekabetin korunması konusunda bir düzenleme olmamasına rağmen, rekabete aykırılığın haksız fiilin özel bir türü olması nedeniyle,⁶³ o yabancı hukukun haksız fiile ilişkin kurallarından faydalanarak davacının taleplerini sonuca bağlayabilecektir.

Bu çözümün uygulanabilmesi kanunlar ihtilafı sisteminin özel bir yöntemi olan intibak (*adaptation*) yöntemiyle mümkün olabilecektir. İntibak

⁵⁹ Tiryakioğlu 1997, s. 160.

⁶⁰ Türk hukukunda rekabet ihlallerinde uygulanacak hukukun tespitinde en yakın irtibatlı hukukun da uygulanabilmesi yönünde bkz.; Tiryakioğlu 1997, s. 160.

⁶¹ Bkz. Aşağıda; 3.2.3.

⁶² Bu devletlere örnek olarak Bahreyn, Türkmenistan, Bruney, Birleşik Arap Emirlikleri, Burma, Kuveyt, Libya, Liberya, Moritanya, Kongo Cumhuriyeti, Eritre, Gabon, Gine, Belize, Uganda ve Andora gibi devletler sayılabilir (Bkz. www.globalcompetitionforum.org).

⁶³ Tiryakioğlu 2010, s. 216. Rekabete aykırılığın haksız fiilin özel bir türü olduğu genel olarak kabul edilmiş bir anlayıştır. Bkz.: Komninos 2008, s. 241.

yönteminde belirli bir hukuk düzeninin, belirli bir olayda değişik bir şekilde uygulanması yoluyla maddi olaya uyumlaştırılması sağlanmaktadır.⁶⁴

Sonuç olarak Türk yargıcı, m. 38/1 kapsamında uygulamak durumunda olduğu yabancı hukukta rekabetin korunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı ya da böyle bir düzenleme olsa bile bu düzenlemede rekabet ihlaline ilişkin özel hukuk sonuçları yer almadığı durumlarda, o yabancı hukukun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerini uyumlaştırarak, rekabet alanına taşınması ve bu sayede doğabilecek boşlukları doldurması mümkün olabilecektir.

3.2.3. Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlara İlişkin Çözümler

Yukarıda belirttiğimiz üzere MÖHUK m. 38/1'in uygulanmasında ortaya çıkabilecek iki önemli sorun yabancı hukukun bir rekabet hukuku düzenlemesi olmaması hali ve mozaik etkisi nedeniyle aynı ihlal için birden fazla hukukun yanyana uygulanmasıdır.

Pazarı etkilenen devletin rekabetin korunması hakkında bir kanunu ya da düzenlemesi olmadığı durumlarda, kanuni boşluğun ortaya çıkarılabileceği sorunlar intibak yöntemiyle aşılabileceğinden burada tekrar ele alınmayacaktır.

Madde 38'de bir kaçış hükmü ya da yedek bağlama kuralı bulunmaması, birden fazla devlette ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerinde mozaik etkisi dediğimiz ve aynı rekabet ihlali için birden fazla hukukun uygulanma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda yetersiz kalacak ve uygulamada sorunlara yol açabilecektir. Yabancı hukukta boşluk olan hallerin aksine, var olan hukuk açısından mozaik etkisi sorununun çözümü güç gözükmektedir. Burada bir olasılık olarak, davanın özel hukuk boyutu dikkate alındığında etkilenen pazar kavramının esnetilerek zarar gören Türk teşebbüslerin Türkiye'de de zarar gördüğü kabul edilip⁶⁵ böyle bir dava için Türk hukukunun etkilenen pazar olarak uygulanması düşünülebilir. Ancak MÖHUK m. 38 için böyle bir yorumun ne derece kabul edilebilir olacağı ilerleyen dönemlerdeki içtihatlarla gün ışığına kavuşacaktır.

İçtihadın nasıl gelişeceği konusundaki belirsizlikler karşısında, sorunun kanunda yapılacak bir değişikliklerle çözülmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır. Bu noktada her olasılığı kapsayacak şekilde “daha yakın irtibatlı”

⁶⁴ Nomer 2011, 133. Tekinalp ve Uyanık Çavuşoğlu 2011, s. 47.

