

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12

Sayı/Number: 2

Nisan/April 2011

- ◆ **Leniency Programs: Features, Components and How They Appear in EU and Turkey**
Ela ELÇİ
- ◆ **UNCTAD Model Rekabet Kanunu ve Muhtemel Bir Uluslararası Rekabet Anlaşmasına Ulaşılmasındaki Rolü**
Talat KAYA
- ◆ **Daha Etkin Bir Uluslararası Rekabet için Hukuki Çerçeve Arayışı**
Dr. Ali Cenk KESKİN
- ◆ **Avrupa Birliği Rekabet Kuralları Karşısında DVD Bölge Kodu Koruması Uygulaması: Teknik, Ekonomik ve Hukuki Bir Değerlendirme**
Ahmet Fatih ÖZKAN

12. YIL
12th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12

Sayı/Number: 2

Nisan/April 2011

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO ve Tübitak Ulakbim
veri tabanlarında dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO and Tubitak Ulakbim databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Fevzi ÖZKAN
Doç. Dr. Tahir SARAÇ
Kürşat ÜNLÜSOY
Ekrem KALKAN

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER
EDITORS
H. Gökşin KEKEVİ
Ali İhsan ÇAĞLAYAN
Ali ARIÖZ

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Mutlu ÖZBEK

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO ve Tübitak Ulakbim veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO and Tubitak Ulakbim databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 266 79 11

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:

MN Medikal Nobel Basım Yayın Tic. ve San. Ltd. Şti.

Halk Sokak No: 5/A Yenışehir/Ankara

(90) 312 431 16 33 - (90) 312 432 21 85

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12

Sayı/Number: 2

Nisan/April 2011

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 1 MAKALELER / ARTICLES**
- 3 Leniency Programs: Features, Components and How They Appear in EU and Turkey / Pışmanlık Programları: Özellikleri, Unsurları ve AB ve Türkiye'deki Görünümleri**
Ela ELÇİ
- 49 UNCTAD Model Rekabet Kanunu ve Muhtemel Bir Uluslararası Rekabet Anlaşmasına Ulaşılmasındaki Rolü / UNCTAD Model Law on Competition and Its Role in A Possible International Competition Agreement**
Talat KAYA
- 91 Daha Etkin Bir Uluslararası Rekabet İçin Hukuki Çerçeve Arayışı / Contribution in The Search of A Legal Framework for A More Effective International Competition Law**
Dr. Ali Cenk KESKİN
- 165 Avrupa Birliği Rekabet Kuralları Karşısında DVD Bölge Kodu Koruması Uygulaması: Teknik, Ekonomik ve Hukuki Bir Değerlendirme / The Case of DVD Region Protection Code Vis-À-Vis The EU Competition Rules: A Technical, Economical and Legal Analysis**
Ahmet Fatih ÖZKAN

229 **YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

MAKALELER
ARTICLES

LENIENCY PROGRAMS: FEATURES, COMPONENTS AND HOW THEY APPEAR IN EU AND TURKEY

PIŞMANLIK PROGRAMLARI: ÖZELLİKLERİ, UNSURLARI VE AB VE TÜRKİYE'DEKİ GÖRÜNÜMLERİ

Ela ELÇİ*

Abstract

This paper considers the leniency programs, which is an investigative tool in fighting against cartels, in terms of its benefits, challenges and preconditions for its successful application. While doing this, the paper analyzes EU 2006 Leniency Notice within the framework of the theoretical basis and then examines and evaluates the recently introduced Turkish Leniency Program in a comparable way with that of the EU. Ultimately, this paper finds that Turkish leniency program includes provisions so as to provide transparency and predictability in a stronger way than the EU leniency program; however this may cause the appearance of the negative sides of the program in the long term if the provisions are interpreted so generously for a long time. Moreover, the efficiency of the Turkish Competition Authority and the new Turkish Regulation regarding fines against cartels, support the leniency program by providing heavier sanctions compared to past applications of the Authority and this makes the Turkish program closer to the EU leniency program.

Keywords: *Cartel, Leniency Programs, Cooperation, Fine Reduction, Immunity.*

Öz

Bu çalışma, kartellerle mücadelede bir soruşturma aracı olarak kullanılan pişmanlık programlarını yararları, zorlukları ve başarılı uygulamasının önkoşulları çerçevesinde ele almaktadır. Bunu yaparken de, AB 2006 Pişmanlık Yönetmeliği'ni temel teorik çerçeve içerisinde analiz edip, sonrasında, yakın zamanda mevzuata giren Türk Pişmanlık programını, AB programıyla karşılaştırmalı bir biçimde inceleyip değerlendirmektedir. Sonuç olarak bu çalışma, Türk pişmanlık programının AB pişmanlık programına nazaran daha güçlü bir şekilde şeffaflık ve öngörülebilirliği sağlayan hükümler içerdiğini,

* This article has been arranged pursuant to the author's master thesis in King's College, London (2010) within the framework of the LLM, Competition Law program and the author would like to thank to Mr. H. Goksin Kekevi and the respected referees for their valuable comments on the earlier version of this article.

fakat bu durumun, yönetmelik maddelerinin uzun dönemde çok cömert bir şekilde yorumlanması halinde programın negatif sonuçlarının ortaya çıkmasına yol açacağını tespit etmektedir. Bununla birlikte, Türk Rekabet Kurumu'nun etkinliği ve kartellere yönelik ceza yaptırımlarını öngören Yönetmeliğin mevzuata girişi, Kurumun eski uygulamalarıyla karşılaştırıldığında karteller için çok daha yüksek cezalar getiriyor olması nedeniyle pişmanlık programını desteklemektedir ve bu da Türk pişmanlık programını AB programına daha da yaklaştırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kartel, Pişmanlık Programları, İşbirliği, Ceza İndirimi, Bağışıklık.

1. INTRODUCTION

Cartel conduct is described as ‘the most serious form of anti-competitive practice and/or breach of competition law that involves two or more competing undertakings, businesses or individuals seeking to limit or reduce competition’¹ by fixing prices, limiting output or sales, sharing markets or rigging bids.

Price increase, reduction in innovation, increase of inflation, social problems arising from cartel formation, which results in the inability of buying a more qualified product at a lower price are just some of the outcomes of cartels which cause them to be defined as ‘the cancers on the open market economy’².

Compared with other violations of the law which may have both positive and negative consequences that can be evaluated together to reach a finding accordingly, cartels have no positive side that can be balanced against their negative sides³. Cartels therefore are acknowledged by the competition authorities as the prime antitrust violation to fight against⁴.

However, this is not an easy task as cartels have the fundamental characteristic of being hard to detect due to the difficulty to ‘penetrate their cloak of secrecy’⁵ on the one hand and the resource constraints of the

¹ ICN (2010), “Cartel Case Initiation Subgroup 2: Enforcement Techniques”, *Anti-Cartel enforcement Manual Chapter 4*, http://www.icnistanbul.org/Upload/Materials/Cartel/CartelWG_CH4%20CartelCaseInitiation.pdf, Date Accessed: 04.07.2010.

² MONTI, M.(2001), “Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?” in *Fighting cartels-why and how?*, Swedish Competition Authority, Konkurrensverket, , p.14.

³ Monti, p.14.

⁴ OECD (2002), *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>, Date Accessed: 10.07.2010, p.11

⁵ OECD 2002, p.7.

competition authorities that make their investigatory powers limited, on the other⁶.

Furthermore, cartels have some other fundamental elements that may make them vulnerable. The collective and illegal character of cartel conduct causes problems between the cooperators such as free-riding, hold-up, moral hazard in teams or opportunism⁷. Moreover, ‘continuity’⁸ and ‘cooperation’ between wrongdoers which are other features of cartels mean that the members to have information on each others’ wrongdoings which they can potentially use against themselves⁹. These problems can affect the success of the cartels since the maintenance of a cartel implies that ‘some strong psychological assumptions exist among the cartel’s members about their reciprocal behavior’¹⁰. As the economic theory of cartels suggests, cartels are unstable as they have the incentive to deviate from the cartel agreements by selling above agreed quotas, or below cartel prices, and this vulnerability of cartels increase the cost of cartel formation in order to discourage the incentives to defect¹¹.

Therefore, despite their secret character, which makes cartels hard to detect, such internal problems that are likely to arise between the cartel members enable competition authorities to produce different tools to fight against cartels by taking advantage of these problems. The worldwide increasing introduction of leniency programs which are acknowledged as ‘the greatest investigative tool ever designed to fight cartels’¹² is the indicator of the exploitation of the ‘incentive compatibility’ problems of cartels by the antitrust officials¹³.

⁶ STEPHAN, A.(2008), “An empirical assessment of the European Leniency Notice”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol.5 (3), p.537.

⁷ SPAGNOLO, G. (2006), ‘Leniency and Whistleblowers in Antitrust’, *CEPR Discussion Paper*, No. 5794, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936400, Date Accessed: 15.07.2010, p.4.

⁸ ZINGALES, N. (2008), “European and American Leniency Programme: Two Models Towards Convergence?” *Competition Law Review*, Vol.5, No.1, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1101803, Date Accessed: 17.07.2010, p.5.

⁹ Spagnolo 2006, p.5.

¹⁰ Zingales 2008, p.6.

¹¹ EVENETT, S. J., LEVENSTEIN, M. C. and V.Y. SUSLOW (2001), “International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s”, http://scholarworks.umass.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=econ_workingpaper, Date Accessed: 07.07.2010, p. 1223.

¹²HAMMOND S. D. (2009), “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels: Cornerstones of an Effective Leniency Program”, *Paper presented at the Seventh Meeting of the Latin American Competition Forum, Session I, Santiago, Chile*, <http://www.oecd.org/dataoecd/31/7/43547530.pdf>, Date Accessed: 10.07.2010, p.3.

¹³ Evenett, Levenstein and Suslow 2001, p.1235.

This paper considers the theoretical basis of leniency programs in general, focusing on their benefits and challenges asserted in the literature and the prerequisites of achieving a successful leniency program, then explains the European leniency program in which these theoretical basis become concrete and finally examines the recently introduced Turkish leniency program together with determinations with regard to its differences from the European program, where there is, and with an early evaluation of the entire leniency policy in terms of the components of a successful leniency program.

2. DEFINITION

Leniency is defined in the ‘Anti-Cartel Enforcement Manual’ of ICN¹⁴ as a ‘a generic term to describe a system of partial or total exoneration from the penalties that would otherwise be applicable to a cartel member which reports its cartel membership to a competition enforcement agency’¹⁵.

Entitlement to receive immunity from penalties or a reduction from penalties necessitates the cooperation of the cartel member with the antitrust authority. This cooperation can be realized either through the exchange of information and/or evidence with regard to the antitrust violation or through the recognition of the breach and acceptance of the reduced penalty¹⁶.

Considering the fact that leniency programs are now applied in many jurisdictions of the world, the term ‘penalties’ can refer to any penalties that can be inflicted by the competition agencies in those jurisdictions including ‘fines on companies, fines on individuals, director disqualification and/or imprisonment’¹⁷. Consequently, leniency can mean ‘immunity from prosecution’ as in the US program where cartels are subject to criminal sanctions or means total immunity or reductions in fines as in the EU program. Lenient treatment can also mean ‘not to refer a matter for criminal prosecution, or not to pursue penalties against individuals’¹⁸.

Leniency will be used here to define any programs granting any reduction in sanction in exchange for information and cooperation.

¹⁴ ICN (2009), “Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy Subgroup 2: Enforcement Techniques”, *Anti-Cartel Enforcement Manual Chapter 2*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>.

Date Accessed: 04.07.2010.

¹⁵ ICN 2009, p.2.

¹⁶ WILS, W. P.J. (2007), “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, *World Competition*, Vol. 30, issue 1, p. 25.

¹⁷ Wils 2007, p.25.

¹⁸ OECD 2002, p.8.

3. BENEFITS AND CHALLENGES OF LENIENCY PROGRAMS

3.1. Benefits

The positive functions of leniency programs on antitrust enforcement can be seen in providing increased information, reduced prosecution costs and improvement in cartel detection and deterrence.

3.1.1. Higher Level of Information and Reduced Prosecution Costs

Information and evidence received through leniency programs contributes to antitrust enforcement in the way other methods of obtaining information by competition authorities, namely the compulsion and direct force,¹⁹ cannot do²⁰. Before all else, leniency programs provide the information and evidences with the highest conclusive force²¹. This is because the information is directly given by the cooperator which was a member of the cartel activities and familiar with the type of the information that is necessary for establishing a violation of law. Moreover, as it is possible for the cooperator to be given immunity within the framework of the leniency program, it does not have any incentive to give unreliable evidence²². Therefore, the traces of the violation that are left behind by the cartel can be provided through the reliable information given by an insider informant²³.

Another advantage of providing information and evidence through leniency programs with regard to the cartel activity is that, these programs give the competition authorities the opportunity to reach every kind of information whether it is an existing document²⁴ and whether the information and evidence is in the jurisdiction of the competition authority. While using direct force as a

¹⁹ Wils 2007, p.40.

²⁰ 'Compared to the first and second method, direct force and compulsion, this third method has clear advantages. Indeed, contrary to the first method, it can be used to obtain all kinds of information, not just existing documents or other existing physical evidence. Like the second method, it saves on search costs in that the collecting of relevant information is done by the undertaking and its staff, who are most familiar with it. But contrary to the second method, it does not suffer from the same reliability problems, as there is no clear incentive for the cooperating undertakings or persons to provide unreliable information, given that they risk losing the benefit of immunity or reduced punishment if they provide misleading information and given that immunity from punishment is the highest benefit they can obtain.'(see WILS, W.P.J. (2005), 'Principles of European Antitrust Enforcement', Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, p.148).

²¹ LEVY, N., and R.O'Donoghue, (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age", *World Competition*, Vol. 27, issue 1, p.77.

²² Wils 2007, p.41.

²³ AUBERT, C., REY, P. and W.E. KOVACIC (2006), "The Impact of Leniency and Whistle-blowing Programs on Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24,p.1243

²⁴ Wils 2007, p.41.

way to obtain evidence, it is only possible to obtain evidence that is in existence during the inspection of the competition authority; however, leniency makes it possible to obtain all kinds of information and evidence. Because, within the leniency mechanism, even the information that is hardest to get can be presented to the competition authority voluntarily by the company or the individual. This information can even be provided from outside the jurisdiction of the competition authority in the event these information are kept in such places.

Furthermore, leniency programs can induce cartel members to keep hard evidences that they would not otherwise kept in the absence of leniency programs because of the possibility of it being found and used against themselves by the competition authorities in case of detection of the cartel. Under the program, firms become more inclined to keep evidences in order to benefit from leniency in the future. Therefore leniency programs also contribute to the amount of fines thanks to such hard evidences with regard to cartel activities being kept by cartel members in the context of the leniency program. The increased fines, in the end, creates more incentive to apply for the program²⁵.

As Brenner states, some information cannot be obtained by the competition authorities because it entails incurring high costs. In such cases, the costs of acquiring the information cannot be recovered due to the 'budget constraint of the competition authorities' or 'because the costs exceed the social benefit of obtaining the information'²⁶. However, it may be possible to obtain such information under the leniency program which results in more evidences for competition authorities in the enforcement process against cartels. This, in turn will decrease the prosecution costs of the competition authorities. Therefore, competition authorities, making savings on its limited budget through the leniency program, can lead the rest of its sources for the detection of undetected cartels.

3.1.2. Detection and Deterrence of Cartels

The formation and the maintenance of a cartel require effort to keep its members' internal behavior under control, as this cannot be realized through any legal system. The continuity of cartels can only be maintained with the implicit alignment of the members for the sake of increasing their gains through the cartel activity and with strategies to monitor and envisage punishments for cartel members to prevent them cheating.

²⁵ Wils 2007, p.41.

²⁶ BRENNER, S.(2009), "An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27, p.640.

The idea behind the deterrence of cartels is to provide higher gains to a deviating cartel member than its potential gains from becoming or continuing to be a member of the cartel. At this point, it is possible to say that the aim of the leniency program is to increase the probability of cartel detection and thus make deviation and cooperation with the competition authorities more profitable for the cartel members. Together with the increased detections and convictions, leniency programs hence create a climate of deterrence for the cartel formation.

As stated by Fletcher, ‘The probability of detection is a key factor in increasing deterrence’²⁷. Therefore, leniency programs aim to create incentives for the cartel members to self-report, thus increase the probability of detection, which, in turn will provide deterrence²⁸.

Thus, the increased probability of detection through the leniency policy is one contribution of this program to cartel deterrence. The other one which is tied up to the first one, is the creation of distrust among cartel members through leniency. This effect will appear as a result of the fact that, each cartel member will be aware of the gains they can achieve if they apply for the leniency program and thus each one of them will have the incentive to cheat²⁹. This incentive can either arise from the idea of avoiding sanctions or in Ellis and Wilson’s view, of ‘gaining a profitable strategic advantage’ against their rivals³⁰.

The creation of distrust among the cartel members as an intrinsic value of the leniency program is a tool to construct the prisoner’s dilemma model. This model can simply be illustrated as the following: ‘two prisoners who have both committed a crime are interrogated in prison by the authorities. The authorities have enough evidence to convict both suspects for a minor crime, but would like to convict them for a major one for which they need further evidence. For this reason, they will try to obtain a confession from each single suspect by promising a lower sanction for whoever confesses first’³¹.

Within the framework of this model’s logic, the leniency program encourages the confession of a cartel member due to its fear that another

²⁷ FLETCHER, D. J. (2005), “The Lure of Leniency: Maximizing Cartel Deterrence in Light of *La Roche v. Empagran* and the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol.15, p.347.

²⁸ Fletcher 2005, p.350.

²⁹ HARRINGTON, J. E. Jr. (2008), “Optimal Corporate Leniency Programs”, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 56, issue 2, p.222.

³⁰ ELLIS, C. and W.WILSON (2002), "Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger," Manuscript, University of Oregon, cited in Spagnolo 2006, p.19.

³¹ Zingales 2008, p.8.

member will confess first³². Such a fear places a premium on companies and their legal advisers to move faster than their competitors in the disclosure of the cartel “in order to avoid being ‘beaten’ in the race to confess”³³.

The deterrence effect of the leniency program through its effect on increased detection and probability of conviction and the creation of distrust among cartel members may prevent the new cartel formations; because the possible future cartel members have to consider the leniency program and its effect and therefore have to make additional expenses to prevent the possible negative consequences of cartel members applying for this program. This, in the end, will increase the formation costs and make the formation of a new cartel more difficult³⁴.

Therefore, leniency programs will disrupt the stability of cartels by causing cartels breaking down earlier, due to the increased costs of maintaining the cartel, which is the result of the increased probability of detection/conviction and distrust among cartel members, or by preventing a cartel formation in the first place³⁵.

Consequently, beside ex-officio efforts of competition authorities to detect and deter cartels, which are indispensable for a successful leniency program, leniency mechanism is itself a way for detection and deterrence of cartels as well.

3.2. Challenges

3.2.1. Penalty Reducing Effect

There are some concerns expressed in the literature with regard to the leniency programs on the ground that these programs rely on reducing or eliminating of fines in exchange for the revelation of information and that this may induce collusion as it reduces the expected cost of anti-competitive behavior³⁶.

As stated by Harrington, the more lenient the program, the more the penalties are reduced, the higher will be ‘the expected payoff from continuing to collude’ which is called the ‘cartel amnesty effect’³⁷.

³² Fletcher 2005, p.350.

³³ Levy and O’Donoghue 2004, p.77.

³⁴KEKEVI, G.H. (2008), ‘Pismanlik Programlari: Muharebeyi Kaybetmek, Savasi Kazanmak’, *Rekabet Dergisi, Sayi.34*, p.15.

³⁵ Wils 2007, p.42.

³⁶ MOTTA, M., and M. POLO (2003), “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, p.375.

³⁷ Harrington (2008), p.216-217.

Such lowering of the penalties has even been considered as an ‘improper shirking of the duties by the enforcement agencies’ as they do not take the necessary action against the antitrust violations. However the European Commission, as a reply to this objection, stated that ‘the interests of consumers and citizens in ensuring that [cartel] practices are detected and prohibited outweigh the interest in fining those enterprises which co-operate with the Commission, thereby enabling or helping it to detect and prohibit a cartel’³⁸.

Therefore, it is possible to say that the reduction of penalties for the firms which were also the part of an antitrust misbehavior is justified by the fact that the detection and deterrence of cartels can be ensured through this means which is an offsetting effect for the punishment of some offenders with reduced penalties or them to go unpunished at all.

Moreover, as stated in the OECD Report, the decrease in the expected costs of the misbehavior may only be valid ‘for the first firm in the door’³⁹. As the likelihood of detection and conviction will be increased for other cartel members who are not the ones to apply for the program, the expected costs of misbehavior may be said to increase for them. In the end, this shows that reducing penalties does not necessarily mean higher inducement for collusion.

3.2.2. Use of Leniency Program as a ‘ Strategic Tool’

In his paper supported with statistical data, Stephan asserted that by April 2007 the Commission had decided on eleven cases with regard to horizontal cartels in the chemical industry that were revealed as a result of leniency applications. His argument relating to these cases was that, all these cartels revealed through leniency applications had already failed when these applications for leniency were made⁴⁰.

In the light of these findings, it is reasonable to assume that leniency programs are used by cartel members just to get a discount from the authorities after the break down of the cartel has become obvious. Also, by doing this first and benefiting from immunity, they can put their formal cartel partners, who will be faced with full sanctions, at a competitive disadvantage⁴¹.

The suggestion offered by Stephan to prevent such perverse effect is not to give priority to investigating failing cartels the detection of which will not have a deterrent effect on the existing ones and to concentrate on the active cartels instead.

³⁸ OECD 2002, p.60.

³⁹ OECD 2002, p.27.

⁴⁰ Stephan 2008, p.539.

⁴¹ Stephan 2008, p.539.

Beside the perception of leniency program as the best thing to apply when it is obvious that the cartel will not work anymore, leniency programs can also be considered by the cartel members as a way to create new cartels or maintain the existing ones. One possible means of using the leniency program in this way is to benefit from it as a tool to punish any deviations from the cartel agreement⁴².

However, by making the immunity benefit of leniency applicable to the first applicant alone, it is possible to prevent such negative consequence, as this solution will hinder cartel members from applying collectively in order to punish one member who deviates from the cartel agreement⁴³. All leniency programs applied worldwide currently, envisage independent application for having the benefit of leniency programs; therefore this risk can only be asserted on the theoretical basis⁴⁴.

3.2.3. Political Drawbacks of Leniency Programs

There can be political drawbacks with leniency programs on the ground that it is not fair to permit a violator to avoid the consequences of its misbehavior by giving it the right to confess.

However as explained in the OECD Report, the effects of leniency programs that result in detection and conviction of cartels can be much more welfare enhancing than the punishment of an individual violator. Although the antitrust agencies will give up the opportunity to prosecute the party who confesses its violation and fulfils the conditions for benefiting from the program, there will be other members, who will be prosecuted and perhaps could not have been in the absence of the leniency program⁴⁵.

Although this justification could be seen as sufficient against the political objections towards leniency programs, it is still important to prevent the first leniency applicant gaining more benefits from the leniency program than is 'strictly necessary to obtain the positive enforcement effects'⁴⁶. Besides, expecting the fulfillment of some conditions such as 'genuine and full cooperation to the enforcement authorities'⁴⁷ to make the applicant eligible for benefiting from the program can also contribute to preventing concerns about the possible unfair consequences of leniency programs.

⁴² Wils 2007, p.49.

⁴³ Wils 2007, p.48.

⁴⁴ Kekevi 2008, p.18.

⁴⁵ OECD 2002, p.26.

⁴⁶ Wils 2007, p.50.

⁴⁷ Wils 2007, p.50.

Finally, it is also possible to object to leniency program on the ground that it puts the cartel members committing the same infringement into different situations by providing the leniency applicant protection from sanctions on the one hand, while punishing other cartel members on the other. As stated by Wils, it is important to design and apply leniency program in a ‘transparent and consistent way’ so that it is possible for all cartel members to have the sufficient information about this program and to apply it for its benefits⁴⁸.

All in all, at the end of the day ‘the point of leniency programs is not to maintain a morally defensible justice system but to provide a means of deterring, destabilizing and uncovering cartels, so that in the end they may cease a phenomenon’⁴⁹.