⁶⁵ Esasında İsviçre Kanunu m. 137 bire bir tercüme edilmemiştir. İsviçre düzenlemesinde “etkilenen pazar” kavramı yerine “etkilenen kişinin pazarı” kavramı kullanılmaktadır. Türk hukukuna ilgili madde aynen alınmış olsaydı, en azından Türkiye'deki cirosu azalan teşebbüsün pazarının Türkiye olduğu kabul edilebilir (yukarıda vermiş olduğumuz örnekteki C teşebbüsü gibi), zarar gören kişinin ve yargıcın mozaik etkisinden kurtulması sağlanabilirdi.

hukukun yargıcın takdirine bağlı olarak uygulanabilmesine olanak veren bir bağlama kuralının maddeye eklenmesi mozaik etkisinin yaratacağı sorunlar bakımından uygun bir çözüm oluşturabilecektir.

Daha yakın irtibatlı hukukun uygulanması gibi genel bir çözümün tercih edilmemesi durumunda ise kanaatimizce en azından Türkiye ile yakın irtibatlı bulunan olaylar için, “Türkiye ile daha yakın irtibatlı bulunan rekabet ihlallerinde Türk hukuku uygulanır” ya da “zarar veren ve zarar görenlerin mutad meskeni veya mutad işyerinin Türkiye’de bulunması ve davanın da Türkiye’de görülmesi durumunda Türk hukuku uygulanabilir” şeklinde bir yedek bağlama kuralının kabulü doğabilecek sorunların bir nebze önüne geçebilecektir.

3.3. Kuralın Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller

3.3.1. Sözleşmeden Doğan Talepler

Rekabet ihlalleri uygulamada hem akdî taraflar hem de sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler üzerinde sonuçlar doğurmaktadır. İlk olasılıkta rekabeti engelleyici eylem veya işlem bu işlemin tarafları arasında sözleşmeye dayalı bir ihlal oluşturmaktadır. Aynı rekabet ihlalden sözleşme ilişkisi olmaksızın zarar gören üçüncü kişilerin talebi ise haksız fiilin özel bir türü olan rekabete aykırılığa dayanacaktır. Bu tespit borcun kaynağına ilişkin yapılacak vasıflandırmanın doğal bir sonucudur.

Açıklamış olduğumuz bu gibi durumlarda AB hukukunda kabul edilen genel görüş, rekabet ihlalden kaynaklanan sözleşmeye dayalı taleplerin sözleşmeye dayanan kanunlar ihtilafı kurallarına, haksız fiilden kaynaklanan taleplerin ise rekabet statüsünü düzenleyen kanunlar ihtilafı kurallarına tâbi tutulmasıdır.⁶⁶ Böylece örneğin rekabete aykırı bir dağıtım sözleşmesinde, dağıtıcı ile rekabeti ihlal eden teşebbüs arasındaki taleplere uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24, diğer rakip teşebbüsler ve tüketicilerin taleplerine uygulanacak hukuk ise MÖHUK m.38/1 kapsamında tespit edilecektir.

Türk hukuku bakımında böyle bir yaklaşımın kabulü kanaatimizce, davacının dayandığı olgular ve talepleri doğrultusunda, “hakların yarışması” kapsamı içerisinde değerlendirilebilecektir. Buna göre sözleşmesel ilişkiye dayanması onun için daha avantajlıysa (özellikle yabancı hukukun içeriğinin Türk hukukundan farklı olduğu düşünüldüğünde) davacı, dava dilekçesindeki olgular ve talepleri ile Türk yargıcını sözleşme statüsüne bağlanmaya yönlendirebilecektir. Türk rekabet hukukunda üç kata kadar tazminata hükmedilebilmesi, iç hukukta hakların yarışması sorununu büyük oranda

⁶⁶ Pironon 2008, s. 6 vd.

ortadan kaldırmaktadır. Ancak yabancı hukukta benzer bir düzenleme veya konuya ilişkin özel hüküm bulunmadığı hallerde, genellikle davacıyı haksız fiil üst başlığı altında ispat ve zamanaşımı gibi, sözleşmeye oranla daha elverişsiz kurallara tabi tutmak hem rekabet ihlalinin doğan korunma amacını hem de milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini zedeleyebilecektir. Ancak burada kesin bir kural kabul etmektense somut olayın ve uygulanacak hukukun özelliklerine dayanarak bir çözüm üretmek uygun olacaktır.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde ve Türk hukukundaki, genel görüş sözleşme ve haksız fiilden kaynaklanan hakların yarışmasında olayın özellikleri dikkate alınarak tek bir statüye bağlanması yönündedir.⁶⁷

Yukarıda açıklamış olduğumuz görüşler kapsamında, konunun sözleşme ilişkisi içerisinde ele alınacağı durumlarda, taraflarının ifa edilmiş edimlerin iadesi yönündeki talepleri de bu sözleşme ilişkisini yöneten hukuka göre karara bağlanabilecektir.

İfa edilmiş edimlerin iadesi, her ne kadar Türk hukukunda RKHK m. 56 ile özel bir düzenlemeye tabi tutulmuş olsa da, iade meselesi rekabet aykırılığın özel bir sonucu değildir. Bu noktada konu davacının talepleriyle bağlantılı olarak, sözleşme statüsü içerisinde değerlendirilebilecektir. Mukayeseli hukukta da çoğu zaman⁶⁸ iade konusunda sözleşme ilişkisine üstünlük tanınmasının daha avantajlı olduğu ve ifa edilmiş edimlerin iadesinde kamu çıkarlarından çok, taraf menfaatlerinin ön plana çıktığı buna bağlı olarak da taleplerin rekabete aykırılık yerine özel borç statüsü içerisinde ele alınması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁹

3.3.2. Edimlerin İfası

Rekabeti sınırlayıcı eylem ve işlemlerde, yerine getirilmiş edimlerin iadesi ve anlaşma kapsamındaki edimlerin ifası meselesi önemli bir yere sahiptir. RKHK m. 56'da⁷⁰ konu özel olarak rekabet hukuku içerisinde düzenlenmiş olsa da, iç

⁶⁷ Tekinalp ve Uyanık Çavuşoğlu 2011, s. 374 vd.

⁶⁸ Rekabet ihlalinin sözleşmesel ilişki kapsamında zarar gören kişilerin taleplerinin, söz konusu sözleşmelere uygulanan hukuka tabi tutulması halinde bazı durumlarda, yabancı hukukun ilgili düzenlemelerinin istenmeyen sonuçlar doğurabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle rekabet ihlalinin zarar gören kişilerin sözleşmeden doğan iade taleplerinde, sözleşmeye uygulanan hukuka bağlanmanın zarar gören açısından daha olumsuz sonuçlar yaratması durumunda, yargıcın taraf menfaatini dikkate alarak yine pazarı etkilenen hukuku uygulaması da kanaatimizce göz önünde bulundurulabilecek bir seçenektir.

⁶⁹ Giò 2009, s. 202 vd.; Benzer görüş Avrupa Adalet Divanı'nın *Courage Ltd. v. Bernard Crehan* C-453/99 numaralı ve 20.10.2001 tarihli kararında da benimsenmiştir. <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim Tarihi: 05.11.2011.

⁷⁰ RKHK madde 56: "Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez.

hukuka ilişkin bu tercihin milletlerarası özel hukukta da aynı şekilde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bir vasıflandırma sorunudur.

Yabancı hukukun rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemesinde, RKHK m. 56'daki gibi özel bir kural içermesi ve edimlerin ifasına özel olarak yer vermiş olması durumunda hem *lex fori* hem de *lex causae*'nin vasıflandırması ifanın bir rekabet hukuku konusu olduğu şeklinde ortaya çıkacağından, mesele MÖHUK m. 38/1 içerisinde yer alacaktır.

Uygulanan yabancı hukukun rekabetin korunmasına ilişkin kurallarının, edimlerin ifasına ilişkin bir özel düzenleme içermemesi durumundaysa, rekabete aykırılığın sözleşmeler üzerindeki geçersizlik gibi sonuçları, yine MÖHUK m. 38/1 kapsamında uygulanacak hukuk tarafından belirlenecektir. Sonraki aşamada, yabancı rekabet kanununun henüz gerçekleştirilmemiş edimlerin ifasının istenip istenemeyeceği hakkında bir düzenlemesi bulunmadığı durumlarda, konu devletin kamusal çıkarlarından çok taraf menfaatlerini ilgilendirdiği için,⁷¹ kanaatimizce konunun bir sözleşmeye bağlı edimin ifası olarak ele alınması ve sözleşme statüsü olarak vasıflandırılması uygun olacaktır. Böylece ifa edilmemiş edimlerin talep edilip edilemeyeceği, taraflar arasındaki sözleşmeyi yöneten hukuka tabi tutulacaktır.⁷²