4. LENIENCY AS A COMPLEMENTARY TOOL IN FIGHTING AGAINST CARTELS

An ideal cartel policy is the one that can incentivize cartel members in such a way that collusion is not sustainable for them anymore⁵⁰. Despite all the benefits that the leniency programs provide in detection and deterrence of the cartels through increasing the incentives of the members to self-report and be exempted from fines, there are other enforcement tools that the competition authorities must use in fighting against cartels.

The first reason for this is that, as explained above, the introduction of leniency programs may facilitate collusion by reducing the expected cost of the misbehavior of the cartels unless they know that they can be caught at anytime by the competition authority and will be subject to high fines⁵¹.

Secondly, again as explained above, according to some statistical data, in most of the cartel cases based on evidence from leniency programs, the break down of the cartels was imminent. Then, under such circumstances it is possible to say that cartels, which are aware of the fact that they will break down in the near future, may want to use the leniency program in order to reduce their penalty levels. Therefore leniency, which can be seen as a ‘terminal care’ for the cartels in such situations, cannot be the only tool to deter cartels. As stated by

⁴⁸ Wils 2007, p. 54.

⁴⁹ JONES A., and B. SUFRIN (2008), “EC Competition Law”, 3rd edition, Oxford University Press, New York, p.1249.

⁵⁰ FRIEDERISZICK, H. W. and F.P. MAIER RIGAUD (2007), “The Role of Economics in Cartel Detection in Europe”, http://www.esmt.org/fm/312/Role_of_Economics_in_Cartel_Detection_in_Europe.pdf, Date Accessed: 03.07.2010, p.9.

⁵¹ MOTCHENKOVA, E. (2004), “Effects of Leniency Programs on Cartel Stability”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617224, Date Accessed: 15.07.2010, p.26.

Bloom, “If sanctions are weak and there is a very low probability of being uncovered, even a very well designed program is unlikely to be effective”⁵².

Leniency programs, hence, are indeed complementary to the threat of high sanctions and the perception that detection is likely (without the leniency program)⁵³. Furthermore, transparency and certainty within the system as a whole are indispensable for a successful leniency program.

4.1. Threat of High Sanctions

It is important for the deterrence of cartels that high sanctions will be waiting for the cartel members who do not choose to apply for the leniency program. The logic behind such sanctions in cartel deterrence should be to ‘decrease the expected benefits of belonging to the cartel, by credibly increasing the expected value of fines to be paid’⁵⁴.

Considering the fact that, firms join cartels with the expectation of high profits, small fines will not be enough to deter cartel creation. Unless the fines are large enough to discourage firms from creating cartels, they may see these fines simply as ‘tax or a cost of doing business’⁵⁵.

These types of sanctions can differ according to different jurisdictions and it is obvious that where it is possible for individuals to be subjected to criminal liability, the incentive to apply for the leniency program would be significantly higher. As Hammond states: ‘the threat of criminal sanctions and individual jail sentences provides the foundation for an effective leniency program’⁵⁶.

⁵² BLOOM, M.(2006), “Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges”, EUI-RSCAS/EU Competition 2006 – Proceedings, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2006, *EU Competition Law and Policy Workshop Proceedings*, [http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Bloom.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Bloom.pdf), Date Accessed: 15.07.2010, p.22.

⁵³ Stephan 2008, p.560.

⁵⁴ AZEVEDO, J. P.(2003), “Crime and Punishment in the Fight Against Cartels: The Gathering Storm”, *European Competition Law Review*, 24(8), p.404.

⁵⁵ Hammond 2009, p.7.

⁵⁶ Hammond 2009, p.6; However, there are arguments in the literature that are against criminal sanctions for individual executives. For instance, Levenstein and Suslow, within an economical and legal framework, asserted that criminal punishments involves ‘costly losses’ because ‘managers’ productivity is less during their period of incarceration, and resources must be devoted to the construction and operation of prisons.’ However, they raised the idea that, the fines imposed on the cartel may result in the bankruptcy of a firm which causes the reduction of suppliers number in a market and lessens competition and yet it may not be deterrent for the executives. In such cases criminal sanctions may be the only means ‘to alter the incentives of corporate executives.’ (see Levenstein and Suslow 2001); O’Donoghue also raises an argument against

However it is still possible to provide the deterrence effect via high financial sanctions. What matters is ‘not (to) stop at halfway measures’⁵⁷. As stated by Azevedo, ‘Tools like sanctions and leniency should be utilized to their full potential. In that sense, sanctions should be as high and serious as possible in order to deter the creation of cartels while leniency schemes should be as certain and complete as possible to destabilize cartels’⁵⁸.

4.2. Fear of Detection

High sanctions are not enough for cartel deterrence if firms do not perceive the risk of getting caught by the competition authorities. Cartel members must be aware of the fact that, even if they do not apply for the leniency program and confess their misbehavior voluntarily, there will be an antitrust authority that will detect them. Such a risk of detection will give them the necessary incentive and encouragement to come forward⁵⁹.

As stated by Wils, this risk may arise from two different sources. It could be a specific risk for the cartel members concerning their own cartel formation as the antitrust authority had already started to collect or received information about the violation or at least the firms believe this to be the case. It can also be a general risk arising from the fact that the antitrust authority has a reputation for successfully detecting and prosecuting cartels⁶⁰.

In order for the competition authorities to deter and prosecute cartels successfully, they must have access to every enforcement power⁶¹. An antitrust authority having the necessary powers of detection and prosecution and the reputation for using them successfully, will inevitably make cartel members more anxious with the fear of being detected. This position can create distrust between cartel members and thus start a race to be the first to apply for the leniency program⁶².

Such fear of detection not only creates a competition between the cartel members with regard to applying for the leniency program, but can also create the same race between the individual executives and the companies if the leniency policy in the related jurisdiction does have such an individual leniency

criminal sanction for cartels on the grounds that imprisonment of business people may affect their ‘preparedness to assist leniency applications’ which may create unintended implications for the EU leniency program.(see Levy and O’Donoughe, p.96).

⁵⁷ Azevedo 2003, p.406.

⁵⁸ Azevedo 2003, p.406.

⁵⁹ ICN 2009, p.3.

⁶⁰ Wils 2007, p.41.

⁶¹ Hammond 2009, p.8.

⁶² Hammond 2009, p.8.

program as in the US example. As stated by Hammond: ‘The real value and measure of the Individual Leniency Program is not in the number of individual applications received, but in the number of corporate applications it generates’⁶³. This is because companies, under the pressure and fear of the possibility that their executives can exploit the leniency mechanism, will want to act first as the individual leniency policy does not allow companies to benefit from the leniency applications made by the individuals.

Therefore, such political choices can have a positive effect on the increase in leniency applications through benefiting from the fear of detection created on the cartel member firms.

The fear of detection entails that an antitrust authority has a good reputation and high levels of cartel detection⁶⁴. In order to achieve this aim, in some jurisdictions leniency programs can also include mechanisms such as ‘amnesty plus’⁶⁵ and ‘penalty plus’⁶⁶ which give strong incentives for the companies already within in an ongoing investigation or involved in a prior offense to self-report potential antitrust violations in other markets⁶⁷ or ‘cartel profiling’⁶⁸ that may expand investigations to include additional markets, in particular other markets in which some of the same cartel participants operate⁶⁹.

4.3. Transparency and Predictability

One of the conditions of having a successful leniency program that can induce cartel members to come forward is the existence of transparent and certain rules on how the program works, how they will be treated if they report the violation

⁶³ Hammond 2009, p.9.

⁶⁴ Hammond 2009, p.10.

⁶⁵ Amnesty plus: “Pursuant to the amnesty plus policy, an applicant that does not qualify for leniency for the initial matter under investigation, but discloses a second cartel, and meets the leniency program requirements for the second matter, will receive leniency for the second offence and lenient treatment for its participation in the first offence.” (ICN 2009, p.5).

⁶⁶ Penalty plus: This provides that if an applicant participated in a second cartel and does not report it under the amnesty plus policy, enforcers will urge the sentencing authority to consider the company’s, and any of its culpable executives’, failure to report the conduct voluntarily as an aggravating sentencing factor.”(ICN 2009, p.5).

⁶⁷ “Tailoring Compliance Programs to Address the Antitrust Division’s Tools for Expanding Cartel Investigations”, (2009), by WilmerHale, <http://www.wilmerhale.com/publications/whpubs-detail.aspx?publication=9161>, DateAccessed: 10.08.2010.

⁶⁸ Cartel profiling: In US, using cartel profiling techniques, “The Division will target its proactive efforts in industries where it suspects cartel activity in adjacent markets or which involve one or more common players from other cartels. When the Division can identify culpable executives, it begins digging deeper to determine whether they had pricing authority on other products over time and then for indicia of collusion in those products as well.” (Hammond 2009, p.11).

⁶⁹ ‘Tailoring compliance programs to address the Antitrust Division’s tools for expanding cartel investigations’ 2009.

and what the consequences of the revelation will be.

Therefore, a successful leniency program should clearly determine the conditions of being exempted from the penalties or having fine reductions. Moreover, the success of the program also depends on its publicization. Thus it is important for the competition authorities to make the program well advertised with all its features. For this purpose, the US Antitrust Division has published numbers of papers to make the Leniency Program more clear and even created a model conditional amnesty letter to make it ready for any possible applicants to review⁷⁰. Conferences regarding leniency program are also the part of the efforts to provide the awareness of public. Moreover, brochures like the one prepared for the presentation of the Brazil's Leniency Program⁷¹ is also another way to make the leniency program more transparent, more predictable and reliable.

It is also important to determine that the leniency program will be equally applicable to information disclosed before and after an investigation has started.

However, in the literature based on an economic perspective, there have been different views about the timing of the application to gain immunity or reductions in fine. Although there are some views as to giving the same amount of reduction for the wrongdoers not detected and the ones who are under investigation⁷², some scholars have defended giving less discount for the latter type of wrongdoers on the grounds that fine reduction means net awards for such firms for which there is more probability of being found guilty compared with undetected wrongdoers⁷³. Yet, it can still be argued that, although the fine reduction for the firms who are already under investigation and who apply for the leniency program may decrease the deterrence effect of these programs, they should still be given these reductions as their cooperation even at that stage will at least decrease the investigation costs⁷⁴.

EU leniency program, which is mostly based on the US experience and ECN Model Leniency program, is highly instructive as to the above-mentioned elements of a successful leniency program. Therefore, we will analyze the 2006 Leniency Notice of the EU in light of the abovementioned explanations and then

⁷⁰ Hammond 2009, p.9.

⁷¹ Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program (2009), 3rd. ed.

Secretariat of Economic Law, Antitrust Division Council for Economic Defense Ministry of Justice, Brazil, <http://www.oecd.org/dataoecd/52/22/43619651.pdf>, Date Accessed: 05.02.2011.

⁷² Motta and Polo 2003, p.375.

⁷³ Spagnolo 2006, p.26.

⁷⁴ Brenner 2009, p.640.

move on to the new Turkish Leniency Regulation, which will give us the chance to draw comparisons with that of the EU.

5. OVERVIEW OF THE 2006 EUROPEAN LENIENCY NOTICE

The first leniency program at EU level was introduced in 1996 in light of the success of the 1993 reforms to the Amnesty Program in the USA and it was revised in 2002. On December 8, 2006 the Commission adopted a new Leniency Notice benefiting from the experience it gained in applying the 2002 Notice and introducing some amendments. These changes were adopted in line with the ECN Model Program, which ‘sets out the essential procedural and substantive requirements that the ECN members believe every leniency program should contain’⁷⁵.

Despite the effectiveness of the 2002 Leniency Notice in convincing cartel members to reveal their violations and cooperate with the Commission⁷⁶, there was still need to make the program more transparent and effective. As stated by the Commission, the proposed changes to the Leniency Notice were aimed at ‘providing more guidance and clarity for companies applying for immunity’⁷⁷. The Commission also stated that this clarification would provide better guidance for companies as to what their applications for the leniency program should contain.

In its entirety, the 2006 Leniency Notice explains the conditions, requirements and procedures for immunity and reduction of fines, introduces a marker system for immunity applicants, allows oral corporate statements and guarantees greater protection for confidential corporate submissions⁷⁸.

⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASE (2006b), “Revised Leniency Notice - Frequently Asked Questions”, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/469&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Date Accessed: 17.07.2010.

⁷⁶ As stated by the previous Competition Commissioner Kroes, ‘By the end of 2005, twice as many applications had been submitted under the new Notice as compared with its predecessor.’ ‘...total of one hundred and sixty-seven applications up to end of 2005 under the 2002 Notice was made by companies...’.

KROES N. (2006), “Enforcement of Prohibition of Cartels in Europe”, *European Competition Law Annual*, [http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Kroes.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Kroes.pdf), Date Accessed: 15.07.2010, p.3.

⁷⁷ European Commission Press Release (2006b).

⁷⁸ GRASSO, R. (2008), “The EU Leniency Program and US Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?”, *Michigan Journal of international law*, Vol.29: 565, p.576.

The 2006 Leniency Notice envisages cumulative conditions for granting immunity⁷⁹. In order for a firm to qualify for immunity from any fine, it must be the first to submit information and evidence the quality of which must enable the Commission either to ‘carry out a targeted inspection’⁸⁰ or ‘to find an infringement of article 81 EC in connection with the alleged cartel’⁸¹ together with the condition that ‘the Commission has no sufficient evidence to carry out an inspection in relation to the cartel at the moment it receives the application’⁸². A party providing one of these types of information and evidence must also 1-‘cooperate genuinely, fully, on a continuous basis and expeditiously throughout the Commission’s administrative procedure’⁸³, 2-‘end its involvement in the alleged cartel’ unless otherwise allowed by the Commission⁸⁴ and 3- ‘it must not have destroyed, falsified or concealed evidence of the alleged cartel’⁸⁵ when it had formed the intention to make application to the Commission. The Notice also clarifies that if the applicant firm coerced other undertakings to join the cartel or to remain in it, it would not be possible for it to receive immunity⁸⁶.

The information that should be provided by the applicant and that should allow a ‘targeted inspection’ includes the necessity of providing more detailed evidence than was required by previous Notices⁸⁷. Moreover, in case the Commission has already carried out an inspection concerning an alleged cartel or has sufficient evidence to carry out an inspection, the applicant shall also provide ‘contemporaneous, incriminating evidence of the alleged cartel’⁸⁸ apart from the corporate statement.

This increase in the standard of evidence required to make a successful immunity application may be compensated, to some extent, by the adaption of the discretionary ‘marker system’⁸⁹ which has been available in US for a long

⁷⁹ INCARDONA, R. (2007), “International and European Business and Competition Law, the Fight Against Hard-core Cartels and the New EU Leniency Notice”, *The European Legal Forum*, Issue 1/2, p.39.

⁸⁰ Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases (Text with EEA relevance) (2006/C 298/11), [http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:52006xc1208\(04\):en:not](http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:52006xc1208(04):en:not), Date Accessed: 20.06.2010, Art. 8(a).

⁸¹ Commission’s Leniency Notice, article 8(b).

⁸² Commission’s Leniency Notice, article 11.

⁸³ Commission’s Leniency Notice, article 12(a).

⁸⁴ Commission’s Leniency Notice, article 12(b).

⁸⁵ Commission’s Leniency Notice, article 12(c).

⁸⁶ Commission’s Leniency Notice, article 13.

⁸⁷ Commission’s Leniency Notice, article 9(a).

⁸⁸ Commission’s Leniency Notice, article 11.

⁸⁹ MORGAN, E. J. (2009), “Controlling Cartels - Implications of the EU Policy Reforms”, *European Management Journal*, Volume 27, Issue, p.4.

time and was introduced in the EU Leniency policy under the 2006 Leniency Notice. This system allows an immunity applicant to reserve its first place in the queue for immunity by only providing limited information related to the alleged cartel and without presenting all the evidence. The Commission may grant a marker and give a certain time for the applicant to perfect its application and following the receipt of the required information and evidence provided by the applicant, it then grants the conditional immunity from fines ‘as if the application was submitted on the date the marker was granted’⁹⁰. It is also important to note that, under the 2006 Leniency Notice, the marker system only applies to immunity applicants and not to applicants applying for a reduction in their fines.

The Notice retains the possibility of immunity applications in ‘hypothetical terms’⁹¹ meaning that it is possible for a firm to present a detailed descriptive list of evidence that it intends to disclose at a later date in an anonymous form and requires an assessment from the Commission to see if the evidence satisfies the conditions for immunity.

In the event that a firm’s immunity application has been rejected by the Commission, because either it was not the first to apply or it failed to meet the evidentiary threshold for immunity, it may still be eligible for a reduction in fines.

The first condition for a firm to receive a reduction in fines is the presentation of evidence representing ‘significant added value’⁹². The conditions necessary to obtain immunity (genuine, full cooperation and termination of the infringement) are also required for getting reduction in fines⁹³.

The scale of reductions in the 2002 Notice remained the same in the 2006 Notice and envisaged, for applicants providing significant added value, reductions in fines are between 30% and 50% for the first firm, between 20% and 30% for the next firm and up to 20% for subsequent firms⁹⁴.

The presentation of the evidence which may, for instance, alert the Commission about the seriousness of the alleged cartel behavior or the length of time it has been in operation, and which may strengthen the Commission’s ability to prove infringement accordingly, will be the basis for the evaluation of

⁹⁰ Incardona 2007, p.40.

⁹¹ Commission’s Leniency Notice, article 15.

⁹² Commission’s Leniency Notice, article 24.

⁹³ Wils 2007, p.31.

⁹⁴ Commission’s Leniency Notice, article 26.

the ‘added value’ concept⁹⁵. The 2006 Notice also states that the evidence provided should be of such a kind that it does not require corroboration (‘compelling evidence’⁹⁶) to have greater value.

The 2006 Notice also includes the possibility of applying for partial immunity⁹⁷. As stated in the Notice: ‘If an applicant for a fine reduction is the first to submit compelling evidence which the Commission uses to establish additional facts increasing the gravity or the duration of the infringement the Commission will not take such additional facts into account when setting any fines to be imposed on the undertaking which provided this evidence’⁹⁸.

Finally it is important to mention two further procedural contributions of 2006 Notice into the overall EU Leniency program, which are the possibility of making ‘oral corporate statements’ and ‘the specific procedure to protect corporate statements’.

The important new concept of oral corporate statements was introduced to prevent the possibility of corporate statements made by the leniency applicants from being subject to disclosure orders in private litigation⁹⁹. Such a concept was introduced in the Notice in line with the aim of the Commission to prevent potential leniency applicants from being dissuaded by the fear of impairing their position in civil proceedings¹⁰⁰.

Moreover, the protection of corporate statements is seen as the duty of the Commission ‘to pursue a general policy’ beside its other duties to investigate and punish infringements¹⁰¹. In line with this duty, access to

⁹⁵ Morgan 2009, p.4.

⁹⁶ Commission’s Leniency Notice, article 25.

⁹⁷ Wils 2007, 32.

⁹⁸ Commission’s Leniency Notice, article 26.

⁹⁹ Incardona 2007, p.41- It should be noted that, as stated by Riley, ‘in order to protect the leniency process and the flow of leniency applications, the Commission should give serious consideration as to how leniency applications can be protected from civil damages.’ In line with this purpose, another point discussed by the scholars is the immunity or reduction of liability with regard to follow on private damages actions. Because unlike the US leniency program that envisages reduced liability for the companies being granted immunity under the leniency program, EU does not have such an arrangement. However some scholars assume leniency applications in EU follow the approach in the US of non-disclosure because it is consistent with the position set out by the European Commission in the White Paper that says: “adequate protection against disclosure in private actions for damages must be ensured for corporate statements submitted by a leniency applicant in order to avoid placing the applicant in a less favourable situation than the co-infringers”.(Green J., McCall I.(2009) Leniency and civil claims: Should leniency programmes extend to private actions?’, *Competition Law Insight*, http://www.europe-economics.com/publications/2009cli_1.pdf, Date Accessed:05.02.2011).

¹⁰⁰ Commission’s Leniency Notice, article 6.

¹⁰¹ Commission’s Leniency Notice, article 7.

corporate statements will only be granted to the addressees of a statement of objections provided that they undertake not to make any copy of any information contained in the corporate statement and to keep its contents confidential¹⁰². As with the other steps to protect corporate statements, the Notice also contains provisions stating that the use of such information for a purpose other than the administrative proceedings for the application of EC competition rules can cause the refusal of the leniency at the end of the procedure¹⁰³ and that third parties will not be entitled to have access to the corporate statements¹⁰⁴.

After this brief explanation with regard to the 2006 Leniency Notice, we will now try to determine whether the overall EU Leniency policy, together with the abovementioned Notice, includes all three prerequisites¹⁰⁵ of a successful leniency program.

5.1. Concerning Transparency and Predictability

Although the 2006 Leniency Notice can be regarded as the ‘coming of age of the European Leniency program’¹⁰⁶, considering the guidance it introduced about the conditions of receiving immunity and reduction in fines and the introduction of the marker system, the clarity and consistency of the Notice can be criticized in several ways.

First, despite the evidential threshold stated in a detailed way in the Notice, what matters is its clear, consistent and certain application.

As stated by Freshfields Bruckhouse Deringer’s Response to the consultation of the 2006 Notice¹⁰⁷, correctly in my opinion, one of the uncertainties created with the new Notice is a seemingly small vocabulary change in paragraph 8 of the Notice which states the requirements to qualify for immunity from fines. According to this paragraph, ‘the Commission will grant immunity to an applicant if it is the first to submit information and in the Commission’s view *will* enable it to carry out a targeted inspection or find an infringement’ (my italic). However, in the previous notice the word ‘may’ was

¹⁰² Incardona 2007, p.41.

¹⁰³ Commission’s Leniency Notice, article 34.

¹⁰⁴ Commission’s Leniency Notice, article 34.

¹⁰⁵ see p.18 above.

¹⁰⁶ Stephan 2008, p.559.

¹⁰⁷ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, “Response dated 27 October 2006 to Commission of the European Communities DG Competition, Consultation on the Draft Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases Published on 29 September 2006”, http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/files_leniency_consultation/fbd.pdf. Date Accessed: 01.08.2010.

used instead of ‘will’. Therefore, it is clear that, the evidentiary threshold has been raised with the new Notice bringing an uncertainty along with itself as it can be harder to meet this higher condition¹⁰⁸.

During the public consultations on the amendment of the Leniency Notice, Linklaters¹⁰⁹ raised its concerns with regard to the term ‘targeted inspection’. Linklaters presents the idea that such a wording gives the Commission ‘excessively wide discretion’ in the evaluation of an application and the decision on whether it is eligible to receive conditional immunity, which is a factor that can prevent firms from coming forward¹¹⁰.

Another criticism with regard to the evidential threshold of the new Notice was made by Griffin and Sullivan. According to these authors, the condition of providing ‘significant added value’ in order to be eligible to receive fine reduction can be defended on the ground that the Commission would not like to grant reduction for little or no evidence; however it can be criticized at the same time, as it creates a higher threshold for the applicants intending to come forward but cannot do due to this condition¹¹¹. Moreover, as stated by Grasso, just like the gap in the 2002 Notice, the new Notice also has a gap in determining what makes an ‘added value’ ‘significant’¹¹². It can also create a barrier for the possible applicants to come forward as they will not be able to know if they can satisfy the significant added value condition. What is meant by the ‘compelling evidence’ is also of a concern in terms of clarity and certainty as it is not possible to understand the purpose of this statement.

There are further criticisms in the literature with regard to the discretionary ‘marker system’. As Incardona asserts, such a discretion on giving marker creates uncertainties which may ‘reduce the attractiveness, which the marker system is supposed to bring to firms’ intending to apply for the leniency program¹¹³. It is possible to operate a marker system that does not include the discretion of the Commission as seen in the systems of some Member States

¹⁰⁸ Freshfields Bruckhaus Deringer 2006, p.4.

¹⁰⁹ LINKLATERS (2006), “Response to the European Commission’s Draft Leniency Notice”, http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/files_leniency_consultation/linklaters.pdf, Date Accessed: 01.08.2010.

¹¹⁰ Linklaters 2006, p.3.

¹¹¹ GRIFFIN, J.M. and K.R. SULLIVAN (2008), “Recent Developments in Leniency Policy and Practices in Canada, the European Union and the US”, *Paper presented at the ABA “Advanced International Cartel Workshop in San Francisco* cited in RILEY, A.(2010), “The modernisation of EU Anti-cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?”, *European Competition Law Review*, Vol.31(5), p.195.

¹¹² Grasso 2008, p.578.

¹¹³ Incardona 2007, p.40.

such as Austria, Denmark, Greece and Sweden¹¹⁴. However it should be noted that in most of the leniency texts including ECN and EU texts, the common application with regard to the marker system is the use of discretionary power by the competition authorities; but as suggested by Kekevi, other than extraordinary situations, it is expected that discretionary power will be used in the affirmative way for the applicants applied for a marker¹¹⁵.