3.3.3. Dolaylı Zararlar

MÖHUK m. 38'de kabul edilmiş olan düzenleme, sadece rekabet ihlallerinin doğrudan etkileri hakkında uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Bu kapsamda diğer pazarlarda oluşan dolaylı zararlar ve rekabeti ihlal eden eylem ya da işlemlerden dolaylı olarak zarar gören kişilerin talepleri, düzenlemenin kapsamı dışındadır.⁷³

Rekabeti ihlal edici eylem ve işlemlerin birer haksız fiil olması nedeniyle⁷⁴, dolaylı zararlara yönelik talepler, haksız fiili yöneten hukuka tabi tutulacaktır.⁷⁵ Böylece, haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 34, rekabet ihlallerinin dolaylı sonuçlarına uygulanacak hukuku da belirleyecektir. 34. maddede pek çok

Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.

Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.”

⁷¹ Wills 2009, s. 9.

⁷² Hellner 2002, s. 292. İade talebi fikri haklara ilişkin bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa MÖHUK m. 28, bir tüketici sözleşmesinden kaynaklanıyorsa MÖHUK m. 26 diğer sözleşme tiplerinden kaynaklanıyorsa MÖHUK m. 24 kapsamında değerlendirilmelidir.

⁷³ Basedow 2007, s. 245; Dickinson 2008, s. 424.

⁷⁴ Hellner 2002, s. 273; Noonan 2008, s. 273.

⁷⁵ Dickinson 2008, s. 424.

bağlantı noktası olmasına rağmen doktrindeki genel görüş, etki ölçütüyle bağlantılı olarak yargıcın rekabetin dolaylı sonuçlarından kaynaklanan haksız fiillere, haksız fiilin sonuçlarının meydana geldiği yer hukukunu tercih etmesi gerektiği yönündedir.⁷⁶

Dolaylı zararın bir sözleşmesel ilişkiden kaynaklanması ya da davacının sözleşme sorumluluğuna dayanması durumunda ise yargıç, dolaylı zararların tazminini sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında değerlendirecektir.⁷⁷

SONUÇ

Rekabet ihlalleri genellikle çözümü oldukça güç uyuşmazlıklar ortaya çıkartmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıklar yabancılık unsuru taşıdıklarında ise bu güçlükler daha da artmaktadır. Bunun sebebi yabancı unsurlu rekabet ihlallerinin genellikle birden fazla pazar üzerinde etki doğurması ve bu farklı pazar devleti hukuklarının farklı içeriklere sahip olmasıdır. Yabancı hukuklardaki içerik farklılıkları yanında, bu devletlerde rekabet ihlaline ilişkin gerekli incelemeleri gerçekleştirmek ve idari yaptırımlar ile özel hukuk yaptırımları arasındaki sınırları belirlemek sorunu çok daha karmaşık bir hale getirmektedir.

Türkiye’de görülmekte olan bir davada, yabancı bir devlet pazarında meydana geldiği iddia edilen rekabet ihlalinin varlığını ve buna bağlı sonuçları tespit etmek ilk aşamayı oluşturmaktadır. İlk aşama belirttiğimiz güçlüklerin de en çok yoğunlaştığı noktayı oluşturmaktadır. Türk yargıcının davadaki gidişatı belirleyecek tespitlerinin bu aşamada ortaya çıkması, milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırmaya özel bir önem verilmesini gerektirmektedir.

Yabancı unsurlu rekabet ihlallerinde yargıcın vasıflandırma yaparken öncelikle Türk hukukundan yararlanması doğaldır. Ancak rekabet hukukunun özellikleri düşünüldüğünde, yabancı hukuk ile Türk hukuku arasında ortaya çıkan uyumsuzluklar, vasıflandırmanın sadece Türk hukuku dikkate alınarak yapılmasını engellemektedir. Özellikle rekabetin korunmasında asıl hedefin bireylerden çok piyasanın korunması olduğu göz önüne alınırsa, yabancı hukukun rekabet ihlali kavramının mutlaka dikkate alınması gerekeceği açıktır. Böylece Türk yargıcı ilk vasıflandırma ile uyuşmazlığın MÖHUK m. 38/1

⁷⁶ Hellner 2002, s. 282; Tiryakioğlu, s. 67 vd.; Ancak rekabet ihlalinden doğan zararlı sonuçların birden fazla devlette meydana gelmesi durumunda, mozaik etkisinden kurtulabilmek için Türk yargıcının MÖHUK m. 34/3’de yer alan ve haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukukunun uygulanmasına olanak tanıyan bağlama kuralını devreye sokması uygun olabilecektir.