Moreover, the information requested from an applicant to reserve a place in the queue through the marker system is excessive in the Notice which is not something included in the US system on which the EU program mostly based.

5.2. Concerning Threat of High Sanctions and Fear of Detection

As explained above, in order to have a successful leniency policy as a whole, it is important to emphasize once again that ‘leniency and punishment should go hand in hand and be integrated as one policy’¹¹⁶. This is the only way to provide deterrence in fight against cartels.

Therefore, we will try to analyze the ‘punishment leg’ of EU leniency policy in order to see if it creates the necessary deterrence. First of all it should be noted that, in the aspect of the leniency policy, the deterrence can be provided by the introduction of fines large enough to discourage prospective cartels and by the establishment of an effectively operating antitrust authority¹¹⁷.

The Commission’s fine setting method depends on the new ‘Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003’¹¹⁸ (‘2006 Fining Guidelines’) This Guideline introduces higher fines compared with the 1998 Guidelines¹¹⁹ and changes adopted to increase the transparency and predictability of policy to add to its deterrent

¹¹⁴ ECN Model Leniency Programme, *Report on Assessment of the State of Convergence*, http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf,

Date Accessed: 17.07.2010, p.15.

¹¹⁵ Kekevi 2009, p.104.

¹¹⁶ BILLIET, P.(2009), “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, *European Competition Law Review*, 30(1), p.18.

¹¹⁷ MOTTA, M. (2008), “On Cartel Deterrence and Fines in the European Union”, *European Competition Law Review*, 29(4), p.212.

¹¹⁸ Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, [2006] OJ C210/2, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:2:0005:EN:PDF>, Date Accessed: 20.06.2010.

¹¹⁹ Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, [1998] OJ C9/3, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0114\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0114(01):EN:NOT), Date Accessed: 20.06.2010.

effect¹²⁰. The 2006 Fining Guidelines introducing an application of the fines in two steps, firstly determine the basic amount of the fine and secondly adjust this value according to the existence of any aggravating or mitigating circumstances¹²¹. The basic amount of the fine depends on a proportion of the value of the undertaking's sales of goods or services which can be up to 30 % of the firm's annual sales of the affected goods or services in the relevant geographic market within the European Economic Area (EEA). For secret cartels the basic amount will generally be set at the higher end of the scale and regardless of the length of the infringement, a sum of between 15 % and 25 % of the value of sales will also be included in the basic amount¹²².

Changes that may increase the deterrent effect of the fines can be seen, for example, in provisions envisaging tougher fines for the repeat infringements¹²³, the fact that long running cartels will be punished with higher penalties¹²⁴ and the newly introduced 'entry fee'¹²⁵. All of these changes have the intention of discouraging cartel formations.

Despite such positive aspects, the 2006 Fining Guidelines can still be criticized on different grounds. For example, as stated by Riley, referring to Lever, that the calculation of the damages depending on the turnover criterion may cause the punishment of a very incompetently run cartel that is having a small effect on the market with very high fines¹²⁶. According to Riley, 'the focus on heavy penal sanctions should be on those antitrust violators who have had a significant market effect and have made substantial profits'¹²⁷.

Another point to consider is how to determine the level of fines sufficient to induce leniency applications. Currently the only available sanction for cartels at the EU level is fines of up to 10 % of undertaking's worldwide turnover. Although there are views in the literature considering the fine levels being imposed in EU as a 'good model'¹²⁸ in determining the right level of penalization for cartels, some criticizes the EU fining policy due to its lack of criminal sanctions, which is a greater deterrent factor for cartel formation.

¹²⁰ Morgan 2009, p.7.

¹²¹ Morgan 2009, p.7.

¹²² Wils 2007, p.31.

¹²³ 2006 Fining Guidelines, article 28.

¹²⁴ 2006 Fining Guidelines, article 24.

¹²⁵ 2006 Fining Guidelines, article 25.

¹²⁶ LEVER Q.C (2009), "Whether and if so How, the EC Commission's 2006 Guidelines on Setting Fines for Infringements of Articles 81 and 82 of the EC are Fairly Subject to Serious Criticism", *BDI Law and Public Procurement* cited in Riley 2010, p.201.

¹²⁷ Riley 2010, p. 201.

¹²⁸ Hammond 2009, p.7.

The EU does not have criminal powers and cannot put cartel offenders in prison and ‘no individual in his or her capacity as an employee, director or officer can be fined or otherwise’¹²⁹. The only deterrent factor on which the EU leniency policy depends is the high level of fines against undertakings.

However, there is an increasing tendency in the literature suggesting criminal sanctions for the EU leniency policy by taking into account the successful US example. Some grounds for introducing criminal sanctions for cartel offenders that is defended in the literature can be summarized as follows: Criminal sanctions for cartels, which cause greatest harm to the competitive structure in the EU, presents a better deterrence than financial penalties and ‘a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be as effective at inducing amnesty applications as a program that does’¹³⁰. This is because, individuals who have most to lose and who wish to avoid jail sentences will be more inclined to report violations. Moreover, as stated by Riley, fines against undertakings cannot deter the ‘rogue director’ as individual executives can be more inclined to engage in price fixing for their own sake¹³¹ and this is another ground to introduce criminal sanctions for individual executives.

This suggestion brings with the idea of introducing an ‘individual leniency program’¹³² at the EU level on the grounds that such a policy giving individual executives the opportunity to apply for leniency programs would also strengthen the possibility of applications made by the undertakings. As Riley claims, ‘undertakings understand that if they don't make a leniency application, then for fear of personal fines and a jail sentence one or more of their executives will make an individual leniency application.’

This acts as a significant additional pressure on undertakings to file for leniency¹³³. It should be noted that, if criminal penalties for individuals are introduced in the EU leniency program without making leniency available for individuals, criminal penalties will decrease the effectiveness of the leniency policy and thus not create the expected deterrent effect. This is because, for firms that care about their staff, the application for leniency means exposing

¹²⁹ Riley 2010, p.203.

¹³⁰ Hammond 2009, p.7.

¹³¹ Riley 2010, p.204.

¹³² This means that “when a company is the first to apply for immunity, it can also obtain immunity for its cooperating staff, but that immunity is normally no longer available for a company if an individual has applied for it earlier.” (Wils 2007, p.55)

¹³³ Riley 2010, p. 204.

their staff to punishment and that may discourage them from doing so accordingly¹³⁴.

Moving on to the efficiency of the European Commission in the detection and prosecution of cartels, it can be said that, despite the possible statistical data that can be collected, this would not present the whole picture with regard to the effectiveness of the Commission in the fight against cartels. This is because it is not possible to have full information on the number of cartels existing in a market¹³⁵. However, as claimed by Motta, ‘overall the European Commission is an efficient competition authority which devotes many resources to cartel investigations, defends quite successfully cases in the Community courts, and has set up a leniency procedure which increases the probability that, if formed, a cartel is uncovered’¹³⁶.

The introduction of higher fines in the 2006 Fining Guidelines was also an attempt by the Commission to increase cartel deterrence. As stated by Wils, ‘effective deterrence does not require that each and every violation is detected and punished but rather that the expected penalty, which is a function of both of the probability of detection and punishment and of the size of the penalties imposed, exceeds the expected gains of antitrust infringements’¹³⁷.

Furthermore, the settlement procedure introduced for the first time in Europe with the Commission Regulation (EC) No.622/2008 is another attempt to minimize the costs and resources used in investigating potential violations; thus to reach greater efficiency in terms of timely management and deterrence¹³⁸.

6. OVERVIEW AND EVALUATION OF THE TURKISH LENIENCY POLICY

6.1. Overview

‘Leniency’ concept was first introduced in Turkish competition law with the law numbered 5728 and dated January 23, 2008 enacted to Article 16 of Turkish Competition Act (‘the Act’) numbered 4054. Until this amendment there was not any provision in Turkish competition legislation that envisages a leniency program, although there was the possibility of mitigating fines in the old version of the Act. However, according to a scholar view, even this possibility did not

¹³⁴ Wils 2007, p.56.

¹³⁵ Motta 2008, p.213.

¹³⁶ Motta 2008, p.213.

¹³⁷ WILS, W. P.J.(2009), ‘The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages’, *World Competition*, Vol. 32, Issue 1, p.10.

¹³⁸ Grasso 2008, p.584.

give way to a total immunity, as there had to be a minimum set of fines for substantive infringements¹³⁹ despite the fact that the Turkish Competition Authority ('the TCA') had some contrary decisions to this argument even before the abovementioned amendment¹⁴⁰.

The amendment introduced with the law no. 5728 conferred the TCA the competence to introduce a regulation on the application of a leniency program and the TCA issued the 'Regulation on Active Cooperation for Detecting Cartels'¹⁴¹ ('the Leniency Regulation') on February 15, 2009 depending on this authority. The TCA did also refine its policy on fines with the 'Regulation on Fines to Apply in Cases of Agreements, Concerted Practices and Decisions Limiting Competition'¹⁴² ('the Fines Regulation') that was issued on the same date. Through these regulations, the TCA aimed at providing a new regulatory framework for its enforcement policy in line with the ongoing process to align Turkish Competition Law more closely to EU Law¹⁴³.

The aim of the Leniency Regulation was defined as 'to regulate the principles and procedures in terms of non-imposition and reduction of fines mentioned in paragraphs three and four of Article 16 of the Act with regard to those making an active cooperation with the Authority for detecting and investigating cartels'¹⁴⁴.

Despite the fact that, there had been applications in the past decisions of the Turkish Competition Board ('the TCB') resembling leniency applications¹⁴⁵, there was not a legal basis determining the substantive and procedural rules of

¹³⁹ GURKAYNAK, G.(2009), Turkey: A New Era In Turkish Antitrust Enforcement: Leniency Program And Regulation On Fine Calculation, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=74588>, Date Accessed: 05.07.2010.

¹⁴⁰ Konya Surucu Kurslari II (dated 26.07.2007 and no.07-62/761-263) and Konya Surucu Kurslari (dated 23.08.2007 and no 07-68/838-309) Decisions where the TCA did not apply any fine at all despite the presence of 'minimum set of fines for substantive infringements' rule of the Act.

¹⁴¹ Regulation on Active Cooperation for Detecting Cartels, dated 15.02.2009, published on the Official Gazette of Republic of Turkey dated 27142,

<<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik10.pdf>>, Date Accessed: 25.06.2010.

¹⁴² Regulation on Fines to Apply in Cases of Agreements, Concerted Practices and Decisions Limiting Competition, dated 15.02.2009, published on the Official Gazette of Republic of Turkey dated 27142, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik11.pdf>.

Date Accessed: 25.06.2010.

¹⁴³ SOMAY, M.(2010), "Recent Developments in Turkish Competition Law: Bridging the Gap to Europe?", *The European Antitrust Review*, <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/19/sections/69/chapters/779/turkey/>, Date Accessed: 17.07.2010.

¹⁴⁴ Fines Regulation, General Preamble Article 5.

¹⁴⁵ For eg. Competition Board Decision No.08-26/283-91, dated 27.03.2008 ("Trafik Sinyalizasyon" decision where the TCB applied leniency program on its own initiative for the first time before the publication of the Leniency Regulation)

such applications in a clear and consistent manner in the way the Leniency Regulation provides.

In its entirety, the Leniency Regulation provides the possibility of receiving immunity or reduction of fines both for undertakings and directors or employees of the undertakings, meaning that the regulation contains provisions for both corporate and individual leniency applicants and sets the conditions, requirements and procedural rules for these processes. Such an approach makes the Turkish Leniency Regulation different both compared with EU Leniency Notice, as this Notice does not include individual leniency and with US leniency program as in US there are two separate programs for corporate and individual leniency policy while Turkish Leniency Regulation includes two separate parts for these programs in the same Regulation.

After defining its purpose, scope and basis in the first part, the Regulation states the conditions, requirements and procedures for corporate applications in the second, for individual applications in the third part.

In line with the EU Notice, the Leniency Regulation also determines two different possibilities for corporate immunity. In the event that the TCB has not decided to carry out a preliminary inquiry yet, the first undertaking, which submits the information and evidence, independently from its competitors, will be granted immunity from fines¹⁴⁶. It should be noted that, this is an automatic immunity possibility for which the TCB does not have any discretionary power. On the other hand, if the TCB has already started a preliminary inquiry or an investigation, the first undertaking which submits the information and evidence, independently from its competitors, as of the decision by the Competition Board to carry out preliminary inquiry until the notification of the investigation report, shall be granted immunity from fines on condition that the TCA does not have, at the time of the submission, sufficient evidence to find the violation of Article 4 of the Competition Act¹⁴⁷. In the event that the undertaking is eligible for receiving immunity, the directors and employees of will be as well¹⁴⁸. The applicant meeting one of these conditions must also 1- submit (i) information on the products affected by the cartel, (ii) information on the duration of the cartel, (iii) names of the cartelists, (iv) dates, locations, and participants of the cartel meetings, and (v) other information/documents about the cartel activity. 2- avoid concealing/destroying the information/documents on the cartel activity. 3- cease to be a party to the cartel (unless otherwise requested by the TCA); 4- keep the submission of evidence confidential until the submission of the investigation

¹⁴⁶ Leniency Regulation, article 4.

¹⁴⁷ Leniency Regulation, article 4(2).

¹⁴⁸ Leniency Regulation, article 4(3).

report (unless otherwise requested by the TCA); and 5- continue to actively cooperate with the TCA until the final decision on the case has been rendered¹⁴⁹. Just as in the EU Notice, not being the coercer of the violation is another requirement for the applicant to be eligible for receiving immunity.

With regard to individual leniency applications by the directors or employees of it, similar principles will be valid as well¹⁵⁰.

An undertaking, which is not eligible to receive immunity either because it was not the first one to apply before the preliminary inquiry decision or because the TCA has sufficient evidence to find the violation despite the undertaking was the first to apply after the preliminary inquiry decision, may still apply for reduction of fines when it applies independently from the other members to the cartel within the time frame between a decision by the TCA to conduct a preliminary inquiry and the notification of the investigation report¹⁵¹. The type of evidence and information that is required to be submitted and other requirements aforementioned are also valid for this applicant to receive fine reduction. The reduction amounts for such applicants will be determined according to their timing to apply for the program, just as in the EU Notice. The Regulation envisages reduction in fines of are 1/3 to 1/2 for the first applicant; 1/4 to 1/3 for the second applicant and 1/6 to 1/4 for the subsequent applicants on the condition that they provide the necessary information¹⁵².

The Leniency Regulation also determines a fine scale for the directors and employees of the undertakings who confess the violation and cooperate with the TCA. In such cases, these directors and/or employees, subjected to the same conditions¹⁵³ mentioned above, will also benefit from relevant reductions or they will not be fined at all¹⁵⁴. Kekevi claims that, these provisions giving the directors and/or employees the opportunity to avoid from fines partially or totally, aims at providing high standard evidence from such internal sources in the process of disclosing cartels¹⁵⁵.

In Wil's words, the possibility of 'partial immunity'¹⁵⁶ is recognized in the Turkish Leniency Regulation as well, meaning that 'If the applicant for a reduction of a fine is the first to submit evidence as a result of which the amount

¹⁴⁹ Leniency Regulation, article 6.

¹⁵⁰ Leniency Regulation, article 9.

¹⁵¹ Leniency Regulation, article 5(1).

¹⁵² Leniency Regulation, article 5(1).

¹⁵³ Leniency Regulation, article 8(1).

¹⁵⁴ Leniency Regulation, article 5(1).

¹⁵⁵ Kekevi 2009, p.91.

¹⁵⁶ Wils 2007, p.32.

of the fine should increase due to increase of gravity or duration of the infringement or similar reasons, the TCA will not take such additional facts into account when setting any fine to be imposed on the undertaking which provides this evidence'¹⁵⁷.

Finally, it is necessary to mention about some procedural issues brought with the Leniency Regulation. Pursuant to Articles 6 and 9 of the Regulation, corporate or individual applicants for the leniency program can be given time to submit the information and evidence mentioned above and complete their applications. This 'marker system' brought with the Regulation, is not restricted with the immunity applications unlike the EU Notice, and is also valid for reduction of fines applications. Furthermore, the applicants are only required to submit information concerning affected products, the duration of the cartel and the names of the parties to the cartel whereas in the EU Notice, additional information such as the geographical market affected by the cartel and possible competition authorities applied or are planned to apply are also required.

Another difference between the EU Notice and the Turkish Leniency Regulation in terms of procedural issues is that the 'hypothetical application' possibility has not been clearly stated in the Turkish system on the contrary to the EU Notice'¹⁵⁸.

The 'oral statements' procedure which is a new concept in the EU leniency system brought with the 2006 Notice is also recognized in the Turkish Leniency Regulation with the statement that 'The application and request for time to prepare information and evidence, if any, shall be made by the representative of the undertaking in writing. However, the information mentioned in subparagraph (a) of paragraph one may be submitted orally'¹⁵⁹.

¹⁵⁷ ÖNDER N.T. (2009), "Turkey: Turkish Competition Authority Published Regulation On Immunity From Fines And Reduction Of Fines In Cartel Cases On 15 February 2009", <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=74918>, Date Accessed: 05.07.2010.

¹⁵⁸ However, it should be noted that, there is also not any provision in the Turkish Leniency Regulation that hinders the hypothetical application possibility. As stated by Kekevi, the difference between Turkish and EU system on hypothetical application possibility can be arisen from the fact that, in the Turkish system, 'information and evidence the quality of which must enable the Commission either to carry out a targeted inspection or to find an infringement of article 81 EC in connection with the alleged cartel' are not envisaged as a condition for leniency application on the contrary to the EU system and therefore, there is no need for the possible leniency applicants to present their documents to the Authority just to make them be evaluated within the framework of these conditions. (Kekevi 2009, p.103).

¹⁵⁹ Leniency Regulation, articles 6(3) and 9(3).

The EU and Turkish systems also seem similar with regard to the ‘amnesty plus’¹⁶⁰ system. However, unlike the EU Notice, Turkish system does have in fact area of application for amnesty plus. Despite the fact that the Turkish Leniency Regulation does not include this term, it can be seen that Fines Regulation envisages amnesty plus¹⁶¹ by stating that ‘In an ongoing investigation, the fine to be given to an undertaking which cannot benefit from the arrangement for non-imposition of fines under the Active Cooperation Regulation, shall be reduced by one fourth if it presents the information and documents specified under Article 6 of the Active Cooperation Regulation before the Board decides to conduct a preliminary inquiry into another cartel. The provisions of the Active Cooperation Regulation for non-imposition of fines, or reduction in fines to be given, are reserved.’¹⁶² Thus it is possible to state the presence of amnesty plus system in the Turkish system as a difference than that of the EU.

After explaining the general content of the Turkish Leniency Regulation, whether it provides the ‘transparency and predictability’ condition and whether other two prerequisites of a successful leniency program exist in the Turkish competition legislation overall will be analyzed below. By doing this, further differences and/or similarities between the Leniency Regulation and EU 2006 Notice will be presented together with an evaluation with regard to Turkish leniency policy and if it has enough positive ingredients for the Turkish antitrust enforcement policy that can compensate any possible negative outcomes.

6.1.1. Concerning Transparency and Predictability

As stated by the experts of the TCA who served in the preparation process, Turkish Leniency Regulation is mostly based on the EU Leniency Notice and Model Leniency Program accordingly. However the effort to make the Turkish Leniency Regulation more transparent and predictable compared to EU Notice is noticeable. There are some significant differences in the Regulation so as to make the conditions of receiving immunity and reduction in fines more clear and consistent.

According to the provisions of the Regulation setting the conditions for corporate and individual immunity, the fulfillment of the requirements stated in Article 6 and 9¹⁶³, before the Board decides to carry out a preliminary inquiry, is

¹⁶⁰ ‘This is a system by which an applicant for leniency in respect of one cartel is further rewarded if it reveals another cartel in the course of the proceedings.’ - Jones and Sufrin, p.1249.

¹⁶¹ Kekevi 2009, p.110.

¹⁶² Fines Regulation, article 7(2).

¹⁶³ See p.40 above.

sufficient for the TCB to grant immunity which means an automatic immunity for the applicants meeting these requirements. In the EU Leniency Notice, however, it is stated that ‘Immunity... will not be granted if, at the time of the submission, the Commission had already sufficient evidence to adopt a decision to carry out an inspection in connection with the alleged cartel or had already carried out such an inspection’¹⁶⁴. Moreover, the EU Leniency Notice requires information and evidences to enable the Commission to ‘carry out a targeted inspection’¹⁶⁵, while the Turkish Leniency Regulation only requires the information/ evidences stated in Article 6 and 9. Therefore, it is possible to say that the Turkish regulation tries to make the conditions for getting immunity much more transparent and predictable for the applicants and thus attract more applications.

Despite the fact that for the immunity applications submitted after the preliminary inquiry decisions, the Board will grant immunity if it does not have sufficient evidence at the time of the submission¹⁶⁶ and thus it has some sort of discretionary power for these cases, it is not as wide as the discretionary power of the Commission given by the EU Leniency Notice¹⁶⁷. Because the condition of providing ‘contemporaneous, incriminating evidence of the alleged cartel which would enable the Commission to find an infringement’¹⁶⁸ does not exist in the Turkish Leniency Regulation which is expected to make the Turkish regulation more predictable for the applicants.

Another difference of the Turkish Leniency Regulation that aims at bringing much more transparency is seen in the conditions with regard to the requirements for receiving reduction in fines. The requirement of bringing ‘significant added value’ with the evidences presented to the Commission to get reduction in fines¹⁶⁹ is not required in the relevant articles of the Turkish Leniency Regulation¹⁷⁰. Therefore, on the condition that the applicant submits the evidence and information envisaged in Article 6 and 9, the reduction of fines will be automatically granted as per to the Turkish Regulation, which is again an enhancing factor to increase transparency with the aim of inducing more applicants.

Despite these differences that can be supported on the ground that more transparency is being aimed with the Turkish Regulation compared to EU

¹⁶⁴ Commission’s Leniency Notice, article 10.

¹⁶⁵ Commission’s Leniency Notice, article 8(a).

¹⁶⁶ Leniency Regulation, articles 4(2) and 7(2).

¹⁶⁷ Kekevi 2009, p. 86.

¹⁶⁸ Commission’s Leniency Notice, article 11.

¹⁶⁹ Commission’s Leniency Notice, article 24.

¹⁷⁰ Leniency Regulation, articles 5 and 8.

Notice, the same criticisms brought to the EU Notice with regard to the ‘discretionary marker system’¹⁷¹ may be reiterated for the Turkish Regulation as well; because, just as the EU Notice, Turkish Regulation also brings a discretionary system for the marker applications¹⁷² and this can create a legal ambiguity for the possible leniency applicants¹⁷³.

Another criticism can be asserted on the ground that there is no clear arrangement in the Regulation so as to protect corporate statements from discovery in civil litigation, unlike the EU Leniency Notice and that this can decrease the attractiveness of the program as the applicants will not be able to be sure on whether their statements will be kept confidential or not.¹⁷⁴ However, there is an article in the Regulation stating that ‘information that can be used as evident may be analyzed by the ones who are under investigation within the premises of the Authority after the notification of the investigation report’¹⁷⁵, which means that if the sufferer of the cartel activity opens a file for compensation and requires from the defendants the documents presented within the leniency program, there will not be any documents (unless the Court demands it from the Authority) since all the documents related to the leniency applications shall be kept in the structure of the Authority¹⁷⁶. Thus, despite the fact that there is not a clear statement about the protection of statements just like in the EU Notice, there is still a layout in the Regulation providing the same consequence.

Beside the abovementioned article, the provision in the Regulation envisaging an interpretation ‘in favor of whistle blowers in case of ambiguities or gaps’ is an important setting in terms of providing confidence for the possible applicants by guaranteeing that, the provisions of the Regulation will not impair the conditions of the applicants compared to undertakings that did not apply for the program¹⁷⁷. Together with this significant provision, it can be expected that the issues such as hypothetical application or confidentiality of corporate statements that do not exist in the Regulation will be dealt with by the Board on a case-by-case basis.

¹⁷¹ See p.32 above.

¹⁷² Leniency Regulation, article 9(2)- “The assigned unit may give time to managers and employees for submitting information and evidence mentioned in subparagraph (a) of paragraph one and completing their application.”

¹⁷³ See p.32 above.

¹⁷⁴ Somay 2010.

¹⁷⁵ Leniency Regulation article 6(3) and 9(3).