⁷⁷ Basedow 2007, s. 232.

kapsamına girdiğini belirledikten sonra, hangi konuların rekabet hukukunun özel hukuk sonuçları içerisinde değerlendirileceğine, hangi konuların idari usulde yer alacağına, pazar üzerindeki etkinin tanımlanmasına ve özellikle pazar kavramından ne anlaşılması gerektiğine bu yabancı hukukun *lex causae*'nin vasıflandırmasını dikkate alarak karar verecektir. Bu yöntem, özellikle etkilenen pazarın Türkiye'de bulunmadığı düşünüldüğünde milletlerarası karar ahenginin önemini arttırmakta ve bu bakımdan daha uygun sonuçların ortaya çıkmasını sağlamaya olanak tanımaktadır.

İlke olarak, *lex causae*'ye göre yapılan vasıflandırma sonucunda rekabetin ihlal edildiğini tespit eden Türk yargıcı, MÖHUK m. 38/1 gereğince önündeki davada bir rekabet ihlali olup olmadığını, eğer bir rekabet ihlali varsa bunun özel hukuk anlamında ne gibi sonuçlara yol açacağını pazarı doğrudan etkilenen devletin hukukuna göre belirleyecektir. Rekabeti ihlal eden eylem veya işlem sonucunda kimlerin talep hakkını haiz oldukları, zarar görenlerin ne gibi talep hakları olacağı, tazminat ve tazminat kapsamına hangi zararların dâhil edileceği, zarar verenler arasında teselsülün varlığı, MÖHUK m. 38/2 hükmü saklı kalmak kaydıyla cezai tazminata hükmedilip edilemeyeceği ve zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu gibi konular bu yabancı hukukun ilgili düzenlemeleri kapsamında belirlenecektir.

MÖHUK m. 38 ilke olarak liberal bir yaklaşım sergileyerek iki taraflı bir bağlama kuralı getirmiştir. Ancak maddede bir istisna kuralının bulunmaması karşısında madde, birden fazla devlette ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerinde yetersiz kalacak ve uygulamada pek çok soruna yol açabilecektir. Maddenin eksik düzenlenmiş olması, rekabeti ihlal edici eylem ya da işlemin birden fazla devletin pazarı üzerinde doğrudan etki yaratması halinde, aynı ihlal için birden fazla devletin hukukunun yan yana uygulanması zorunluluğunu ortaya çıkartmaktadır. Mozaik etkisi adı verilen bu durumda, özellikle farklı hukuk düzenlerine sahip devlet hukuklarının uygulanması sonucu aynı olay ve koşullar için birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkması olasıdır. Ayrıca bu yöntem, birden fazla devlette aynı anda inceleme yapılmasını gerektirdiğinden büyük zaman kayıplarına ve masrafa yol açacaktır.

Kanaatimizce, var olan hukuk bakımından, MÖHUK ve kanunlar ihtilafı ilkeleri soruna bir çözüm getirmekte yetersiz kalabilecektir. İctihadın nasıl gelişeceği konusundaki belirsizlikler de düşünüldüğünde, sorunun kanunda yapılacak bir değişiklik ile çözülmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır. Bu noktada her olasılığı kapsayacak şekilde "daha yakın irtibatlı" hukukun yargıcın takdirine bağlı olarak uygulanabilmesine olanak veren bir bağlama kuralının maddeye eklenmesi mozaik etkisinin yaratacağı sorunlar bakımından uygun bir çözüm oluşturabilecektir.

Daha yakın irtibatlı hukukun uygulanması gibi genel bir çözümün tercih edilmemesi durumunda ise kanaatimizce en azından Türkiye ile yakın irtibatlı bulunan olaylar için, “Türkiye ile daha yakın irtibatlı bulunan rekabet ihlallerinde Türk hukuku uygulanır” ya da “zarar veren ve zarar görenlerin mutad meskeni veya mutad işyerinin Türkiye’de bulunması ve davanın da Türkiye’de görülmesi durumunda Türk hukuku uygulanabilir” şeklinde bir yedek bağlama kuralının kabulü doğabilecek sorunların bir kısmını engelleyebilecektir.