¹⁷⁶ Kekevi 2009, p.105.

¹⁷⁷ Leniency Regulation, general preamble 4.

6.1.2. Concerning Threat of High Sanctions and Fear of Detection

The threat of high sanction is an indispensable component of a successful leniency policy as already mentioned above. Before all else, the existence of a clear and detailed fining regime envisaging high levels for the antitrust violations makes the cartel members to be aware of the cost they will meet in case of detection. Therefore, cartels formed on the basis of a cost-benefit analyses can be deterred from cartel formation when they know that the fines they will face will be higher than the benefit they can get from the cartel, thus applying for leniency program can be a better choice¹⁷⁸.

On this basis, depending on the authority given to the TCA by article 27 of the Competition Act, the TCA introduced the ‘Regulation on Fines to Apply in Cases of Agreements, Concerted Practices and Decisions Limiting Competition’ (‘Fines Regulation’) on February 15, 2009 together with the Leniency Regulation, thus presented a policy choice in the fighting against cartels.

The Fines Regulation can be seen as an important step in the ongoing process of integrating Turkish Competition Law with that of EU as well as it is a refining amendment in the previous fining applications, which failed to meet the applications of high sanctions in a clear and consistent way. Because, TCB had previously given decisions criticized on the ground that the fines imposed for different violations were inappropriate and far away from being transparent and objective¹⁷⁹.

The introducing of the Fine Regulation aims at providing specific and general deterrence against cartels in the meaning that administrative fines envisaged for the cartel members have a sufficiently deterrent effect in terms of fining them with high sanctions and that other undertakings will be deterred from engaging in or continuing cartel membership¹⁸⁰. In order to realize this purpose, Fines Regulation tried to envisage stricter fines ‘in a transparent,

¹⁷⁸ ARI H.M. and E. AYGÜN (2009), “Regulation on Fines Adopted by Turkish Competition Authority: Footsteps of the New Era”, *Competition Journal*, Vol.10, No. 4, p.14.

¹⁷⁹ For example the TCB had generally issued fines of 1-3% of turnover to undertakings violating competition legislation (despite the 10% threshold) in the past and imposed relatively low fines on long-term cartel cases just as in the Decision dated 14.10.2005 and No 05-68/958-259. In this decision, the maximum amount of fine imposed on the undertakings party to the cartel in iron-steel sector was only 1,5 per thousand of their turnover, despite the fact that this cartel existed for a long time (10 years) and caused serious damages.

¹⁸⁰ Fines Regulation, general preamble 4.

objective, consistent and impartial way¹⁸¹ compared to past applications of the TCA.

In order to realize this purpose, the Fines Regulation adopted a two-step fine application procedure in line with the EU Fining Guidelines. Pursuant to this approach the fines will be set through the determination of the basic fine in the first step and then adjustment of it for aggravating and mitigating factors¹⁸². In any way, there is a cap for the fines determined as the 10% of the last fiscal year's turnover of the relevant undertaking¹⁸³.

The percentage of the base fine for cartels will be between 2 and 4% of the annual gross revenues of the undertakings or associations of undertakings generated at the end of the fiscal year, or if it is not possible to calculate, at the end of the fiscal year closest to the date of the final decision¹⁸⁴.

This base fine can be increased depending on the duration of the violation¹⁸⁵ and the existence of aggravating circumstances such as the repetition of the same or similar infringement after the Board's decision; continuation of the cartel upon the notification of the investigation decision; failure to assist during the investigations; taking the coercer position; and non-compliance with commitments made to eliminate the infringement¹⁸⁶. The fine can also be decreased if there are mitigating factors such as cooperation, voluntary compensation to aggrieved parties, incentive by public authorities or coercion by other companies concerning the violation, ceasing other violations and the amount of the turnover obtained from activities which are the subject to the violation¹⁸⁷.

Despite the fact that bid-rigging in public tenders, which is also a cartel type, is a criminal offence as per to the Turkish Penal Code and is subject to criminal sanctions accordingly, in Turkish competition law system there are not any other individual criminal sanctions for cartels just like in the EU system which can be criticized on the abovementioned grounds¹⁸⁸. However, there are administrative fines envisaged for individuals in the Fines Regulation, which creates a positive difference compared with EU system. According to Article 8 of the Regulation, when an undertaking is imposed fine for a violation, the

¹⁸¹ Fines Regulation, general preamble 4.

¹⁸² Fines Regulation, article 4(1).

¹⁸³ Fines Regulation, article 4(2).

¹⁸⁴ Fines Regulation, article 5.

¹⁸⁵ Fines Regulation, article 5(3).

¹⁸⁶ Fines Regulation, article 6.

¹⁸⁷ Fines Regulation, article 7.

¹⁸⁸ See p.35 above.

directors/employees that had a decisive effect on the violation will be subjected to fines the minimum amount of which is 3% of the fine imposed on the undertaking. The Regulation also provides certain reductions for these persons and also, the fine which is determined depending on the fine of undertaking shall not exceed 5%.

Moving on to the efficiency of TCB in the detection and prosecution of cartels, it can be said that, the TCB is conferred very wide examination and investigation powers. The power to conduct dawn raids, to examine books and other records in that context, take copies, ask for written and oral explanations and carry out on the spot investigations are some of these powers of the Board. Moreover, the Board can request any information from public institutions, private companies and undertakings. The refusal to cooperate with the Board experts or objection of investigation on the premises can be fined¹⁸⁹.

However, as explained in the following part, there are some considerations with regard to both the effective applicability of new Leniency Regulation and the activities of the TCB in general.

Therefore, a general evaluation considering possible positive and negative sides and effects of the new leniency policy in its entirety will be presented below together with the considerations asserted by the enforcers of the Regulation.

6.2. Evaluation

The leniency policy adopted with the Leniency and Fines Regulations is a relatively new concept for the Turkish competition law. Therefore, whether this policy will be successful in the fighting against cartels in Turkey can be evaluated only after a certain period of application and according to the judicial review of these applications in the courts.

However, some prior evaluations can still be made with regard to the possibility of the successful application of the leniency program in Turkey. While doing such an evaluation, the existence of the prerequisites of a successful program will be analyzed more critically in the light of the abovementioned theoretical basis of the Regulations and by taking into account the benefits and challenges of the leniency programs in general.

¹⁸⁹ ÖZ, G. and Z. ÇAKMAK, “Turkey Pakistan to Venezuela Anti-Cartel Enforcement Worldwide, <<http://www.cakmak.gen.tr/pdf/antitrust.pdf>, Date Accessed: 01.08.2010, p.1194.

As stated above, the Turkish Leniency Regulation aims at a more clear and transparent leniency program and thus includes a lower evidentiary threshold compared to EU Leniency program. The fulfillment of the requirements envisaged in the Articles 6 and 9 is seen sufficient for being eligible to get immunity or fine reductions. Most of the additional requirements envisaged in the EU Leniency program with regard to granting immunity or fine reduction do not exist in the Turkish leniency program¹⁹⁰.

It would not be wrong to say that, according to the logic behind the Turkish Leniency Regulation, what matters is to receive as much leniency applications as possible and the presentation of the information stated in Articles 6 and 9 of the Regulation are enough in terms of getting the confessions of the violators and thus disclosing the unknown cartels. Moreover as stated by Kekevi¹⁹¹, a TCA expert, during the application of the Regulation it is crucial to always take into account the principle of ‘interpretation in favor of the applicants’¹⁹². This principle may also mean that, even if the Board has enough information and evidences to disclose a cartel, an applicant can still be granted immunity unless it is a very late phase of the investigation.

In my opinion, however, such a lower evidentiary threshold can have perverse effects in the success of the leniency program. As stated above¹⁹³, leniency programs intrinsically have ‘penalty reducing effect’ which means that, the expected cost of the misbehavior gets lower when there is a leniency program in a system and this can induce collusion. Moreover, the fact that the applicant will not be punished severely or not be punished at all although it did take place in the same violation with the other cartel members can be criticized on justice considerations. However, as mentioned above, the benefits that the consumers get by the detection and conviction of an undetected cartel outweighs the benefit of this consumer from the conviction of the undertaking applying for the leniency program. The Turkish Leniency Program, however, may damage this balance, which should be in favor of the consumers, if ‘the principle of interpretation in favor of applicants’ is applied in a strict way. It should be borne in mind that, the purpose of the leniency program is to detect and deter cartels.

¹⁹⁰ For example in contrast to the EU program, there is no need for the applicant to present evidence to enable the Board to carry out targeted inspection for receiving immunity before the preliminary inquiry, or no need for ‘contemporaneous, incriminating evidence’ regarding the alleged cartel to get immunity depending on an application submitted after the preliminary inquiry; there is also no need for the applicants to present evidence having ‘significant added value’ in order to get fine reduction.

¹⁹¹ Kekevi 2009, p.95.

¹⁹² Leniency Regulation, general preamble 4.

¹⁹³ See p.14 above.

In the event that every kind of application is seen valuable and given immunity even if the Board has enough awareness about the related cartel, the deterrent effect of the leniency program may diminish and also it may lead to the riskiness of the using of leniency programs as a ‘strategic tool’ by the cartel members. Besides, this may hinder one of the expected benefits from the leniency program, which is the providing of ‘higher level of information’¹⁹⁴. This is because cartel members, who feel comfortable knowing that their leniency applications will be awarded somehow even if they do not present qualified evidence, will not be pushed to keep such evidences.

Moreover, considering the social and cultural background in Turkey, it is possible to say that undertakings and especially directors/employees can be reluctant to make a leniency application. Under such a circumstance, if the principle of interpretation in favor of the applicants is widely used and therefore provides high amount of reductions for the second or subsequent applicants, then the possible applicants may choose not to be the ‘informant’ with the confidence that they will be granted high amount of fine reduction anyway.

Therefore, although it is acceptable to apply a more generous program for the first years of the Regulation in order to increase the awareness in the public, the risks that such an application can bring should not be ignored. A limited period for a more lenient program may be declared by the Board in order to attract much more applicants in the short term; but then a more stricter application should be envisaged both to prevent penalty reducing effect and thus the perception of the leniency program as an award by the applicants and to push the cartel members to keep more qualified evidences thus increase the distrust between them. Anyway, as stated above¹⁹⁵, the success of the Turkish Leniency Program will also depend on its publicization; therefore it is important to have an actively working ‘frequently asked questions’ part within the structure of Competition Board web site, conferences should be arranged by the TCA experts, brochures, presentation movies and such kinds of advertising activities should be held by the TCA in order to provide the awareness of the related bodies.

With regard to Fines Regulation on the other hand, it can be said that ‘threat of high sanctions’ has mostly been realized with the new settings. Especially considering the past applications of the Board, the new Regulation is a very significant step for the deterring effect of fines against cartel formations.

¹⁹⁴ See p.9 above.

¹⁹⁵ See p.23 above.

As explained by Ari, another TCA expert, in the past, cartels were subjected to very low fines compared to other antitrust violations. For example, in the Karbogaz file¹⁹⁶, which was about an abuse of the dominant position, the undertaking was fined with 3% whereas in Demir-celik file¹⁹⁷ which was about a cartel lasted for a very long time, the undertakings were subjected to fines between the minimum amount and 0.5%

Considering such past examples, which were against the general application in the world that imposes higher fines for cartels, the new Regulation envisaging fine at minimum 2% of the annual gross revenues of the undertaking¹⁹⁸, is an important development both in the fighting against cartels and in the ongoing process of integration with the EU.

Beside such higher fines envisaged for the undertakings, the new Regulation also includes fines for directors and employees who have a decisive effect in the violation which is a positive step in terms of increasing the deterrent effect for the individuals who took part in a cartel formation and creating a race between the individuals and the undertaking for being the first in applying for leniency.

The fine scale, which is between 3% and 5% of the fine given to the undertaking, is also at satisfactory levels. In the Beyaz Et file¹⁹⁹, which is the first sample of individual fining in Turkish competition law²⁰⁰, the director of the undertaking, who was identified as having decisive effect in the violation, was fined with 3% of the fine given to the undertaking. Thus, the first signals regarding strict application of the new regulation for the executives have been given with this decision.

Moving on to the ‘fear of detection’, that is a further precondition for a successful leniency program, given the facts that the Board has extensive investigation powers stated above and it realizes cartel investigations in nearly all kind of sectors and examinations in lots of fields, it can be possible to say that there is an efficient competition authority in Turkey. In the 2009 Progress Report²⁰¹, the European Commission used positive statements about the

¹⁹⁶ Competition Board Decision, No. 02-49/634-257, dated 23.08.2002 (Karbogaz File).

¹⁹⁷ Competition Board Decision, No. 05-68/958-259, dated 14.10.2005 (Demir-celik File).

¹⁹⁸ Fines Regulation, article 5.

¹⁹⁹ Competition Board Decision, No. 09-57/1393-362, dated 25.11.2009 (Beyaz Et File)

²⁰⁰ TURKISH COMPETITION AUTHORITY (2009), “11th Annual Report”,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/faaliyetraporu/falrap23.pdf>,

Date Accessed: 01.08.2010.

²⁰¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT (2009), “Turkey 2009 Progress Report”, COM (2009) 533, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/tr_rapport_2009_en.pdf, Date Accessed: 02.08.2010.

operations of TCA and found the administrative and operational independency of the authority satisfactory.

Moreover, as stated above, the fear of detection that can be created through an effective competition authority also necessitates a good reputation and high level of cartel detection records²⁰². Amnesty plus mechanism is a way to achieve such efficiency and this mechanism also takes part in the Fines Regulation although it is not included directly in the Leniency Regulation. According to Article 7 of the Fines Regulation: 'In an ongoing investigation, the fine to be given to an undertaking which cannot benefit from the arrangement for non-imposition of fines under the Active Cooperation Regulation, shall be reduced by one fourth if it presents the information and documents specified under Article 6 of the Active Cooperation Regulation before the Board decides to conduct a preliminary inquiry into another cartel.' Therefore, it is possible to say that, together with the introduction of the amnesty program, the TCA will be able to detect potential antitrust violations in other markets by the self-report of the undertakings, which are already under an ongoing investigation.

Finally, it should be noted that, the decisions of the Board are subject to judicial review of the Turkish Council of State and in the past, a big amount of final decisions of the Board was cancelled by the Council of State on the ground of procedural matters²⁰³. Therefore, the procedural rules must be paid attention by the Board in the future practices for the prevention of such cancellations and an increased efficiency of the Board.

7. CONCLUSION

Leniency programs are one of the greatest investigative tools in fighting against cartels, which are hard to detect due to their secret characteristics and limited resources that the competition authorities have.

Leniency programs designed to detect and deter cartels by providing the cooperation of the cartel members and/or their executives in exchange of information about the cartel formation, have both benefits and some challengeable intrinsic features. These programs may cause the authorities to provide higher and more qualified evidence about the secret cartels directly by the insider informants and thus reduce the prosecution costs of the competition authorities and provide the detection and deterrence of the cartels. However, the

²⁰² See p.21 above.

²⁰³ 'From 1999 to 2004, about 45% of all 744 final decisions have been challenged before the council of state. Almost all of these decisions were cancelled by the council of State on procedural grounds.' - Oz and Cakmak.

penalty reducing effect, the possibility of the use of these programs as a strategic tool by the cartel members and some political considerations can be presented against the leniency programs. Yet, such challenges can be offset by a well designed program.

The success of the leniency programs in its entirety does not only depend on the leniency regulations but also greatly depend on the fining policy, efficiency of the competition authority as a deterrent factor and a clear and predictable set of rules with regard to leniency and fining applications.

EU leniency program, that can be given as a successful example of leniency application has achieved heavier sanction and efficient competition authority conditions; however there are serious criticisms in the literature and enforcers side with regard to the transparency of the rules enabling leniency applicants to receive immunity or fine reduction.

Turkish leniency program, recently adopted mostly depending on its EU counterpart, includes differences compared to EU Leniency Notice as the Turkish Regulation envisages provisions aiming at much more predictability and application that the applicants can benefit most. Fining Regulation adopted simultaneously with the Leniency Regulation brings high amount of sanctions both for cartel member firms and their executives having decisive effect on the cartel and thus takes a step towards an efficient Turkish leniency policy. Moreover, the effective Turkish Competition Authority, despite its deficiencies in applying procedural rules properly, is another important leg of this aim.

However, I believe that, there are some provisions in the Leniency Regulation which may cause it to be assumed as too flexible by the cartel members; thus may affect the leniency program in a negative way. If such provisions are applied in such a way that they are always interpreted in favor of the applicants and if this application lasts for a long time, the risks of using the leniency program as a strategic tool by the cartel members through benefiting from its penalty reducing effect can arise and in the end, this may affect the success of the Turkish leniency program in a negative way.

BIBLIOGRAPHY

ARI, H.M. and E. AYGÜN (2009), "Regulation on Fines Adopted by Turkish Competition Authority: Footsteps of the New Era", *Competition Journal*, Vol.10, No. 4, pp. 7-73.

AUBERT, C., REY, P. and W.E. KOVACIC (2006), "The Impact of Leniency and Whistle-blowing Programs on Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, pp. 1241-1266.

AZEVEDO, J. P. (2003), "Crime and Punishment in the Fight Against Cartels: The Gathering Storm", *European Competition Law Review*, 24(8), pp.400-407.

BILLIET, P. (2009), "How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability", *European Competition Law Review*, 30(1), pp.14-21.

BLOOM, M. (2006), "Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges", *EUI-RSCAS/EU Competition 2006 - Proceedings*, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2006, *EU Competition Law and Policy Workshop Proceedings*, [http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Bloom.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Bloom.pdf), Date Accessed: 15.07.2010, pp.1-22.

BRENNER, S. (2009), "An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27, pp. 639-645.

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT (2009), "Turkey 2009 Progress Report", COM (2009) 533, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/tr_rapport_2009_en.pdf, Date Accessed: 02.08.2010.

ELLIS, C. and W. WILSON (2002), "Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger," Manuscript, University of Oregon.

EVENETT, S.J., M.C. LEVENSTEIN, and V.Y. SUSLOW (2001), "International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s", http://scholarworks.umass.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=econ_workingpaper, Date Accessed: 07.07.2010, pp.1221-1245.

FIGHTING CARTELS: BRAZIL'S LENIENCY PROGRAM (2009), 3rd. ed., Secretariat of Economic Law, Antitrust Division Council for Economic Defense

Ministry of Justice, Brazil , <http://www.oecd.org/dataoecd/52/22/43619651.pdf>,
Date Accessed: 05.02.2011

FLETCHER, D. J. (2005), “The Lure of Leniency: Maximizing Cartel Deterrence in Light of *La Roche v. Empagran* and the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol.15, pp.341-362.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, “Response dated 27 October 2006 to Commission of the European Communities DG Competition, Consultation on the Draft Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases Published on 29 September 2006”,
http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/files_leniency_consultation/fbd.pdf, Date Accessed: 01.08.2010, pp.1-11.

FRIEDERISZICK, H. W. and F.P. MAIER RIGAUD (2007), “The Role of Economics in Cartel Detection in Europe”,
http://www.esmt.org/fm/312/Role_of_Economics_in_Cartel_Detection_in_Europe.pdf, Date Accessed: 03.07.2010, pp.1-20.

GRASSO, R. (2008), “The EU Leniency Program and US Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?”, *Michigan Journal of international law*, Vol.29:565, pp.565-605.

GREEN, J. and I. McCALL (2009), “Leniency and civil claims: Should leniency programmes extend to private actions?”, *Competition Law Insight*,
http://www.europe-economics.com/publications/2009cli_1.pdf,
Date Accessed: 05.02.2011)

GRIFFIN, J.M. and K.R. SULLIVAN (2008), “Recent Developments in Leniency Policy and Practices in Canada, the European Union and the US”, Paper presented at the ABA “Advanced International Cartel Workshop in San Francisco.

GURKAYNAK, G. (2009), “Turkey: A New Era In Turkish Antitrust Enforcement: Leniency Program And Regulation On Fine Calculation”,
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=74588>,
Date Accessed: 05.07.2010

HAMMOND, S. D. (2009), “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels: Cornerstones of an Effective Leniency Program”, Paper presented at the Seventh Meeting of the Latin American Competition Forum, Session I, Santiago, Chile,
<http://www.oecd.org/dataoecd/31/7/43547530.pdf>, Date Accessed: 10.07.2010.

HARRINGTON, J. E. Jr. (2008), "Optimal Corporate Leniency Programs", *Journal of Industrial Economics*, Vol. 56, issue 2, pp.215-246.

INCARDONA, R. (2007), "International and European Business and Competition Law, the Fight Against Hard-core Cartels and the New EU Leniency Notice", *The European Legal Forum*, Issue 1/2, pp.39-42.

ICN (2009), "Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy Subgroup 2: Enforcement Techniques", *Anti-Cartel Enforcement Manual Chapter 2*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>, Date Accessed: 04.07.2010, pp.1-20.

ICN (2010), "Cartel Case Initiation Subgroup 2: Enforcement Techniques", *Anti-Cartel enforcement Manual Chapter 4*, http://www.icn-istanbul.org/Upload/Materials/Cartel/CartelWG_CH4%20CartelCaseInitiation.pdf, Date Accessed: 04.07.2010.

JONES, A. and B. SUFRIN (2008), "EC Competition Law", 3rd edition, Oxford University Press, New York.

KEKEVI, G.H. (2008), 'Pismanlik Programlari: Muharebeyi Kaybetmek, Savasi Kazanmak', *Rekabet Dergisi*, Sayi.34, s.3-51.

KEKEVI, G.,H. (2009), "Pişmanlık Yönetmeliği: Garp Cephesinde Yeni Bir şey Var", *Rekabet Dergisi*, Sayi.10, No.4, s. 73-117.

KROES, N. (2006), "Enforcement of Prohibition of Cartels in Europe", *European Competition Law Annual*, [http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Kroes.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Kroes.pdf), Date Accessed: 15.07.2010.

LEVER, Q.C (2009), "Whether and if so How, the EC Commission's 2006 Guidelines on Setting Fines for Infringements of Articles 81 and 82 of the EC are Fairly Subject to Serious Criticism", *BDI Law and Public Procurement*.

LEVY, N., and R. O'DONOGHUE (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age", *World Competition*, Vol. 27, issue 1, pp. 75-99.

LINKLATERS (2006), "Response to the European Commission's Draft Leniency Notice", http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/files_leniency_consultation/linklaters.pdf, Date Accessed: 01.08.2010, pp.1-12.

MONTI, M. (2001), "Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?" in *Fighting cartels-why and how?*, Swedish Competition Authority, Konkurrensverket, , pp. 14-22.

MORGAN, E. J. (2009), “Controlling Cartels - Implications of the EU Policy Reforms”, *European Management Journal*, Volume 27, Issue 1, pp. 1-12.

MOTCHENKOVA, E. (2004), “Effects of Leniency Programs on Cartel Stability”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617224, Date Accessed: 15.07.2010.

MOTTA, M. (2008), “On Cartel Deterrence and Fines in the European Union”, *European Competition Law Review*, 29(4), pp.209-220.

MOTTA, M., and M. POLO (2003), “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21, pp. 347-379.

OECD (2002), *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>, Date Accessed: 10.07.2010, pp.1-107.

ÖNDER, N.T. (2009), “Turkey: Turkish Competition Authority Published Regulation On Immunity From Fines And Reduction Of Fines In Cartel Cases On 15 February 2009”, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=74918>, Date Accessed: 05.07.2010.

ÖZ, G. and Z. ÇAKMAK, “Turkey Pakistan to Venezuela Anti-Cartel Enforcement Worldwide”, <http://www.cakmak.gen.tr/pdf/antitrust.pdf>, Date Accessed: 01.08.2010, pp.1184-1207.

RILEY, A. (2010), “The modernisation of EU Anti-cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?”, *European Competition Law Review*, Vol.31(5), pp.191-207.

SOMAY, M. (2010), “Recent Developments in Turkish Competition Law: Bridging the Gap to Europe?”, *The European Antitrust Review*, <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/19/sections/69/chapters/779/turkey/>, Date Accessed: 17.07.2010.

SPAGNOLO, G. (2006), ‘Leniency and Whistleblowers in Antitrust’, CEPR Discussion Paper, No.5794, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936400, Date Accessed: 15.07.2010.

STEPHAN, A. (2008), “An empirical assessment of the European Leniency Notice”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol.5 (3), pp.537-561.

TURKISH COMPETITION AUTHORITY (2009), “11th Annual Report”, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/faaliyetraporu/falrap23.pdf>, Date Accessed: 01.08.2010.