Madde kapsamında diğer bir sorun da, pazarı etkilenen devletin bir rekabetin korunması kanunu ya da düzenlemesi olmadığı durumlarda ortaya çıkabilecektir. Burada Türk yargıcının m. 38/1 kapsamında uygulamak durumunda olduğu yabancı hukukun haksız fiil hükümlerini uyumlaştırarak, rekabet alanına taşınması ve bu sayede doğabilecek boşlukları doldurması mümkün olabilecektir.

Madde 38, rekabet ihlallerinin sadece doğrudan etkilerini ve zararın tazminine ilişkin özel hukuk sonuçlarını kapsamaktadır. Yabancı hukukun rekabet düzenlemesinde özel bir kural bulunmadığı durumlarda rekabeti ihlal edici eylem ve işlemlerin taraflar arasındaki ifa edilmemiş edimlerin ifası üzerindeki etkisi madde kapsamı dışında yer almaktadır. Bu nedenle ifa edilmemiş edimlerin talep edilip edilemeyeceği taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından karara bağlanacaktır. Yine dolaylı zararlar da m. 38’in kapsamı dışında olup sözleşme veya haksız fiil gibi hangi özel borç ilişkisinden kaynaklanıyorsa o statüye ilişkin bağlama kuralı kapsamında değerlendirilecektir.

Rekabet ihlallerinin özel hukuka ilişkin sonuçlarını düzenleyen bağlama kuralı, günümüz yabancı unsurlu ekonomik haksız fiilleri bakımından yeni bir düzenleme getirmiştir. Maddede yer alan bazı eksiklikler ve belirsizlikler ise basit kanun değişiklikleri ile giderilebilecektir. Ancak konuya ilişkin gidişatın ne olacağı, asıl olarak uygulamada taraf talepleri ve içtihadın konuya yaklaşımı ile açıklığa kavuşacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- ASHTON, D. ve C. VOLLRATH (2006) “Choice of Court and Applicable Law in Tortious Actions For Breach of Community Competition Law”, *ZWER* No. 1, s. 1-26.
- ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, 4. Bası, Ankara.
- BASEDOW, J. (2007), “Private Enforcement of EC Competition Law: Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law”, BASEDOW, J. (der.) *Private Enforcement of EC Competition Law*, (ed. by) International Competition Law Series, Vol. 25, Kluwer Law International, s. 229-256.
- ÇELİKEL, A. ve B. ERDEM (2010), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, İstanbul 2010.
- DICKINSON, A.(2008), *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press.
- DOĞAN, V. (2010), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara.
- EROL, K. (2000), *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*, Ankara.
- GIÒ, A.D. (2009), “Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law” *World Competition*, Vol. 32 (2), s. 199-220.
- GLADER, M. (2006), *Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing.
- GÜVEN, P. (2008) *Rekabet Hukuku*, Ankara.
- HELLNER, M. (2002), “Private International Enforcement of Competition Law, The Application of Foreign Competition Law”, *Yearbook of Private International Law*, V. 4.
- İNAN, N. (2004), “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I (4 Nisan 2004 Kayseri)*, s. 43- 67.
- KOMNINOS, A. (2008), *EC Private Antitrust Enforcement Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing.
- NOMER, E. (2011), *Devletler Hususi Hukuku*, 19. Bası, İstanbul.

NOONAN, C. (2008), *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford, Oxford University Press.

ODMAN, N. A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikinde Rolü*, Ankara.

PAPADAPULOS, A. S. (2010), *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press.

PIRONON, V. (2008), “L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement Rome II: bonne mauvaise idée?”, *Europe* 2008-2, s. 6-9.

ROSCHL, J.T. (2009), “Antitrust Regulation Of Innovation Markets”, *ABA Antitrust Intellectual Property Conference*, Berkeley, www.ftc.gov, Erişim tarihi: 05.02. 2009.

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara.

SANLI, K. C. (2003), “Türk Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu Kitabı*, Ankara, s. 211-277.

TEKİNALP, G. ve A. UYANIK ÇAVUŞOĞLU (2011), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, İstanbul.

TİRYAKİOĞLU, B. (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, Ankara.

TİRYAKİOĞLU, B. (2010), “Genel Olarak Haksız Fiiller (Haksız Rekabet)”, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul.

WILS, W.P.J. (2009), “Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition* 132 (1), s. 3-26.