WILS, W.P.J. (2005), 'Principles of European Antitrust Enforcement', Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, pp.139-150.

WILS, W.P.J. (2006), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, Vol. 29, issue 2, pp.183-208.

WILS, W.P.J. (2007), "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice", *World Competition*, Vol. 30, issue 1, pp. 25-64.

WILS, W.P.J.(2009), 'The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages', *World Competition*, Vol. 32, issue 1, pp. 3-26.

ZINGALES, N. (2008), "European and American Leniency Programme: Two Models Towards Convergence?" *Competition Law Review*, Vol.5, No.1, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1101803, Date Accessed: 17.07.2010, pp.1-73.

COMPETITION BOARD DECISIONS

- Competition Board Decision, No. 02-49/634-257, Dated 23.08.2002 (Karbogaz File)
- Competition Board Decision, No. 05-68/958-259, Dated 14.10.2005 (Demir-Celik File)
- Competition Board Decision, No 07-68/838-309, Dated 23.08.2007 (Konya Surucu Kurslari File)
- Competition Board Decision, No.07-62/761-263, Dated 26.07.2007 (Konya Surucu Kurslari II File)
- Competition Board Decision, No. 09-57/1393-362, Dated 25.11.2009 (Beyaz Et File)
- Competition Board Decision, No.08-26/283-91, Dated 27.03.2008 (Trafik Sinyalizasyon File)

**UNCTAD MODEL REKABET KANUNU VE
MUHTEMEL BİR ULUSLARARASI
REKABET ANLAŞMASINA ULAŞILMASINDAKİ ROLÜ**

*UNCTAD MODEL LAW ON COMPETITION AND ITS ROLE IN A
POSSIBLE INTERNATIONAL COMPETITION AGREEMENT*

Talat KAYA*

Öz

Son 20 yıl içerisinde rekabetin korunmasına ilişkin kanun çıkaran ülke sayısında belirgin bir artış gözlemlenmektedir. Çoğunlukla gelişmekte olan bu ülkeler rekabet kanunlarını hazırlarken ABD ve Avrupa Birliği gibi gelişmiş ülke veya toplulukların tecrübelerinden yararlanmaktadır. Rekabet kanunu çıkaran veya mevcut kanunlarını değiştiren ülkelerin dikkate aldıkları diğer bir kaynak ise UNCTAD gibi uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan Model Rekabet Kanunlarıdır. UNCTAD Model Kanunu gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin tecrübeleri dikkate alınarak esnek yapıda hazırlanmıştır. Model Kanundan yararlanmak isteyen ülkeler, kanunu diledikleri değişiklikleri yaparak kullanma olanağına sahiptirler.

Model Kanunun rekabetin korunması konusundaki yaklaşımını ise, kanunda yer verilen amaç, kapsam, tanımlamalar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmalar konusundaki düzenlemeleri yansıtmaktadır. Kanunun rekabetin korunmasına ilişkin yaklaşımının incelenmesi sırasında, birçok ülke rekabet kanununa mehz teşkil eden ABD ve AB gibi gelişmiş ülke mevzuatları yanında, Türkiye ve yeri geldiğinde diğer gelişme yolundaki ülkelerin rekabet düzenlemelerinin göz önüne alınması konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

Model Kanunun üye ülkeler tarafından benimsenmesi ve kanun yapma sürecinde kullanılması, üye ülkelerin mevzuatlarını yakınlaştıracaktır. Rekabet mevzuatı yakın olan ülkelerin ise uluslararası alanda gerçekleştirilecek müzakerelerde, pozisyonlarını birbirine yaklaştırmaları ve nihayetinde uluslararası bir rekabet anlaşması üzerinde uzlaşmaları kolay olabilecektir.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora öğrencisi kayatalat@gmail.com. Bu makaleyi titizlikle gözden geçiren Prof Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU ile makalenin değerlendirme aşamasında katkılarını sunan isimlerini bilmediğim Hakemlere teşekkür ederim.

Anahtar Kelimeler: UNCTAD, Model Rekabet Kanunu, Uluslararası Rekabet Anlaşması, Rekabet Anlaşması Müzakereleri, Rekabetin Korunması.

Abstract

Increasing number of countries has enacted competition laws over the past 20 years. In preparing their own laws, these countries, most of which are developing countries, benefit from the experiences of countries and communities such as United States and the European Union. The other source that the countries take into account in issuing or changing competition laws is the model competition laws, prepared by the international organizations like UNCTAD. UNCTAD Model Law has been prepared in a flexible structure, by taking into consideration of the experiences of the developed and developing countries. Countries, who wish to benefit from the Model Law, have the possibility to use it by making the changes as they wish.

Articles with regard to objective, scope, definitions, restrictive agreements, abuse of dominant position, mergers and acquisitions reflect the general approach of the Model law on the protection of competition. Taking into consideration developed countries' legislations, such as the US's and EU's, which serve as a source to many countries' competition laws, as well as the Turkish and other developing countries' competition regulations, would help to understand the general approach of the Model law on the protection of competition.

Adoption or the use Model law by the member countries during the law-making process, will make member countries legislations closer. Member countries, which own close competition legislations, would easily bring the positions closer to each other during the negotiations in international arena and ultimately may easily compromise on an international competition agreement.

Keywords: UNCTAD, Model Law on Competition, International Competition Agreement, Competition Agreement Negotiations, Protection of Competition.

GİRİŞ

Son 20 yıl içerisinde rekabetin korunmasına ilişkin yasa çıkaran ülke sayısında belirgin bir artış gözlemlenmektedir¹. Çoğunlukla gelişmekte olan bu ülkeler

¹ NICHOLSON, M. W (2008), An Antitrust Law Index For Empirical Analysis Of International Competition Policy, *Journal Of Competition Law And Economics*, s. 1009; LEE, C. (2004) Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared, Centre for Regulation and Competition International Conference, <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/southafrica04/lee.pdf>, son erişim tarihi 28.07.2010 s. 1; FOX, E. (1997a), Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, s. 128.

rekabet yasalarını hazırlarken Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Japonya, Almanya ve Avrupa Birliği (AB) gibi daha gelişmiş ülke veya toplulukların tecrübelerinden yararlanmaktadır. Bu kapsamda, örneğin, Türkiye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu (bu aşamadan sonra “Türk Rekabet Kanunu” olarak anılacaktır.) sevk ederken büyük ölçüde AB’nin rekabete ilişkin düzenlemelerini esas almıştır².

Rekabet yasası çıkararak veya mevcut yasalarını değiştiren ülkelerin dikkate aldıkları diğer bir kaynak ise Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD-Organisation for Economic Co-operation and Development), Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD-United Nations Conference on Trade and Development) gibi uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan metinlerdir. Uluslararası kuruluşlarca hazırlanan bu metinlerin başında ‘Model Rekabet Kanunları’ gelmektedir. Bu çerçevede, Dünya Bankası ve OECD tarafından 1999 yılında, bir model kanun³ hazırlanmış iken, bu çalışmanın da konusunu oluşturan UNCTAD Model Kanunu’nun son hali 2007 yılında yayımlanmıştır⁴.

UNCTAD Model Kanunu, genel olarak tüm rekabet düzenlemelerinde yer verilen amaç, kapsam, tanımlamalar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar ile rekabet otoritelerinin kuruluş ve çalışma usullerine ilişkin hükümler içermektedir. Kanun hazırlanırken gelişmiş ülkeler yanında gelişme yolundaki ülkelerin tecrübelerinden de yararlanılmış, bir anlamda bir sentez oluşturulmaya çalışılmıştır. Nitekim, Model Kanunun ilk bölümünde Rekabet Kanunlarında bulunması gereken esasa ilişkin hükümler yer almıştır. İkinci bölümünde ise, ilk bölümde yer verilen maddelerin yorumları, çeşitli ülkelerin rekabet kanunlarında var olan alternatif yaklaşımlara yer verilerek yapılmıştır. Bu

² ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, s.32-33; AŞÇIOĞLU ÖZ G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayın No 51, Ankara, s. 34; GÜVEN P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, s.75-76; T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) (2007), *Dokuzuncu Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, s. 8; TIRYAKIOĞLU, B. (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İtilafları*, Ankara, s. 16; 1/95 sayılı Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi Kararı (Gümrük Birliği Kararı), <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/AB/ABKurumsalDb/1-95.pdf>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010, m.37.

³ THE WORLD BANK and OECD (1999), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, (Dünya Bankası/OECD Model Kanunu) http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1.00.html, Washington, D.C., Paris, Son Erişim Tarihi 29.09.2009.

⁴ UNCTAD (2007), *Model Law on Competition*, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, United Nations Publication, New York and Geneva, (Model Kanun) http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf, Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

çerçeve, Model Kanunun çeşitli ülkelerin rekabete ilişkin düzenlemeleri ile benzerlikleri yanında farklılıkları da bulunmaktadır.

Bu çalışmada, Model Kanunun rekabetin korunması konusunda benimsediği yaklaşım ile Kanunun çok taraflı bir uluslararası rekabet anlaşmasına ulaşılmadaki rolü incelenecektir. İnceleme temel olarak üç kısım altında yapılacaktır. İlk kısımda UNCTAD ve Model Kanuna ilişkin genel bir açıklamada bulunulacaktır. İkinci kısımda Kanunun rekabetin korunması konusundaki yaklaşımı ele alınacaktır. Bu çerçevede, öncelikle Kanunun amacı, kapsamı ve bazı tanımlara değinilecek, sonrasında ise Kanunun rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmaya ilişkin hükümleri ele alınacaktır. İkinci kısımda yapılacak incelemede, bahsi geçen hükümler belli başlı hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak irdelenecektir. Bu kapsamda, özellikle birçok ülke rekabet kanununa mehzaz teşkil eden ABD ve AB mevzuatı göz önüne alınacaktır. Bu bölümde, ayrıca ülkemiz ile yeri geldiğinde diğer gelişmekte olan ülkelerin düzenlemelerine de değinilecektir.

Çalışmanın üçüncü kısmında ise; uluslararası alanda rekabet konusunda işbirliği ve anlaşma çalışmalarının tarihsel gelişimi, bu tür çalışmaların hangi kuruluşlar altında ve nasıl yürütüldüğü açıklanarak, uluslararası rekabet anlaşması yapılması önündeki engeller ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, Model Kanun'un uluslararası bir rekabet anlaşmasına ulaşılması yolunda ne gibi işlevler görebileceği açıklanacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise genel bir toparlama yapılarak, Model Kanunun uluslararası alanda kabul edilebilir ve referans bir metin haline gelmesi halinde, uluslararası rekabet anlaşmasına ulaşılması için gerekli zeminin hazırlanması noktasındaki rolüne vurgu yapılacaktır.

1. GENEL OLARAK UNCTAD VE MODEL KANUNU

UNCTAD gelişmekte olan ülkelere iktisadi büyümeyi ve kalkınmayı hızlandırmak amacıyla 1964 yılında Birleşmiş Milletlerin ticaret, yatırım ve kalkınma konuları ile sorumlu organı olarak kurulmuştur. Bu tarihten itibaren UNCTAD barış, büyüme ve karşılıklı yarar temeline dayalı bir uluslararası ticari ve ekonomik düzenin kurulmasını sağlamaya çalışmaktadır. Hâlihazırda 193 ülkenin üye olduğu UNCTAD'ın Cenevre'de faaliyet gösteren bir de daimi Genel Sekreterliği bulunmaktadır⁵.

UNCTAD'ın rekabet hukuku ve politikası alanındaki çalışmaları, daha çok gelişmekte olan ülkelere ve geçiş ülkelerine rekabet kurallarını kabul etme

⁵ Bkz: www.unctad.org.

ve uygulama çalışmalarında yardımcı olma amacını taşımaktadır⁶. Bu kapsamda UNCTAD, talep eden ülkelere teknik destek sunmakta ve bu ülkelerin bu konularda kapasitelerini artırmalarına yardımcı olmaya çalışmaktadır.

UNCTAD'ın uluslararası düzeyde rekabet metni oluşturma çabaları ise, BM Genel Kurulu tarafından 1980 yılında kabul edilen ve "Set" olarak anılan "Kısıtlayıcı Ticari Uygulamaların Kontrolü ve Çok Taraflı Adil Ticari Kurallar Belgesi" ile başlamaktadır⁷. Bağlayıcı niteliği olmayan Belge ile uluslararası ticarete devlet engellerinin Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) ile azaltılması sonrasında, şirketler tarafından uygulanan özel kısıtlayıcı ticari uygulamaların bertaraf edilmesi amaçlanmıştır.⁸ Belgenin kabul edilmesi sonrasında ise belgenin üye ülkeler tarafından uygulanışını izlemek üzere UNCTAD bünyesinde Kısıtlayıcı Ticari Faaliyetler Hakkındaki Hükümetlerarası Uzmanlar Grubu kurulmuştur. Söz konusu grubun ismi 1997 yılında Rekabet Hukuku ve Politikaları Uzmanlar Grubu olarak değiştirilmiştir⁹.

Rekabet Hukuku ve Politikaları Uzmanlar Grubunun en önemli işlevlerinden bir tanesi, UNCTAD Sekretaryasına Rekabet Hukukuna ilişkin Model Kanunun hazırlanması ve üye ülkelerden gelen görüşler çerçevesinde güncellenmesi görevini vermesidir. Bu doğrultuda, Uzmanlar Grubu 2006 yılında yaptığı 7. dönem toplantısında UNCTAD Sekretaryasına, son olarak 2004 yılında yayımlanmış olan Model Kanunun gözden geçirilmesi ve güncellenmesi talimatını vermiştir. Bu talimat doğrultusunda, UNCTAD Sekretaryası tarafından hazırlanan Model Kanunun son hali 2007 yılında yayımlanmıştır¹⁰.

Model Kanunla UNCTAD henüz rekabet mevzuatını oluşturmamış ülkelere farklı model ve çözümleri içeren hazır bir metin sunmaktadır. Üye ülkeler kendi rekabet kanunlarını hazırlarken bağlayıcı niteliği olmayan bu

⁶ UNCTAD'ın rekabet hukuku ve politikası konusundaki çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2239&lang=1>, Son Erişim Tarihi: 20.10.2010.

⁷ UNCTAD (2000), The United Nations Set Of Principles And Rules On Competition, TD/RBP/CONF/10/Rev.2, Geneva, <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>, Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

⁸ UNCTAD (2000), s. 9; EZRACHI, A. (2004), The Role of Voluntary Frameworks In Multinational Cooperation Over Merger Control, *George Washington International Law Review*, No:36, s. 446.

⁹ UNCTAD (1998), Report of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy on its first session, TD/B/COM.2/13 , TD/B/COM.2/CLP/5, Geneva, http://www.unctad.org/en/docs/c2_clp98d5.pdf, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010, s. 4.

¹⁰ Bkz yukarıda dipnot 5.

kanundan istedikleri ölçüde yararlanabilmekte ve bu haliyle Kanun rekabet kurallarını hayata geçirmek isteyen ülkeler için rehber niteliği taşımaktadır¹¹.

Model Kanun 2 bölüm ve 13 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümde kanun metni yer alırken, ikinci bölüm kanun maddelerinin detaylı analizine ve açıklamalarına ayrılmıştır. Kanunun amacı, kapsamı ve bazı kavramlarının tanımları ilk iki maddede düzenlenmiştir. Kanunun esası denilebilecek rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalara ilişkin hükümlere üçüncü ve altıncı maddeler arasında yer verilmiştir. Yedinci maddede rekabet otoritelerinin diğer düzenleyici otoritelerle ilişkisi düzenlenmiş iken, sekizinci madde de Kanunun tüketicinin korunması ile ilişkisi düzenlenmiştir. Kanunun son beş maddesinde ise Rekabet otoritesinin kuruluş, görev ve inceleme araştırmalarında uygulayacağı usuller ile cezalara ilişkin hükümler ele alınmıştır.

2. MODEL KANUNUN REKABET HUKUKUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

2.1. Amaç

Model Kanunun ilk maddesinde kanunun amacı belirtilmiştir. Buna göre Kanun; ulusal veya uluslararası ticareti veyahut ekonomik kalkınmayı olumsuz yönde etkileyecek şekilde, pazara girişi engelleyen ya da haksız bir şekilde sınırlayan, teşebbüsler arasındaki kısıtlayıcı anlaşma ve düzenlemeler ile hakim durumdaki pazar gücünün ve/veya kötüye kullanılmasının, kontrolünü yada ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır¹². Madde rekabetin korunması ya da geliştirilmesine ilişkin bir ibareye yer vermek yerine bu amaca yönelik olarak yapılması gereken işlemlere vurgu yapmaktadır. Bununla birlikte, Kanunun madde açıklamalarına ilişkin ikinci bölümünde, üye ülkelerin Rekabet Kanunlarını hazırlarken amaç kısmında rekabetin kontrolü ve geliştirilmesi yanında, sermayenin tek elde toplanmasının önlenmesi, sosyal refahın artırılması, tüketicin korunması gibi spesifik amaçlara yer verebilecekleri belirtilmiştir¹³.

¹¹ KARAKOÇ, O. (2003), *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşması Süreci ve Uluslararası Örgütler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 36.

¹² Maddenin orjinal hali şu şekildedir:

“ Chapter I

Objectives or purpose of the Law

To control or eliminate restrictive agreements or arrangements among enterprises, or acquisition and/or abuse of dominant positions of market power, which limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, adversely affecting domestic and international trade or economic development.”

¹³ Model Kanun, s. 13.

Nitekim rekabetin korunması amacı yanında, Hindistan Rekabet Kanununda tüketicilerin korunması ve pazardaki ticaret serbestisinin sağlanması amaçlarına vurgu yapılmışken, Macaristan Rekabet Kanununda ekonomik etkinlik ve sosyal gelişimin sağlanması amaçlarına yer verilmiştir.¹⁴

Rekabet kurallarının amacı konusundaki ABD yaklaşımı ise Model Kanunda yer verilen amaç hükmü ile yakınlaşmaktadır. Her ne kadar, ABD’de rekabet mevzuatını oluşturan temel kanunlarda¹⁵ rekabet kurallarının amacını düzenleyen bir hüküm bulunmasa da, Amerikan Yüksek Mahkemesi 1958 tarihinde *Northern Pacific Railway Co. v. United States* davasında vermiş olduğu kararında rekabet kurallarının amacını şu şekilde açıklamıştır: “Sherman Kanunu, serbest ve kısıtlanmamış rekabeti ticaretin bir kuralı olarak korumayı amaçlayan, ekonomik özgürlüğün kapsamlı bir belgesi olarak oluşturulmuştur. Kanun, sınırlanmamış rekabet güçlerinin karşılıklı etkileşiminin, ekonomik kaynaklarımızın en iyi şekilde dağıtılmasına, en düşük fiyata, en yüksek kaliteye ve en büyük maddi gelişmeye yol açacaktır. Bunu yaparken, bir yandan da demokratik, politik ve sosyal kurumlarımızın en iyi şekilde korunacağı bir çevre oluşturacaktır. Kanunun temelinde yatan politika, hiç tartışmasız bir şekilde rekabettir”¹⁶. Bu kapsamda ABD’deki rekabet (antitröst) hukuku uygulamasının temel amacı ekonomik anlamda etkinliğin, diğer bir anlatımla rekabetinin kendisinin korumasıdır¹⁷.

AB’de rekabeti düzenleyen Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın (bu aşamadan sonra AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma olarak anılacaktır.) 101 ve 102. maddelerine (Eski Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81 ve 82. maddeleri) bakıldığında ise amaca ilişkin bir ifadenin bulunmadığı görülmektedir¹⁸. Bununla birlikte, AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 3. maddesinde ortak pazarda rekabetin bozulmadığı bir sistemin

¹⁴ Model Kanun, s. 13; The Competition Act, 2002 No. 12 of 2003, as amended by the Competition (Amendment) Act, 2007 (Indian Competition Act), http://www.cci.gov.in/images/media/competition_act/act2002.pdf?phpMyAdmin=QuqXb-8V2yTtoq617iR6-k2VA8d, son erişim tarihi 25.08.2010 s.1; The Competition Act (Act LVII of 1996), last amendment 1 April 2010, (Hungarian Competition Act), <http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/129678A2868BD0C90.pdf>, Son Erişim Tarihi: 25.08.2010, s. Preamble.

¹⁵ Amerika Birleşik Devletleri’nde rekabet kurallarını düzenleyen üç temel kanun bulunmaktadır. Bunlar: 1890 yılında kabul edilen Sherman Yasası, ile 1914 yılında kabul edilen Clayton ve Federal Ticaret Komisyonu Yasalarıdır. <http://www.law.cornell.edu/uscode>, Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

¹⁶ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US 1 (1958) çeviri için bkz ASLAN, Y. (1999), Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, s, 71.

¹⁷ Aslan 1999, s, 87.

¹⁸ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of The European Union, Official Journal of the European Union C 115/49 9.5.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:EN:PDF>, Son Erişim Tarihi: 28.07.2010.

kurulmasının ekonomik faaliyetlerin uyumlu, dengeli ve istikrarlı bir şekilde sürdürülmesi ve yüksek seviyede rekabetçiliğin sağlanması açısından önemli bir araç teşkil ettiği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın gerek 3. maddesi gerekse 101 ve 102. maddelerinde ortak vurgu ortak pazarın kurulması olgusudur. Diğer bir ifade ile AB'deki uygulamanın esas amacı rekabeti korumanın ötesinde tek pazarın kurulması ve işlemesidir¹⁹.

Rekabet kurallarının amacı konusunda Türkiye uygulamasına bakıldığında ise Rekabet Kanununun²⁰ 1. maddesinde amacın şu şekilde ifade edildiği görülmektedir: “Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır”. Maddede her ne kadar rekabetin korunması kelimesi geçmekte ise de, esas vurgu, rekabetin kurulmasına ve korunmasına yönelik olarak kullanılacak araçlara yapılmıştır. Bu bakımdan, Türk Rekabet Kanununun amaca ilişkin 1. madde hükmü, UNCTAD Model Kanununun 1. maddesinde yer alan ifade ile paralellik arz etmektedir.

2.2. Kapsam ve Tanımlamalar

Rekabet kanunlarının kapsamı, kanunun kişi ve konu bakımından uygulanacağı alanın belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Yine, kanunun uygulama alanı belirlenirken kullanılan kavramlarının ne anlama geldiğinin de kanunun bizatihi kendisi tarafından belirlenmesi, uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından önem taşır.

Model Kanun 2/II maddesine göre kanun;

- (a) tüm teşebbüslerin ticari nitelikteki anlaşma ve eylemleri ile mal, hizmet ve fikri mülkiyete ilişkin tüm işlemleri,
- (b) sahip, yönetici veya teşebbüs personeli sıfatıyla çalışan tüm gerçek kişilerin, kişisel kapasiteleri ile rekabetin kısıtlanmasına yönelik yardım, işbirliği ve direktifleri bakımından uygulanacak, buna mukabil;
- (c) devletlerin veya yerel hükümetlerin egemenlik haklarından kaynaklanan eylem ve işlemleri ile teşebbüs ve gerçek kişilerin devlet veya yerel

¹⁹ Tiryakioğlu 1997, s. 18 ve 78; WEATHERILL, S. (2005) *Cases and Materials on EU Law*, 7th Edition, Oxford University Press, s. 503-504.

²⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Resmi Gazete (RG) Tarih: 13/12/1994 Sayı: 22140.

hükümetler ile bunların organlarının zorlaması ya da yönlendirmesi ile yapmış oldukları eylemler bakımından uygulanmayacaktır²¹.

Model Kanun, uygulama alanı bakımından AB ve Türkiye uygulamasında da yer verilen teşebbüs (işletme) kavramını temel almıştır. Buna göre, kanun, tüm teşebbüslerin ticarî nitelikteki anlaşma ve eylemleri ile mal, hizmet ve fikrî mülkiyete ilişkin tüm işlemleri bakımından uygulanacaktır. Teşebbüs ise, Kanunun 2/I (a) maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Teşebbüs; özel kişi ya da devlet tarafından kurulması ve kontrol edilmesine bakılmaksızın şubeleri, bağlı ortaklıkları, girişimleri ve doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri her türlü kuruluşu kapsayacak şekilde ticari faaliyette bulunan firma, ortaklık, şirket, kurum ve diğer her türlü tüzel kişi anlamına gelmektedir”. Model Kanun, teşebbüs kavramının saptanmasında temel olarak teşebbüsün ticari faaliyette bulunmasını esas almıştır. Ancak, teşebbüs kavramını AB ve Türkiye uygulamasından farklı olarak tüzel kişiler ile sınırlamıştır. Oysa AB uygulamasına bakıldığında, teşebbüs kavramının, yasal statüsüne bakılmaksızın ekonomik aktiviteye katılan tüm gerçek ve tüzel tüm kişileri kapsadığı görülmektedir.²² Bu kapsamda, AB uygulamasına göre sanatçılar, doktorlar, avukatlar ve mimarlar AB’nin İşleyişine Dair Anlaşmanın 101 ve 102. maddeleri uyarınca teşebbüs olarak kabul edilmektedir.²³ AB uygulaması esas alınarak sevk edilen Türk Rekabet Kanununun 3. maddesinde teşebbüs kavramı tanımının gerçek kişileri de kapsadığı açık olarak vurgulanmıştır.

Model Kanun, teşebbüs kavramını tüzel kişiler ile sınırlamış olsa da, kanunun gerçek kişiler bakımından da uygulanacağını tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtmiştir. Kanunun 2/II (b) maddesinin gerçek kişilerin ticari nitelikte olan, diğer bir ifade ile gerçek kişilerin şahıs şirketi yada tacir olarak teşebbüs sıfatıyla giriştiği eylem ve işlemlere uygulanacağı açıktır. Bununla birlikte, hükmün gerçek kişilerin teşebbüs sıfatıyla girişmediği eylem ve işlemler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususu açık olarak düzenlenmemiştir. Model Kanunun gerçek kişilerin teşebbüs sıfatıyla girişmediği eylem ve işlemler bakımından uygulanacağını kabulü, Kanunun bir şirket ile şirketin yöneticisi gerçek bir kişi arasında yapılan hizmet sözleşmesine de uygulanacağı anlamına gelmektedir ki; bu tür bir hukuki analiz, Kanunun ilk maddesinde öngörülen amaca hizmet etmeyeceği gibi, kanun uygulama alanını

²¹ Model Kanun, m. 2/II.

²² Case C-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851, para 33-36; Güven 2008, s. 83-84; KORAH V., (2006) *Cases and Materials on EU Competition Law*, Third Edition, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, s. 3.

²³ Güven 2008, s. 84-85; KACZOROWSKA, A. (2008), *European Union Law*, Routledge-Cavendish Publishing, London and New York, s. 733.

da gereksiz olarak genişletecektir. Bu şekilde genişletici bir yorumun söz konusu olamayacağı maddenin açıklama kısmında da ifade edilmiştir²⁴.

Diğer yandan, Model Kanunun devlet ve devlet yönlendirmesi ile hareket eden teşebbüs ve gerçek kişilerin eylem ve işlemlerini kanun kapsamı dışında tutması bilinçli bir seçimi yansıtmaktadır. Adından da anlaşıldığı üzere UNCTAD Birleşmiş Milletlerin ticaret ve kalkınma ile sorumlu kuruluşudur ve üyelerinin çoğu gelişmekte olan ülkelerdir. Bazı gelişmekte olan ülkeler ise ekonomik kalkınma stratejilerinin bir parçası olarak devletin ekonomiye önemli ölçüde müdahalesini tercih etmektedir. Model Kanunun devlet ya da devlet yönlendirmesi ile hareket eden teşebbüslerin eylem ve işlemlerini kapsam dışında bırakmak yolu ile Kanunun devlet müdahalesini benimseyen ülkelere de kabulünü amaçladığını düşünmekteyiz. Bununla beraber, Kanunun söz konusu istisna hükmünün uygulanabilmesi için işlem ve eylemin devletin egemenlik hakkından kaynaklanması gerekmektedir. Bu nedenle, devletin ticari nitelikteki eylem ve işlemlerinin Kanunun kapsamında değerlendirilmesi ya da en azından kapsam dışında bırakılan eylem ve işlemler bakımından ilgili eylem ve işlemi yapan devlet birimi ile rekabet otoritesi arasında birtakım danışma mekanizmaların kurulması yerinde olacaktır²⁵.

Model Kanuna benzer şekilde, ABD’de federal devlete ait ve devlet tarafından işletilen kuruluşların eylem ve işlemleri rekabet kuralları kapsamı dışında bırakılmıştır²⁶. Bu doğrultuda, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından yakın zamanda verilen bir kararda söz konusu istisnanın Birleşik Devletler Posta İdaresini de kapsadığı belirtilmiştir²⁷. Federe devletler ve yerel yönetimlerin eylem ve işlemleri ise Yüksek Mahkeme tarafından oluşturulan devlet işlemi doktrini (*state action doctrine*) çerçevesinde rekabet kanunları dışında kalabilmektedir.²⁸

²⁴ Model Kanun, s. 19.

²⁵ Lee 2004, s. 7.

²⁶ OECD (2004), United States-Report on Competition Law and Institutions, <http://www.oecd.org/dataoecd/11/53/34427452.pdf>, Son Erişim Tarihi: 18.07.201, Paris, s. 13.

²⁷ *Postal Service V. Flamingo Industries (Usa) Ltd.* (02-1290) 540 U.S. 736 (2004).

²⁸ Devlet işlemi doktrini, ABD’nin federal yapısı dikkate alınarak 1929 büyük ekonomik buhranı sonrasında federe devletler tarafından desteklenen kartellerin oluşturulmasına yönelik olarak yapılan rekabete aykırı düzenlemelere izin vermektedir. Söz konusu doktrin özellikle ulaştırma, sağlık, hastane, perakende dağıtım, işyeri ve konut kiralari gibi alanlarda federe devletlere ait işletmeleri kapsamaktadır. Bununla birlikte, bahis konusu alanlarda düzenleme yapan federe devletin, düzenleme çerçevesinde, yapılan rekabete aykırı işlem ve eylemlere izin verdiğini basit olarak açıklaması yeterli değildir. Tam tersine, federe devlet, yaptığı düzenlemede rekabete aykırı eylem ve işlemi gerektiren kamu menfaatini ve düzenleme kapsamındaki eylemlerin kendinin gözetimi ve denetimi altında olduğunu açık olarak ortaya koymalıdır. Öte yandan, rekabete aykırı federe devlet düzenlemelerinin aynı faaliyet kolundaki özel teşebbüslerce sıkça şikayet edildiğinin

Devlete ait eylem ve işlemlerin rekabet kuralları kapsamı dışında tutulması konusunda benzer bir uygulama AB’de de geçerlidir. AB’de devletin egemenlik haklarından kaynaklanan işlemlerinin rekabet kuralları kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir²⁹. Ayrıca, AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 106/2 maddesinde (Eski Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 86/2. maddesi) “genel ekonomik menfaate ilişkin hizmetleri yürütmekle görevlendirilmiş veya malî tekel niteliği taşıyan teşebbüsler de bu Anlaşma kurallarına, özellikle de rekabet ile ilgili olanlara, uymakla yükümlüdür; şu kadar ki bu kuralların uygulanması, bu teşebbüslere verilen görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellememelidir. Ticaretin gelişmesi, Topluluğun çıkarlarına ters düşecek derecede etkilenmemelidir” denilerek genel ekonomik menfaate ilişkin hizmetleri yürütmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin, kendilerine verilen görevlerin rekabet kurallarından sapmayı zorunlu kılması halinde, bu kurallardan sapmalarına olanak tanınmaktadır.

Türkiye uygulaması da AB uygulamasına paralellik arz etmektedir. Genel olarak devletin egemenlik gücüne dayanarak yaptığı zorlayıcı işlemler devlet işlemi olarak kabul edilmekte ve bu tür işlemlerin Türk Rekabet Kanunu kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir³⁰. Ayrıca, rekabet kanununda yer verilen teşebbüs kavramı özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren kamu işletmelerini de kapsamakla beraber, devlet, çıkarmış olduğu kanun, kararname ve diğer tasarruflarla işletmenin pazar davranışını hiçbir serbestlik bırakmayacak şekilde belirliorsa, söz konusu kamu işletmesi tarafından yapılan işlem rekabet kanunu kapsamında değerlendirilmeyecektir³¹. Diğer yandan, Türkiye her ne kadar AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 106/2. maddesine uygun bir düzenlemede bulunmamışsa da Danıştay, Rekabet Kurumu tarafından BELKO bakımından açılan soruşturma ile ilgili verdiği kararında AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 106/2. maddesini dikkate almıştır. Danıştay; rekabet kurallarına tâbi kamu teşebbüslerinin, ancak üstlendikleri faaliyetin rekabet kurallarının uygulanması halinde sürdürülemez hale geldiği durumlarda rekabet kurallarının uygulanmasından ayırık tutulabileceğini ifade etmiştir³².

Netice itibarıyla, Model Kanunun devlet işlemlerini kanun kapsamı dışında bırakması, küresel ölçekte rekabet düzenlemelerini etkileyen ABD ve AB rekabet düzenlemeleri ile paralellik arz etmektedir. Diğer yandan, gerek

belirtmesinde fayda bulunmaktadır. Devlet işlemi doktrini konusunda daha fazla bilgi için bkz. OECD 2004, s 11-14.

²⁹ OECD (2005), Competition Law and Policy in the European Union

<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, Son Erişim Tarihi: 18.07.2010, s. 17.

³⁰ Aslan 2007, s. 77-79; Güven 2008 s.114-115.

³¹ Aslan 2007, s. 77-80; Güven 2008 s.116-120.

³² Danıştay 10. Daire Esas No:2001/4817 Karar No: 2003/4770.

ABD gerek AB uygulamasında tarım, savunma sanayi ve ulaştırma gibi rekabet kuralları dışında bırakılan sektörlere Model Kanunda kapsam dışında bırakılmamıştır. Model Kanunun herhangi bir sektörü kapsam dışında bırakmayan bu yaklaşım tarzı mantıklıdır. Zira Kanunun ihtiyarî olması ve UNCTAD'a üye 193 ülkenin kendi ihtiyaçları doğrutusunda Model Kanununda gerekli uyarılama ve değişiklikleri yapma yetkilerinin kabulü, kanunun bir takım sektörleri dışarıda bırakmasını anlamsız kılar. Böylelikle, üye ülkeler Model Kanunu temel alarak yapacakları rekabet düzenlemelerinde, kendi ihtiyaçları doğrutusunda bir takım sektörleri rekabet kuralları kapsamı dışında bırakabileceklerdir. Bu çerçevede, kapsam dışında bırakılan sektörler haricinde, üye ülke rekabet kurallarının yakınlaşması sağlanacak ve daha da önemlisi uygulamada paralellik yakalanabilecektir. Nihaî olarak ise, küresel ölçekte zorunlu bir rekabet anlaşmasının yapılması kolaylaşacaktır.

Rekabet kanunlarının uygulanmasında, kanunun kişi ve konu bakımından kapsamının belirlenmesi kadar, belirlenen kapsam içerisinde rekabetin sınırlandığı alanın tespiti de hayatî önemi haizdir. Bu alan "ilgili pazar" kavramı ile ifade edilmektedir. Model Kanunun 2/I (d). maddesinde ilgili pazar kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "İlgili pazar" alıcı ve satıcıların ürünlerini değiştikleri genel koşullara işaret eder ve ürüne ilişkin rekabetin potansiyel olarak sınırlandırabileceği alıcı ve satıcı gruplarını belirleyerek, sınırın nasıl tanımlanacağını gösterir. Bu durum, belirli bir ürün grubu için alıcı ve satıcıların fiyat ve çıktıyı belirlemek amacıyla etkileşimde buldukları ürün ve coğrafi pazar sınırlarının belirlenmesini gerektirir. Bu pazar, kısıtlama ve fiyatların önemsiz sayılmayacak bir miktarda artması halinde, tüketicilerin kısa dönemde yönelebileceği ikame ürün, hizmet ve yakındaki ürün ve hizmet sağlayıcılarını kapsamlıdır"³³.

Model Kanunun "ilgili pazar" kavramı ile ilgili olarak yaptığı tanımlama, ABD Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından 1992 yılında yayımlanan Yatay Birleşmeler Rehberine dayanmaktadır³⁴. Bahis konusu rehber ile getirilen tanımlama Model Kanun yanında, rekabet kurallarını benimseyen ülkeler tarafından da genel kabul görmüş bir tanımlamadır³⁵. Ancak hemen belirtmek gerekir ki ilgili pazar kavramı söz konusu rehberin

³³ Model Kanun m. 2/I (d), s. 3.

³⁴ United States Department of Justice/Federal Trade Commission (1992), Horizontal Merger Guidelines, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>, s. 4-8.

Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

³⁵ Model Kanun, s. 16; AB Rekabet Hukuku'nda da ilgili pazar kavramı benzer bir biçimde tanımlanmıştır. Bu konuda bkz. Commission of the European Communities (1997), Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of the Community Competition Law, OJ C 372/5.

yayımlanmasından çok önce de ABD uygulamasında kullanılan bir kavramdır. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1949 yılında *Standard Oil Co. vs. United States* davasında verdiği kararında, ilgili pazar, rekabet kısıtlaması ile karşı karşıya kalan firmanın da faaliyet gösterdiği etkin rekabet alanı olarak belirtilmiştir.³⁶

İlgili pazar kavramı esas itibariyle, rekabet kısıtlaması ile karşı karşıya kalan firma bakımından rekabet kısıtlamasının var olup olmadığına ilişkin analizin yapılacağı çerçeveyi oluşturmaktadır. Söz konusu analizin yapılması bakımından ise; ilgili pazar tanımının iki temel alt bileşeni olan "ilgili ürün" ve "ilgili coğrafi pazar"ın belirlenmesi önem arz etmektedir.

İlgili ürün pazarının tanımlanması incelemeye konu firmalar tarafından üretilen ürünü yakın olarak ikame edebilecek ürünlerin belirlenmesi çabasıdır. Pratik açıdan ilgili ürün pazarı; ele alınan ürünlerin birbirini ikame edebilirliği ve talebin çapraz esnekliği testlerinin uygulanması suretiyle belirlenmektedir. İlk test, ürünlerin teknik özellikleri ile tüketici tercih ve alışkanlıklarının göz önüne alınmasını gerektirmektedir. Talebin çapraz esnekliği bakımından ise fiyat en önemli faktördür. Bu bakımdan rekabet halindeki ürünlerden birinin fiyatındaki değişimin diğer ürüne yönelik talebi ne ölçüde artırdığının incelenmesi gereklidir. Herhangi bir ürünün fiyatındaki küçük bir artışın diğer bir ürüne yönelik talebi ciddi ölçüde artırması iki ürün arasındaki çapraz esnekliğin yüksek olduğunu gösterir. Sonuç olarak, iki ürün arasında ikame edilebilirlik ve çapraz esneklik yüksek ise, bu ürünlerin rekabet kurallarının uygulaması bakımdan aynı ürün pazarını oluşturduğu kabul edilmektedir.³⁷

İlgili pazarının ikinci alt bileşeni olan ilgili coğrafi pazar ise en basit tanımı ile ele alınan ürün ya da hizmet bakımından alıcı ve satıcıların faaliyet gösterdikleri bölge olarak ifade edilebilir. Bu bakımdan ilgili coğrafi pazar, küçük bir şehir olabileceği gibi küresel bir pazar da olabilir. İlgili coğrafi pazarın tanımlanması sırasında da pek çok faktör dikkate alınmaktadır. AB'nde örneğin, görelî fiyat değişimlerine diğer ekonomik operatörlerin tepkisi, talebin sosyo-kültürel özellikleri, ulaştırma gibi pazara giriş engellerinin varlığı ya da yokluğu, talebe yönelik trend gibi hususlar ilgili coğrafi pazarın tanımlanmasında göz önüne alınan faktörlerdir.³⁸ AB uygulaması bakımından yine hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi uyarınca hâkim durumun ortak pazarın tamamı ya da onun bir bölümünde olması aranmaktadır. Benzer şekilde, Türk Rekabet

³⁶ *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949), footnote 5.

³⁷ Aslan 2007, s. 118.

³⁸ Güven 2008, s. 298; Model Kanun, s. 17.

Kanununda Türkiye'nin tamamı ya da bir bölümü ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilmektedir.³⁹

İlgili coğrafi pazarın belirlenmesi konusunda AB ve Türkiye uygulamasına benzer bir yaklaşımın Model Kanun tarafından da benimsendiği görülmektedir. Nitekim Model Kanuna göre ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde; incelenen bölgelerdeki mal ve hizmetin özellikleri, pazara giriş engellerinin varlığı, tüketici tercih ve alışkanlıkları, mal ve hizmet fiyatları bakımından hissedilir derecede bir farklılığın olup olmadığı gibi faktörler göz önüne alınmaktadır.⁴⁰

Netice itibarıyla, ilgili pazar kavramı ile ilgili olarak Model Kanun tarafından geliştirilen yaklaşımın, ABD, AB ve ülkemizin bahis konusu kavrama yönelik yaklaşımı ile örtüşüğünü söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

2.3. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma ve Uyumlu Eylemler

Teşebbüsler arasındaki anlaşmalar temel olarak yatay veya dikey olmak üzere iki şekildedir. Yatay anlaşmalar üretim ve dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüsler arasında yapılmakta iken, dikey anlaşmalar üretim ve dağıtım zincirinin farklı aşamalarında bulunan firmalar arasında yapılan anlaşmalardır.⁴¹ Bu kapsamda, örneğin, aynı sektörde faaliyet gösteren üreticiler arasında yapılan bir anlaşma yatay bir anlaşma iken, o sektördeki bir üretici ve toptancı arasında yapılan anlaşma dikey bir anlaşmadır. Benzer şekilde, aynı sektördeki toptancılar arasında yapılan anlaşma yatay anlaşma iken toptancı ve perakendeci arasında yapılan bir anlaşma dikey anlaşmadır. Genel olarak yatay anlaşmaların dikey anlaşmalara göre, rekabeti daha olumsuz etkilediği kabul edilmektedir.⁴²

Model Kanununun kısıtlayıcı anlaşmalar ve kararlar başlıklı 3. maddesi yatay ve dikey anlaşma şeklinde bir ayrıma gitmemiş, rakip ya da potansiyel olarak rakip olabilecek firmalar arasında yazılı, sözlü, resmî yada gayrî resmî olarak yapılan hangi tür anlaşmaların yasak olduğunu sınırlayıcı olmamak üzere sayma yoluna gitmiştir. 3. maddeye göre;

³⁹ Güven 2008, s. 299.

⁴⁰ Model Kanun, s. 18.

⁴¹ Aslan 2007, s. 247-248; Aşçıoğlu Öz 2000, s. 59-60; YAVUZ Ş. (2003), *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per se" veya "Rule of reason"*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, Bölüm 1.1.

⁴² Güven 2008, s. 135; Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-106 Karar Sayısı: 08-50/722-282, 14.8.2008; Aşçıoğlu Öz, s. 60; KOÇ, A. (2005), *Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 4-5; ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, Giriş Bölümü.

- (a) uluslararası ticaret de dahil olmak üzere fiyat ya da diğer satış koşullarının tespitine,
- (b) ihalelerde ortak teklif verilmesine,
- (c) pazar ya da müşteri bölüşümüne,
- (d) kota da dahil olmak üzere, arz veya talebin sınırlanmasına,
- (e) uyumlu alım boykotuna,
- (f) uyumlu satış boykotuna,
- (g) rekabet için önem arz eden düzenleme veya birliklere ulaşımın ortaklaşa reddine ilişkin anlaşmalar yasaktır.

Bununla birlikte, Model Kanun, bahse konu anlaşmaların bizatihi kendilerinin varlığının mı (*per se*) yasaklandığı, yoksa bu tür anlaşmaların makul olup olmama (*rule of reason*) analizine mi tâbi tutulacağı konusunda, bir açıklama içermemektir⁴³. Madde metnine ilişkin açıklama kısmında, söz konusu anlaşmaların rekabeti nasıl kısıtladığı anlatılmakta ve çeşitli ülke uygulamaları yansıtılmaktadır⁴⁴.

Bu kapsamda örneğin Hindistan Rekabet Kanunu, üretim ve dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan firma, kişi ya da firma ya da kişi birlikleri arasında yapılan doğrudan veya dolaylı alım ya da satım fiyatının belirlenmesine, üretim, arz, teknik gelişme, yatırım ve hizmet sunumunun kontrol edilmesi ya da sınırlanmasına, pazar ya da müşteri bölüşümüne, ihalelerde ortak teklif verilmesine ilişkin anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkisini karine olarak kabul etmiştir.⁴⁵ Buna mukabil, üretim ya da dağıtım zincirinin farklı seviyesinde bulunan firma, kişi ya da firma ya da kişi birlikleri arasında yapılan bağlama, tek elden alım anlaşması, tek elden dağıtım anlaşması, anlaşma yapmayı reddetme ve yeniden satış fiyatının belirlenmesine

⁴³ Bir anlaşmanın *per se* olarak yasaklanması demek, bu anlaşmaların taraflarının pazar güçlerinin olmaması ya da anlaşmanın rekabet üzerinde etkisinin olmadığı gibi gerekçeler ile kanuna uygunluğunun savunulamayacağı anlamına gelmektedir. Bir anlaşmanın *Rule of reason* analizine tabi olması ise anlaşmanın net rekabet etkisinin araştırılması anlamına gelmektedir. *Rule of reason* analizi, öncelikle dâvacı tarafın anlaşmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkisini ispatlamasını gerektirmektedir. Dâvacı tarafın böyle bir ispatı yapması halinde ise ispat yükü dâvalı tarafa geçmekte ve dâvalı tarafın rekabet kurallarınca öngörülen yaptırımlardan kurtulabilmesi için yapılan anlaşmanın rekabete olumlu etkisinin olumsuz etkisinden fazla olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki *rule of reason* analizi dâvacı tarafın ilgili pazar, dâvalının pazar gücü gibi hususları ispatlamasını gerektirdiğinden ispat yükü bakımdan dâvacı taraf üzerindeki yük daha fazladır. *Per se* ve *Rule of Reason* kavramları konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz 2003, Bölüm 1.2; Ünlüsoy 2003 Bölüm 2.3.; AKINCI A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara, s. 214-230.

⁴⁴ Model Kanun, s. 22-27.

⁴⁵ Indian Competition Act, 3. Alt Bölüm; Model Kanun, s. 22.

ilişkin anlaşmaların ancak rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin ortaya konması halinde yasaklanabileceğini hükme bağlamıştır⁴⁶.

Konuyla ilgili olarak, ABD uygulamasına bakıldığında, fiyat tespiti, arz ve talebin kontrolü ile pazar ve müşteri paylaşımına ilişkin yatay anlaşmaların *per se* olarak yasaklandığı görülmektedir⁴⁷. Bu husus, ABD Yüksek Mahkemesinin *Northern Pacific Railway Co. v. United States* davasında bazı tür anlaşma ve eylemlerin rekabet üzerindeki yıkıcı etkisinin varlığının çok açık olması nedeniyle, bu tür anlaşma ve eylemlerin kesin bir zarara neden olduğunun ya da iş yaşamı üzerinde olumlu etkisinin araştırılmasına gerek olmadığı şeklinde ifade edilmiştir⁴⁸.

ABD’de *per se* yaklaşımı dışında kalan yatay anlaşmalar ise *rule of reason* analizine tâbidir. Bununla beraber, ABD uygulamasında bazı anlaşmalar bakımından *per se* ve *rule of reason* analizi sınırının nerede başladığı konusunda çizgi bulanıklaşabilmektedir. Nitekim boykot konusunda, Yüksek Mahkeme, *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co* davasında yatay seviyede anlaşma yapmayı reddetme durumlarının tümünün *per se* uygulamasına tabi olmadığına karar vermiştir.⁴⁹ Davaya konu olan olayda bir toptan satın alma kooperatifi üyelerinden birini herhangi bir açıklama ya da bildirimde bulunmaksızın üyelikten çıkarmıştır. Üyelikten atılan firma ise bunun bir grup boykotu olduğunu, etkin rekabeti kısıtladığını ve *per se* olarak yasak olduğunu iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme ise kooperatiflerin genellikle ekonomik etkinliğin artırılması için kurulduklarını ve kooperatifin pazar gücüne sahip olduğu ya da etkin rekabet için gerekli bir unsura ulaşma konusunda münhasır hakkının olduğunun ortaya konmadıkça bir üyenin üyelikten çıkarılması işleminin *rule of reason* analizine tabi olduğuna karar vermiştir.⁵⁰ Buna mukabil Yüksek Mahkeme, *FTC v. Superior Court Trials Lawyers Ass’n*, davasında, grup üyelerinin verdikleri avukatlık hizmeti karşılığında verilecek fiyatın belirlenmesine yönelik grup boykotunun, boykota katılanların pazar gücüne bakılmaksızın *per se* olarak yasak olduğuna karar vermiştir.⁵¹

ABD’de dikey anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin tespiti açısından ise kural olarak *rule of reason* analizi geçerlidir. *Per se* yaklaşımının, sadece üretici ile dağıtıcılar arasında yapılan ve minimum fiyat tespitini öngören

⁴⁶ Indian Competition Act, 3. Alt Bölüm; Model Kanun, s. 23.

⁴⁷ CALKINS, S. (2007), Competition Law in the United States of America, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 07-14*, s. 18; OECD 2004, s. 3.

⁴⁸ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US 1 (1958).

⁴⁹ *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery*, 472 U. S. 284 (1985).

⁵⁰ *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery*, s. 298.

⁵¹ *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association Superior Court Trial Lawyers Association* 493 U.S. 411 (1990).

anlaşmalar bakımından geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵². Diğer yandan, ABD uygulamasında, satıcı konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satımını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlaması olarak tanımlanan bağlama anlaşmaları bakımından *per se* yaklaşımı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, zamanla bu sert tutum ılımlı olma yönünde bir değişim göstermiştir. Bu kapsamda, halen *per se* ihlal kategorisinde yer alan bağlama anlaşmalarının yasaklanmasında mahkemelerce belli koşullar aranmıştır.⁵³ ABD de bunun dışında kalan, örneğin, tek satıcılık, dağıtım gibi dikey anlaşmalar *rule of reason* analizine tâbi tutulmakta ve bunlara çoğunlukla izin verilmektedir.

AB ve Türk hukukundaki uygulama ise, Model Kanun hükümleri ile benzeşmektedir. Nitekim rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemleri düzenleyen AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101. maddesi ve Türk Rekabet Kanununun 4. maddesinde, Model Kanuna benzer şekilde yatay ve dikey anlaşma ayırımına yer verilmemiştir⁵⁴. AB ve Türk rekabet düzenlemelerinde, rekabeti sınırlayıcı olup olmama kriterinden hareketle rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemlere sınırlayıcı olmama üzere örnekler verilmiştir. Ancak; AB ve Türk mevzuatında yatay ve dikey anlaşma ayırımına gidilmemesi bir eksiklik de değildir. Nitekim, dikey kısıtlamalar içeren anlaşmalar da rekabete aykırı olabilirler, ancak bu tür anlaşmalara özellikle ürünün dağıtımında sağlayacağı iyileşmeler ve markalar arası rekabeti artırmaları nedeniyle daha esnek yaklaşmakta ve koşulları sağlamaları halinde muafiyet tanınmaktadır⁵⁵.

Bu kapsamda, yatay veya dikey olmasına bakılmaksızın AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma ve Türk Rekabet Kanununda; mal ve hizmetlerin alım ve satım fiyatları ile her türlü alım ve satım şartlarının tespit edilmesi, mal ve hizmetlerin arz ve talep miktarlarının kontrolü, mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, eşit durumdaki kişilerle yapılan sözleşmelerde farklı şartların uygulanması, bir mal ya da hizmetin diğer bir mal ya da hizmet ile birlikte satın alınmasını zorunlu kılan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları gibi haller rekabeti kısıtladığı gerekçesi ile yasaklanmıştır⁵⁶. Ancak, AB ve ülkemiz uygulamasında, sayılan bu anlaşmaların rekabete aykırılıklarının incelenmesi bakımından aynı yaklaşım tarzı geçerli değildir. Nitekim, ABD uygulamasına benzerlik arz edecek şekilde fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, arz ve

⁵² *State oil Co v. Khan*, 522 U.S 3 (1997); Calkins 2007, s. 22; OECD 2004, s. 3.

⁵³ Ünüsoy 2003, Giriş Bölümü ve Bölüm 2.3.

⁵⁴ Aslan 2007 s. 225; Koç 2005, s. 6.

⁵⁵ Güven 2008, s. 135-137.

⁵⁶ Rekabet Kanunu, m. 4; AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma m. 101/1; DPT 2007, s. 24; Cases-56/64 and 58/64 Establishments *Consen SA and Grunding GmbH v. Commission* (1966) ECR 199, (1966) CMLR 418.

talep miktarının kontrolünü öngören yatay anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları *per se* kuralına yakın bir yaklaşım tarzı ile ele alınmakta ve bu tür anlaşmaların rekabete olumsuz etkisi karine olarak kabul edilmektedir⁵⁷. Bunlar dışında kalan anlaşmalar ise *rule of reason* analizine benzer bir şekilde ele alınarak pazar analizi yapılmakta ve anlaşmanın olumlu ve olumsuz etkileri değerlendirilmektedir.

Diğer yandan, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101/3. maddesi ile Türk Rekabet Kanununun 5. maddesindeki muafiyet hükümleri ve bu hükümlere dayanılarak yapılan düzenlemeler ile bazı özel tür yatay anlaşmalar ve dikey anlaşmalar rekabet kuralları uygulamasından muaf tutulmaktadır. Bu çerçevede, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101/3. maddesi esas alınarak sevk edilen Türk Rekabet Kanununun 5. maddesine göre; Rekabet Kurulu:

- a) malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) tüketicinin bundan yarar sağlanması,
- c) ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d) rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,

hallerinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir.

Ayrıca, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101/3. maddesine dayanılarak, bazı anlaşmalara ilişkin Blok Muafiyet Tüzükleri ile bazı sektörlere muafiyet tanıyan Tüzükler çıkarılmıştır. Bu kapsamda, örneğin, bazı tür dikey anlaşmalara, sigorta sektörü, motorlu taşıtlar, tarım, sigorta, posta hizmetleri, ulaştırma gibi alanlarda muafiyet tanıyan tüzükler çıkarılmıştır⁵⁸.

Benzer şekilde, Türkiye'de Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği⁵⁹, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁶⁰, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki

⁵⁷ OECD 2005, s. 19.

⁵⁸ Muafiyet Tüzükleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>, Son Erişim Tarihi: 01.10.2010

⁵⁹ Rekabet Kurumu, Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği , Tebliğ No: 2008/3, RG Tarih: 01/02/2008 Sayı: 26774.

⁶⁰ Rekabet Kurumu, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2008/2, RG Tarih: 23/01/2008 Sayı: 26765.

Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁶¹, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁶², 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁶³ ile bazı tür anlaşmalar Rekabet Kanununun 4. maddesinin uygulanmasından muaf tutulmuştur.

Esasen, AB ve Türk rekabet hukukunda, bazı tür rekabete aykırı anlaşmalara izin verilmesi ya da bunların rekabet kuralları uygulamasından muaf tutulması Model Kanun hükümleri ile uyumdadır. Şöyle ki; Model Kanunun 3. maddesinin II. paragrafı; I. paragrafta örnekleme yolu ile sayılan rekabete aykırı anlaşmaların önceden bildirilmesi ve anlaşmanın net kamu yararı etkisinin daha fazla olduğunun anlaşılması halinde, rekabet otoritesinin söz konusu anlaşmalara izin ya da muafiyet tanıyabileceğini öngörmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki; Model Kanunun bu hükmü, diğer hükümler gibi çok geneldir ve rekabet otoritelerine geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bununla birlikte, Model Kanunun yaklaşım tarzı doğru olarak değerlendirilmektedir. Zira rekabet kanunlarının uygulamasından bağımsızlık sağlayacak izin ya da muafiyet hükmü ayrıntılı olarak düzenlenmiş olsa idi, hükmün üye ülkeler tarafından kabulü zorlaşacaktı. Oysa esnek düzenleme ile çok çeşitli kalkınmışlık ve ekonomik yapıya sahip devletler bakımından Model Kanunun bu hükmünün referans alınması ve kendi ihtiyaçları doğrultusunda uyarlanması kolaylaştırılmıştır.

2.4. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Model Kanunun 4. maddesi, bir ya da birden fazla teşebbüsün birlikte belli bir mal yada hizmet veyahut belli bir mal ya da hizmet grubuna ilişkin pazardaki hâkim durumunu kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Hâkim durumun kötüye kullanılması ifadesi, belli bir pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün, pazardaki hâkimiyetini devam ettirmek ya da artırmak amacıyla gerçekleştirdiği rekabete aykırı davranışları ifade etmek için kullanılmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Kanunun hâkim durumda olmayı değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamış olduğu hususudur. Bu çerçevede, öncelikle teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı, sonrasında ise bu durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının belirlenmesi gereklidir.

⁶¹ Rekabet Kurumu, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No: 2005/4, RG Tarih: 12/11/2005 Sayı: 25991.

⁶² Rekabet Kurumu, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No: 2003/2, RG Tarih: 27/08/2003 Sayı: 25212.

⁶³ 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2, RG Tarih: 14/07/2002 Sayı: 24815.

2.4.1. Hâkim Durum

Hâkim durumun nasıl belirleneceği konusunda Model Kanunun 4. maddesinde fazla bir açıklık bulunmamaktadır. Madde metninin incelenmesinden, bir ya da birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olduklarından bahsedebilmek için bu teşebbüs ya da teşebbüslerin ilgili pazarı kontrol edebilecek güçte olmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda bu gücün nasıl tespit edileceği önem taşımaktadır.

Polonya gibi ülkelerin rekabet kanunlarında belli bir oranda (% 40) pazar payına sahip olmak hâkim durumunda olmak için yeterli kabul edilmiş iken, Çek Cumhuriyeti gibi ülkelerde yasada yer verilen diğer göstergeler aksini göstermedikçe teşebbüs ya da teşebbüslerin pazar payının %40'ın altında olması durumunda hakim durumun söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir.⁶⁴ Dünya Bankası/OECD Model Kanununda ise hâkim durum tespiti açısından % 35'lik pazar payı ön şart olarak sayılmıştır⁶⁵. Model Kanun hakim durumun tespiti konusunda, niteliksel bir yaklaşım tarzı benimseyerek ilgili pazarı kontrol etme gücünden bahsetmektedir. Şüphesiz, ilgili pazarı kontrol etme gücünün belirlenmesi bakımından incelemeye konu teşebbüs veya teşebbüslerin pazar payları önemli bir gösterge olmakla birlikte yeterli değildir. İlgili teşebbüs ya da teşebbüslerin pazar payları yanında, rakip teşebbüslerin pazar payları, pazara giriş engellerin var olup olmadığı gibi unsurlar hâkim durumun tespitinde rol oynayabilecek diğer faktörlerdir⁶⁶.

Model Kanun ile paralel yazılış tarzını benimseyen AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi ve Türk Rekabet Kanununun 6. maddesi de hâkim durumun tespiti açısından pazar gücünün belirlenmesi kriterinden hareket etmektedir. AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesinde hâkim durum kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) 1973 yılında karara bağladığı *Continental Can* dâvasında hâkim durum kavramını tanımlamıştır⁶⁷. Buna göre; hâkim durum teşebbüsün rakiplerinden, sağlayıcılarından ve müşterilerinden bağımsız davranarak etkin rekabeti önleme gücüdür. ATAD tarafından yapılan bu tanımlama AB uygulaması açısından genel kabul görmüş ve sonraki olaylarda kullanılmıştır⁶⁸.

⁶⁴ Model Kanun, s. 35.

⁶⁵; Dünya Bankası/OECD Model Kanunu s. 71 ve 142.

⁶⁶ YANIK, M. (2003), *Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 26.

⁶⁷ C-6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can V Commission* (1973) ECR 215.

⁶⁸ Aşçıoğlu Öz 2000, s. 105.

Türk Rekabet Kanununun 3. maddesinde ise, yukarıdaki tanımı açıklar şekilde hâkim durum kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, “hâkim durum: belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü” ifade eder. Bu tanımlamalar çerçevesinde, gerek AB uygulaması, gerek Türkiye uygulaması bakımından hâkim durumun tespitinde teşebbüsün pazar payı, rakip teşebbüslerin sayısı ve pazar payları gibi niceliksel ölçütler yanında teşebbüsün teknolojik üstünlüğü, ürüne bağımlılık, ilgili pazara girişin koşulları gibi niteliksel ölçütler dikkate alınmaktadır⁶⁹. AB uygulamasında genel olarak teşebbüsün ilgili pazardaki payının % 25 altında olması onun hâkim durumda olmadığına göstergesi olarak kabul edilirken; teşebbüsün payının % 40-50 civarında olmasının teşebbüsün hâkim durumda olduğuna karine teşkil ettiği kabul edilmektedir⁷⁰.

ABD’de ise, Model Kanunun 4. maddesine karşılık gelecek şekilde, Sherman Kanununun ikinci bölümünde tekel oluşturmak veya tekel oluşturmaya teşebbüs etmek cezalandırılmaktadır. AB uygulamasında olduğu gibi, ABD’de tekelden ne kastedildiği kanun tarafından tanımlanmış değildir. Kanun ve içtihatla tekel sayılmak bakımından belli bir kriter bulunmamakla beraber, kabul edilen görüş, teşebbüsün tekel olabilmesi açısından ilgili pazarın en az 2/3’üne sahip olması gerektiğidir⁷¹. Ancak aşağıda biraz daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, ABD uygulamasında da tekel olmak yasaklanmamakta, rekabete aykırı şekilde tekel olmaya çalışmak ya da teşebbüs etmek cezalandırılmaktadır.

2.4.2. Kötüye Kullanma

Model Kanun, ABD, AB, Türkiye ve diğer ülke rekabet kanunlarında bir teşebbüsün tek başına ya da teşebbüslerin birlikte ilgili pazarda hâkim veya tekel durumunda olmaları rekabete aykırı sayılmamıştır. Rekabete aykırı olan hâkim veya tekel durumda olmak değil, bunun kötüye kullanılmasıdır. Esasen, bir teşebbüsün hâkim durumda olması teknolojik üstünlük, iyi yönetim gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Bu çerçevede rekabet kurallarının sırf hâkim durumda olmayı yasaklaması ekonomik gelişmenin önünü tıkayacağı gibi, tüketiciler açısından da refah kaybına neden olabilecektir. Buna karşılık, hâkimiyetin kötüye kullanılması fiyatların artması, üretimin azaltılması, teknolojinin gelişmemesi gibi olumsuz etkilere neden olabilecektir.

⁶⁹ Aşçıoğlu Öz 2000 s. 107-114; OECD 2004, s. 26.

⁷⁰ OECD 2004, s. 26.

⁷¹ FOX, E. (1997b), “US and EU Competition Law: A Comparison”, J. David Richardson and Edward M. Graham (Ed.), *Global Competition Policy* içinde, s. 343.

Bu çerçevede, Model Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasında, hâkim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüslerin hangi tür davranışlarının kötüye kullanma sayılacağı örnekler vermek suretiyle belirtilmiştir⁷². Maddeye ilişkin açıklama kısmında belirtildiği üzere, bu örnekler sınırlayıcı nitelikte değildir. Diğer bir ifade ile; hâkim durumdaki teşebbüs 4. maddenin ikinci paragrafında sayılan haller dışındaki eylem veya işlemleri ile de hâkim durumunu kötüye kullanabilir. Model Kanunun 4. maddesinde sayılan başlıca kötüye kullanma halleri şunlardır:

- Maliyet altında satış gibi rakip teşebbüslere yönelik yıkıcı davranışlar,
- Mal veya hizmet alım ve satımlarında eşit durumdaki alıcı ve satıcılar arasında haksız alış ve satış fiyatları ya da haksız ticaret koşulları koyma,
- İthal ve ihraç ürünleri de kapsayacak şekilde ürünün tekrar satışına ilişkin fiyat tespiti,
- İç piyasadaki fiyatların yapay olarak yüksek tutulması amacıyla aynı kişi ya da teşebbüse ait marka ile satılan ürünün ithaline yönelik kısıtlamalar,
- Kalite, güvenlik, yeterli dağıtım ya da hizmet gibi yasal ticârî amaçlar dışında
 - teşebbüsün alışlagelmiş ticârî koşulları ile kısmi ya da tam mal ya da hizmet tedarikinin reddi,
 - belli bir ürün tedarikinin, rakip ürün üretimin ya da dağıtımının kısıtlanmasına bağlanması,
 - ürünün kime, nereye veya ne miktarda sağlanacağı, tekar satışı ya da ihracına yönelik kısıtlamalar koyma,
 - belli bir ürün ya da hizmet tedarikinin teşebbüs ya da göstereceği teşebbüsten diğer bir ürün ya da hizmetin satın alınmasına bağlanması.

Yukarıda ki örneklere benzer şekilde, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi ve Türk Rekabet Kanununun 6. maddesinde de örnekler vermek suretiyle kötüye kullanma halleri sayılmıştır. En genel anlamda, gerek Model Kanun gerek AB ve Türk Rekabet uygulamasında hâkim durumdaki teşebbüsün rekabete ve tüketici menfaatine aykırı şekilde, diğer teşebbüslerin pazara girişlerinin engellenmesi ya da hâkim durumun sağladığı avantajı devam ettirmek amacıyla giriştiği eylemler önlenmek istenmiştir.

⁷² Model Kanun, s. 4.

Bu noktada, ABD uygulamasının Model Kanun ve AB uygulamasından bir ölçüde farklılaştığını ifade etmek yerine olacaktır. ABD uygulamasında yıkıcı fiyat uygulaması bakımından, doğrudan rakip firmaların devir alınması, tekel durumundaki firmadan başka bir firma ile sözleşme yapılması halinde cezâî şart içeren uzun dönemli sözleşmeler ve ticârî bir amaç dışında sırf rakip teşebbüse zarar vermek için yapılan sözleşmeler gibi örnekler dışında, tekel konumundaki firmanın yasal yollarla kazanmış olduğu durumunu muhafaza etmek için giriştiği agresif rekabetçi davranışlara izin verilmektedir⁷³. Bu kapsamda, örneğin, tekel konumundaki firma, ürettiği mal ya da hizmetini dilediği fiyattan ve istediği miktarda satâbilme hakkına sahiptir⁷⁴. Konuyla ilgili olarak Yüksek Mahkeme *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, ve *Cargill Inc. v. Monfort of Colo., Inc.* davalarında yıkıcı fiyat uygulamasından söz edebilmek için tekel durumundaki teşebbüsün maliyetinin altında bir fiyat uygulamasını ve tekel durumundaki teşebbüsün bu uygulama sonrasında piyasaya başka teşebbüsün girmemesi nedeniyle kayıplarını telafi edebilecek duruma gelebilmesi koşulunu aramıştır.⁷⁵ Bu çerçevede, Model Kanun, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma ve Türk Rekabet Kanunu hâkim durumundaki teşebbüsün faaliyetlerini düzenlemeyi amaçlamakta iken, ABD'de serbest piyasanın fiyatları ve optimum üretim miktarını belirleyeceği anlayışı hâkimdir.

Diğer yandan, Model Kanunun 4. maddesinin 3. paragrafı hâkim durumundaki teşebbüsün, kanun tarafından kesin olarak yasaklanmayan eylem ve işlemlerinin, net kamu menfaatinin fazla olması halinde, rekabet otoritesine bildirilmek suretiyle, kanunun uygulamasından muaf tutulabileceğini hükme bağlamaktadır. Bunun için bildirimde bulunan hâkim konumdaki teşebbüsün işlem ve eylem ile ilgili tüm olayları rekabet otoritesine doğru aktarması ve söz konusu eylem ve işlemde etkilenen taraf var ise bunların görüşlerinin alınması gerekmektedir. Rekabet otoritesi gerekli olması halinde kanunun amacına uygun olarak ilgili eylemin değiştirilmesini ya da yeniden düzenlenmesini isteyebilecektir⁷⁶.

Model Kanunun hâkim durumundaki teşebbüsün rekabete aykırı eylem ve işlemleri bakımından getirdiği bu esneklik, UNCTAD'a üye bir takım ülkelerde yatırımların artırılması, teknolojik ve ekonomik gelişmenin sağlanması amacıyla bazı tür hâkim durumundaki teşebbüslerin faaliyet alanlarını korumak

⁷³ Fox 1997b, s. 343.

⁷⁴ Fox, 1997b, s. 344; OECD 2004, s. 4.

⁷⁵ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993), s. 222-224; *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U. S. 104, 117 (1986), s. 117-119.

⁷⁶ Model Kanun, s. 27.

isteklerinden kaynaklanmıştır⁷⁷. Diğer yandan, bankacılık, elektrik, gaz ve ulaştırma gibi bazı sektörlerin, başka düzenleyici kuruluşlar tarafından düzenlenmesi ve kontrol edilmesi, Model Kanunda izin ve istisna hükmüne yer verilmesinin diğer bir nedendir⁷⁸.

2.5. Birleşme ve Devralmalar

Genel olarak belli bir pazarda faaliyet gösteren firmaların birleşmesi, ya da bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması ya da ortak girişim (*joint ventures*) gibi diğer yollarla iki veya fazla teşebbüsün güçlerini bir araya getirmesi; daha fazla gelir ya da mâli güç elde etme amacına yöneliktir. Birleşme ve devralmalar, yatay, dikey ya da aykırı birleşmeler (*conglomerate*) şeklinde gerçekleşebilmektedir. Yatay birleşme ve devralmalar bir mal veya hizmetin elde edilmesi sürecinin aynı aşamasında yer alan teşebbüslerin birleşmesi ya da birinin diğeri tarafından devralınmasını ifade eder⁷⁹. Dikey birleşme ve devralmalar ise bir ürün ya da hizmetin üretim sürecinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüsler arasındaki birleşme ya da devralmalardır⁸⁰. Aykırı birleşme ve devralmalar ise aynı ürün ya da hizmet pazarında olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen birleşme ve devralmaları ifade etmek için kullanılmaktadır⁸¹.

Ne var ki, bazı tür birleşme ve devralmalar ekonomik etkinliği azaltmakta ve tüketiciler için refah kaybına neden olabilmektedir. Bu nedenle, rekabet düzenlemesine sahip birçok ülke, teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşme ve devralmaların kontrolü amacıyla, bu tür işlemlerin rekabet otoritelerine bildirimini şart koşmaktadır. ABD, AB, Türkiye, Meksika ve Polonya gibi ülkelerde zorunlu bildirim birleşme ve devralmadan önce, Endonezya, Japonya ve Rusya Federasyonu gibi ülkelerde ise birleşme veya devralma işleminden sonra yapılması gereklidir. Norveç, Yeni Zelanda ve Şili gibi ülkelerde ise bildirim zorunlu değil, ihtiyaridir⁸².

Üye ülkeler tarafından benimsenen sistemlerin bir sentezini oluşturacak şekilde Model Kanunun 6. maddesi ise, hangi tür birleşme ve devralmaların bildirimine tâbi tutulacağını, bunların hangilerinin yasaklanacağını ve inceleme sürecini düzenlemektedir. Bu çerçevede, 6. maddenin ilk paragrafında hangi tür birleşme ve devralmaların bildirimine tâbi tutulacağı açıklanmaktadır. Buna göre,

⁷⁷ Model Kanun, s. 28.

⁷⁸ Model Kanun, s. 29.

⁷⁹ Aslan 2007, s. 535; Güven 2008, s. 380.

⁸⁰ Aslan 2007, s. 536; Güven 2008, s. 381.

⁸¹ Aslan 2007, s. 536-537; Güven 2008, s. 382-383.

⁸² Birleşme ve Devralmalar konusunda üye ülke bildirim sistemleri Model Kanun EK II'sinde yer almaktadır. Bkz Model Kanun, Annex II, s. 81.

yatay, dikey veya aykırı şekilde gerçekleştirilen birleşme, devralma, ortak girişim ve yönetimin birleştirilmesini de içeren diğer devralmaların;

i) işletmelerden en az bir tanesinin ülkede yerleşik olması, ve

ii) birleşme ve devralma nedeniyle; özellikle pazar yoğunlaşmasının yüksek olduğu, pazara giriş engellerinin bulunduğu ve ikame ürünün olmadığı endüstrilerde, ülkenin tamamı veya belli bir bölümünde ortaya çıkacak pazar payının pazar gücü yaratabilecek seviyede olması halinde, bildirilmesi zorunludur⁸³.

Bütün birleşme ve devralmalar pazar yoğunlaşmasına sebep olmadığı gibi, küçük ölçekte olmaları nedeniyle pazar gücü yaratacak seviyede de olmayabilir. Bu çerçevede, bildirim zorunluluğunun nerede başladığının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bununla beraber; madde metninde bu bildirim zorunluluğunun başlayacağı eşik değer konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak 6. maddenin açıklamasına ilişkin kısımda ve Kanunun Ek III'ünde yer alan listede bazı üye ülke uygulamaları örnek olarak sayılmıştır.

Konuyla ilgili ABD uygulamasına bakıldığında, bildirime tâbi birleşme ve devralmalara ilişkin eşiklerin 1976 yılında yürürlüğe konulan *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* ile belirlendiği görülmektedir⁸⁴. Yasada yer alan eşik değerler ise Federal Ticaret Komisyonu tarafından zaman içerisinde güncellenmektedir. 2008 yılı itibarıyla ABD'de gerçekleşen bir birleşme ya da devralmanın

- ticareti etkilemesi,
- teşebbüslerden birinin yıllık cirosunun veya varlık toplamının 126,3 milyon doları geçmesi ve diğer tarafın yıllık cirosu veya varlıklarının toplamının 12,6 milyon doları geçmesi ya da devir alanın hisse değerinin 252,3 milyon dolara ulaşması, ve
- birleşme veya devralma işleminin 63,1 milyon doları geçmesi halinde

bu işlemin Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı'na bildirilmesi gereklidir⁸⁵.

AB'de ise bildirime tâbi birleşme ve devralmalara ilişkin eşikler, 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (Birleşme Tüzüğü) ile belirlenmiştir⁸⁶. Bu

⁸³ Model Kanun, s. 5.

⁸⁴ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, Pub. L. 94-435, 90 Stat. 1390, <http://www.ftc.gov/bc/docs/statute.pdf>, son erişim tarihi 15.07.2010.

⁸⁵ Federal Trade Commission Revised Jurisdictional Thresholds For Section 7a Of The Clayton Act, <http://www.ftc.gov/os/2008/01/P859910sec7a.pdf>, son erişim tarihi 15.07.2010.

kapsamda, AB’de birleşme ve devralmaya konu teşebbüslerin, dünya çapındaki yıllık toplam cirolarının 5 milyar Avro’yu aşması ve teşebbüslerden her birisinin (ikiden çok ise en az ikisinin) toplam cirosunun 250 milyon Avro’yu aşması halinde Topluluk boyutunun olduğu varsayılır ve Avrupa Komisyonuna bildirim mecburiyeti doğar. Ayrıca, teşebbüslerin her birinin Topluluk çapındaki ciroların 2/3’ünü bir üye ülkede yoğunlaştırmaları halinde de, gerçekleştirilen işlem Toplulukla ilgili sayılmakta ve Komisyona bildirim gerekmektedir. Bunun dışında kalan birleşme ve devralmalar konusunda ise, üye ülkeler yetkilidir. Ancak işlemin en az üç üye ülke tarafından incelenmesi gerekiyor ise bu durumda birleşme tarafları incelemenin Komisyon tarafından yapılmasını isteyebilmektedir.

Türkiye’de ise, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 4. maddesi “...ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25’ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu’ndan izin almaları zorunludur” diyerek bildirim tâbi birleşme ve devralmalar konusunda ikili bir eşik kabul etmiştir.⁸⁷

Yukarıda sayılan örnekler esasen zorunlu bildirim tâbi birleşme ve devralmalar hakkında Model Kanun tarafından bir eşik konulmamasının haklılığını ortaya koymaktadır. Zira her ülkenin kendi ihtiyaçları doğrultusunda gerekli eşikleri koyması daha anlamlı bulunmakta ve Model Kanunun üye ülkelerce referans kabul edilmesini kolaylaştırmaktadır. Bu kapsamda örneğin AB’de ortak pazarın oluşturulmasına yönelik olarak bildirim tâbi birleşme ve devralmalara ilişkin eşik değerlerin yüksek tutulduğu görülürken, ABD’de bu değerler daha düşük tutulmuştur.

⁸⁶ Council Regulation (EC) No 139/2004 Of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EC Merger Regulation), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT.>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

⁸⁷ Rekabet Kurumu tarafından hazırlanarak 7 Ekim 2010 tarihli Resmi 27722 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 1.1.2011 tarihinden itibaren geçerli olacak “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”de ise ikili eşğin terk edilerek ciro eşğine dayalı yeni bir sistemin benimsendiği görülmektedir. Bkz. “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, Madde 7, http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/teblig2010_4.pdf, Son Erişim Tarihi: 22.10.2010.

Hangi tür birleşme ve devralmaların yasaklanması gerektiği konusunda ise Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında şu ifadelerle yer verilmiştir:

• Gerçekleştirilmesi düşünülen işlemin pazar gücünü önemli ölçüde artırması (örneğin, teşebbüs ya da bir grup teşebbüsün fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde uzunca bir zaman tutma olanağı elde etmesi) ve

• ülkenin tamamı veya bir bölümde ortaya çıkacak pazar payının hâkim durumda bir firmanın oluşmasına ya da bir kaç firmanın hâkim olduğu bir pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına

neden olması halinde bu birleşme ya da devralmanın yasaklanması gerekmektedir.

Birleşme ve devralma işlemi sonucunda ortaya çıkan pazar gücünün nasıl hesaplanacağı ya da hangi faktörlerin dikkate alınacağı konusunda ise, Model Kanun'da bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, genel olarak gerek ABD ve gerek AB uygulamasında pazar yoğunlaşmasını ölçmek amacıyla *Herfindahl-Hirschman* Endeksi (*Herfindahl-Hirschman Index-HHI*) adı verilen bir endeks kullanılmakta ve yoğunlaşma sonrasında endeksin belli değerlerde artması pazardaki yoğunlaşma açısından veri kabul edilmektedir⁸⁸. Öte yandan, yoğunlaşma nedeniyle ortaya çıkan maliyetlerdeki düşüş sebebiyle, fiyatların gerilemesi gibi rekabet üzerindeki olumlu etkiler göz önüne alınmaktadır. Ayrıca, birleşme ya da devralmaya izin verilirken diğer firmaların pazara giriş imkânlarına sahip olup olmadığı ve tüketicilerin fiyat artışı halinde ikame ürünlere yönelmesinin kolay olup olmadığı gibi etkenler dikkate alınmaktadır. Son olarak, birleşen ya da devralınan firmalardan birisinin batma riskinin olması halinde bu tür işlemlere daha kolay izin verilmektedir⁸⁹.

Model Kanunun 6. maddesinin son paragrafında ise, bildirim konu birleşme ve devralmaların nasıl inceleneceği konusu hükme bağlanmıştır. Ancak, burada da, Model Kanunun genelinde var olan yaklaşıma uygun olarak sürelerin belirlenmesi, yeni belgelerin istenmesi gibi konularda ilgili ülke yasa koyucuları ve rekabet otoritelerine geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu çerçevede, Model Kanunu esas alarak düzenlemede bulunacak ilgili ülke, kendi ihtiyaçları doğrultusunda inceleme usulü ve süreleri düzenleyebilecektir.

⁸⁸ *Herfindahl-Hirschman* Endeksi (HHI), ilgili pazarda faaliyet gösteren firmaların yüzde (%) olarak ifade edilen pazar paylarının karelerinin toplamını göstermekte olup, bu doğrultuda 0 ile 10.000 arasında değerler almaktadır. Bu kapsamda örneğin ilgili pazarda dört firmanın olduğu ve bunların pazar paylarının sırasıyla 30,30,20 ve 20 olduğu varsayıldığında HHI endeksi 2600 dür ($30^2+30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$). HHI'yi 1000 ve 1800 arasında olan pazarlar orta yoğunluklu, 1800 üzerinde olanlar yoğunlaşmış pazar olarak kabul edilirler: Bkz. United States Department of Justice/Federal Trade Commission 1992, s. 15-16.

⁸⁹ OECD 2005, s. 30-32; OECD 2004, s. 3-4.

3. ULUSLARARASI REKABET ANLAŞMASI YAPILMASI ÇALIŞMALARI VE MODEL KANUN

Rekabet alanında uluslararası alanda işbirliği ve bağlayıcılığı olan bir uluslararası rekabet anlaşması yapılması çabaları ile ikinci dünya savaşı sonrasında kurulan ve soğuk savaş sonrası dönemde ivme kazanan yeni ekonomik düzen arasında ciddi bağlantı bulunmaktadır. Yeni ekonomik düzenin en temel özelliği, dünya ekonomileri arasında yaşanan bütünleşme eğilimidir. Yaşanan bütünleşme sürecinde daha önce ulusal düzeyde faaliyet gösteren pek çok şirket uluslararası düzeyde faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu dönemde, özellikle ticaret önünde tarife ve tarife dışı engel olarak adlandırılan devlet engellerin GATT altında yürütülen çok taraflı müzakereler ve devletlerin yaptıkları ikili anlaşmalar ile ortadan kaldırılması bütünleşme sürecini daha da hızlandırmıştır.⁹⁰

Söz konusu anlaşmalara taraf olan ülkelerin temel amacı, kendi mal ve hizmetlerinin diğer taraf ülke pazarlarında herhangi bir engel ile karşılaşmadan eşit rekabet koşulları altında tüketicilere sunulması olmuştur⁹¹. Bununla birlikte, zaman içerisinde devlet engellerinin yerini şirketlerin rekabete aykırı davranışlarının alması amaçlanan hedeflerin tam anlamıyla gerçekleşmesini engellemiştir⁹². Bu nedenle, devlet engellerin kaldırılması ile bütünleşmesi öngörülen pazarlarda teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerin sınırlandırılması ve nihai olarak kaldırılması amacıyla uluslararası alanda ikili ve çok taraflı işbirliği girişimleri başlatılmıştır.

Bahse konu girişimlerin en yaygın olanı rekabete ilişkin ikili işbirliği anlaşmalarıdır⁹³. İkili anlaşmaların içerikleri farklı olabilmektedir. Bazı anlaşmalar sadece bildirim, bilgi değişimi ve danışmalar yolu ile anlaşmaya taraf iki ülke arasında rekabet alanında işbirliğini öngörür iken, diğer bazıları iki

⁹⁰ Bu kapsamda örneğin Türkiye bugüne kadar AB ile gümrük birliği ve dört EFTA ülkesi dahil olmak üzere toplam 27 ülke ile de Serbest Ticaret Anlaşması imzalamıştır. Ancak adet 10 STA, STA imzalanan ülkelerin AB'ne katılımları nedeniyle fesh edilmiştir. Bkz.

<http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay&dil=TR&yayinid=1130&icerikid=1236&from=home>, Son Erişim Tarihi: 23.09.2010.

⁹¹ KUDRLE, R.T (2007), "The Globalization of Competition Policy", Sushil Vachani (Ed), *Transformations in Global Governance: Implications for Multinationals and Stakeholders* içinde, s. 22.

⁹² Fox 1997a, s. 122-123; ZACH R. (1999), *Towards WTO Competition Rules, Key Issues and Comments on the Wto Report (1998) on Trade and Competition*, Kluwer Law International, s. preface; MATSUSHITA M (1997), *Reflections on Copetition Policy/Law in the Framework of the WTO, International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 1997*, s. 31; Karakoç 2003, s. 22.

⁹³ Fox 1997a, s. 132; WALLER S. W. (1997), *The Internationalization of Antitrust Enforcement, Boston University Law Review 343*, No 77, s. 361.

ülke rekabet kanunlarının yakınlaştırılması ve ortak uygulanması gibi alanları kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olabilmektedir⁹⁴.

Uluslararası alandaki diğer bir işbirliği çeşidi ise bölgesel ya da çoklu anlaşmalar yolu ile yapılan ve sınırlı sayıdaki ülkenin katılımına açık işbirliği anlaşmalarıdır⁹⁵. Söz konusu anlaşmalar genellikle belli bir coğrafyada yer alan ülkelerin aralarındaki ekonomik entegrasyonun derecesi ile doğru orantılı olarak kapsamını belirledikleri düzenlemelerdir. Bu çerçevede örneğin, AB ülkeleri arasında rekabet düzenlemesi bölgesel ve uluslararası nitelikte olup, teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerine ilişkin soruşturmalar üye ülkeler adına bir ortaklık organı olan Avrupa Komisyonu tarafından yürütülmektedir⁹⁶. Buna mukabil, Asya Pasifik Ekonomik İşbirliği'ne (APEC) dahil üyeler arasındaki işbirliği zayıf nitelikte olup, genellikle bölge ülkeleri arasında ikili işbirliği ve rekabet politikalarının yakınlaştırılması yolu ile çoklu bir anlaşmanın yapılmasını hedeflemektedir⁹⁷.

Rekabet hukuku ve politikasına ilişkin uluslararası alandaki işbirliği çabalarının sonuncusu ise, bütün ülkelerin katılımına açık çok taraflı ve bağlayıcılığı olan uluslararası bir anlaşmanın yapılmasına ilişkin çabalar⁹⁸. Esasen söz konusu çabalar, ikinci dünya savaşı sonrasında başlamıştır. Nitekim bu dönemde, uluslararası ekonomik ilişkilerin kurumsal bir temelde yeniden ele alınması amacıyla kurulması planlanan üç Bretton Woods kuruluşundan biri olan Uluslararası Ticaret Örgütü (International Trade Organisation ITO) Kuruluş Anlaşması'nda, rekabete ilişkin kurallar, uluslararası ticaret sisteminin temel yapıtaşlarından birisi olarak görülmüştür⁹⁹. Nitekim ITO Anlaşması, fiyat tespiti, pazar bölüşümü ve toplu boykot gibi özel teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemleri ile ilgili hükümler getirmiş ve ITO'ya rekabete ilişkin soruşturma yapma yetkisi tanımıştır¹⁰⁰. Ne var ki diğer iki Bretton Woods kuruluşu olan Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu'nun hayata geçirilmesi

⁹⁴ TAYLOR M. D (2006)., *International Competition Law, A New Dimension For The Wto?*, Cambridge University Press, s. 109; Memorandum of Understanding Between the Government of New Zealand and the Government of Australia on Coordination of Business Law, http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC_43982.aspx, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010; WOOD P. D. (1994-1995), Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future; *DePaul L. Rev. 1289, No 44*, s. 1293.

⁹⁵ Fox 1997a, s. 133; Wood 1994-1995, s. 1294.

⁹⁶ Bkz. <http://ec.europa.eu/competition>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

⁹⁷ Taylor 2006, s 124.

⁹⁸ Fox 1997a, s. 133; Wood 1994-1995, s. 1295.

⁹⁹ Matsushita 1997, s. 31; Taylor 2006, s. 150-151.

¹⁰⁰ Final Act of The United Nations Conference on Trade and Employment: Havana Charter For an International Trade Organization, Madde 46-54, <http://www.worldtradelaw.net/misc/havana.pdf>, Son Erişim Tarihi: 16.07.2010.

mümkün olmuş iken, ITO'yu kuran Anlaşmanın Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Kongresi tarafından reddedilmesi sonrasında ITO'nun kurulması mümkün olmamıştır¹⁰¹.

ITO sonrası dönemde ise uluslararası alanda rekabet hukuku ve politikası çalışmaları UNCTAD, OECD, Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) bünyesinde sürdürülmüştür.

Bunlardan UNCTAD'ın faaliyetlerine yukarıda değinilmiştir.¹⁰² OECD'nin rekabet hukuku ve politikası çalışmaları ise 1967 Rekabet Komitesi'nin kurulması ile başlamıştır. Rekabet Komitesi bünyesinde çeşitli komite raporları hazırlanmakta, en iyi uygulamaya ilişkin yuvarlak masa tartışmaları düzenlenmekte ve politika özetleri hazırlanmaktadır. Rekabet Komitesi, rekabet hukuku ve politikası alanında OECD Konseyi tarafından kabul edilmek üzere tavsiye kararları ve iyi uygulama metinleri gibi belgelerin hazırlığını da gerçekleştirmektedir. Komite aynı zamanda OECD'ye üye olan veya olmayan ülkelerin rekabet hukuku ve politikalarını gözden geçirmekte ve buna ilişkin raporlar hazırlamaktadır¹⁰³.

Kuruluşundan bu yana Rekabet Komitesi OECD üyesi ülkeler arasında rekabet hukuku ve politikalarının yakınlaştırılması ve rekabet otoriteleri arasında işbirliğinin sağlanmasını yolunda etkin bir rol üstlenmiştir. Bu çerçevede Komite tarafından hazırlanan ve OECD Konseyince onaylanan bir takım tavsiye kararlarının OECD ülkelerinin rekabet hukuku ve politikalarına ciddi etkileri olduğunu vurgulamak yerinde olacaktır. Söz konusu tavsiye kararlarından en önemli üç tanesi ise işbirliği¹⁰⁴, uyuşmazlık¹⁰⁵ ve kartellere¹⁰⁶ ilişkin kararlardır. Bunun yanı sıra, OECD'nin Dünya Bankası işbirliği ile hazırlamış olduğu Model Rekabet Kanunu gelişme yolundaki ülkelerin rekabet

¹⁰¹ Understanding the WTO, s. 16.

¹⁰² Bkz. Genel Olarak UNCTAD ve Model Kanunu başlıklı kısım, s. 4.

¹⁰³ Bu kapsamda Türkiye için hazırlanan Rekabet Hukuku ve Politikası'na İlişkin Gözden Geçirme Raporlarının sonuncusu, 18 Şubat 2005 tarihinde düzenlenen OECD Küresel Rekabet Forumu'nda ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir, Bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=78>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010

¹⁰⁴ OECD (1986a), *Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, C(86)44 (Final).

¹⁰⁵ OECD (1986b), *Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Potential Conflict between Competition and Trade Policies*, C(86)65(Final).

¹⁰⁶ OECD (1998), *Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/Final.

kanunları ile uygulamalarının uyumlaştırılması bakımından; bu alanda yapılmış önemli çalışmalardan bir tanesidir.¹⁰⁷

Rekabet hukuku ve politikası konusunda çalışmalar yapan ICN ise, ulusal ve çokuluslu rekabet otoritelerinin gönüllülük esasına dayalı olarak katılım sağladığı bir ağıdır.¹⁰⁸ ICN'in temel amacı rekabet otoriteleri arasında deneyim ve en iyi uygulamaları yaygınlaştırmak, rekabet otoritelerinin rekabet savunuculuğu rolünü ve uluslararası işbirliğini güçlendirmektir.¹⁰⁹

ICN'in uluslararası kural koyma gibi fonksiyonu bulunmamaktadır. ICN yapılanması çerçevesinde çalışmalar proje bazlı ve sonuç odaklı olarak yürütmekte olup, yapılan çalışmalar neticesinde oybirliği ile kabul edilen tavsiyeler veya en iyi uygulamaların uygulanması tamamen üye rekabet kurumlarının takdirine bırakılmaktadır.¹¹⁰

Bunlara ilave olarak ICN bünyesinde birleşme ve devralmalar, karteller gibi konularda çalışmak üzere alt çalışma grupları faaliyet göstermektedir. Çalışma gruplarına ilave olarak ICN, yılın belli dönemlerinde atölye çalışmaları ve ayrıca yılda bir kez büyük çaplı bir konferans düzenlenmektedir.¹¹¹

Uluslararası bağlayıcılığı olan bir anlaşmanın yapılması konusunda asıl çabalar ise DTÖ bünyesinde ortaya konmuştur. DTÖ şemsiyesi altında ayrı bir rekabet düzenlemesine yer verilmesi girişimleri, daha DTÖ kurulmadan GATT altında yürütülen ve DTÖ'nün kurulmasını sağlayan "Uruguay Round" müzakereleri sırasında 1990'lı yıllarda başlamıştır.¹¹² Bu girişimlerden en kapsamlı olanı Münih Grubu olarak adlandırılan bir grup rekabet hukuku akademisyeni tarafından 1993 yılında önerilen Taslak Uluslararası Rekabet Kodu'dur (Draft International Antitrust Code-DIAC)¹¹³. Söz konusu Kod kapsamında yatay ve dikey anlaşmalar, birleşme ve devralmalar, uluslararası bir rekabet otoritesinin kurulması gibi rekabet hukukunun temel pek çok konusu düzenlenmiştir. Esasen Münih Grubu tarafından önerilen Kod, ITO Anlaşması'nın rekabete ilişkin bölümleri ile çok sayıda benzerlikler içermekte

¹⁰⁷ Bkz yukarıda dipnot 4.

¹⁰⁸ DPT 2007, s. 13.

¹⁰⁹ Bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=41>,

Son Erişim Tarihi: 03.08. 2010.

¹¹⁰ Bkz. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>,

Son Erişim Tarihi: 03.08. 2010.

¹¹¹ Bkz. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>,

Son Erişim Tarihi: 03.08. 2010.

¹¹² PETERSMAN E.U (1999), Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System- Proposals and Policy Options, (editor Roger Zach), *Towards WTO Competition Rules*, Kluwer Law International, s. 47.

¹¹³ Taylor 2006, s. 300.

ve bu nedenle ITO sonrasında yapılan en kapsamlı uluslararası rekabet düzenlemesi önerisi olarak değerlendirilmektedir¹¹⁴.

Diğer yandan, Amerika Barolar Birliği tarafından 1991 yılında bir rapor yayımlanmış ve raporda kartellerin yasaklanması ve birleşme başvurularının uyumlu hale getirilmesi gibi temel bazı rekabet ilkelerine ilişkin bir uluslararası anlaşmanın yapılmasının yararına değinilmiştir¹¹⁵.

1995 yılında ise Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından bir araya getirilen bir grup uzman DTÖ altında rekabet kurallarının oluşturulmasına yönelik bir raporu Komisyona sunmuştur.¹¹⁶ Rapor ülkeler arasında ikili anlaşmaların yapılması yanında, DTÖ altında çoklu bir anlaşmanın yapılmasını önermiştir¹¹⁷.

1996 yılına gelindiğinde Avrupa Topluluğu, 1995 yılında uzmanlara yaptırmış olduğu rapor temelinde, DTÖ bünyesinde ticaret ve rekabet ilişkisinin incelenmesine yönelik bir girişim başlatmıştır. Anılan girişim neticesinde 1996 yılında Singapur'da yapılan Bakanlar Konferansı'nda ticaret ve rekabet ilişkisini araştırmak üzere bir Çalışma Grubu kurulmuştur.¹¹⁸

1999 yılında Seattle'da yapılan Bakanlar Konferansı'nda ise rekabet politikası da dahil olmak üzere geniş kapsamlı yeni bir müzakere turunun başlatılması öngörülmüş, ancak; tüm müzakerelerin çökmesi neticesinde bu alanda müzakerelerin başlatılması mümkün olmamıştır. 2001 yılında Katar'ın başkenti Doha'da yapılan DTÖ Bakanlar Konferansı'nda ise Seattle'da yaşanan başarısızlık telafi edilmiş ve yeni bir müzakere turu başlatılmıştır. Rekabet Politikası konusunda ise üye ülkeler ikiye bölünmüştür. Bir kısım ülkeler müzakerelerin başlatılmasını savunmuş iken özellikle gelişme yolundaki ülkeler Çalışma Grubu'nun faaliyetlerini sürdürmesini talep etmiştir.¹¹⁹ Bu nedenle, Doha Deklarasyonu her iki görüşü uzlaştıracak şekilde kaleme alınmıştır. Doha Deklarasyonu'nun 25. paragrafında; Cancun Bakanlar Konferansı'na kadar ki dönemde Ticaret ve Rekabet Çalışma Grubu'nun, şeffaflık, ayrımcı olmama ve prosedürel eşitlik, karteller hakkında hükümler dahil olmak üzere, esas ilkeler, işbirliğine yönelik usuller ve kapasite yaratılması yoluyla gelişme yolundaki

¹¹⁴ Matsushita, s. 36; Taylor 2006, s. 302-3003.

¹¹⁵ American Bar Association Section of Antitrust Law (1991), Report of the Special Committee on International Antitrust, http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/1991/reports/1991_Full_Report.pdf, Son Erişim Tarihi: 01.10.2010.

¹¹⁶ Commission of the European Communities (1996), Towards an International Framework of Competition Rules. Communication from the Commission to the Council. COM (96) 284 final.

¹¹⁷ Matsushita, s. 36.

¹¹⁸ World Trade Organization (1996), *Singapore Ministerial Declaration*, WT/MIN(96)/Dec, para. 20.

¹¹⁹ Taylor, s. 406.

ülkelerin rekabet kurumlarının giderek güçlendirilmesine destek konularında çalışmalarına devam etmesinin karara bağlandığı açıklanmıştır.¹²⁰

Ne var ki 2003 yılında yapılan Cancun Bakanlar Konferansı'nda müzakere usulleri ile ilgili olarak konsensüs sağlanamamıştır. Bununla birlikte, Bakanlar Doha'da alınan kararların uygulanması yolunda çalışmalara devam edecekleri yönündeki kararlıklarını dile getirmişlerdir.¹²¹ 2004 yılına gelindiğinde ise rekabet politikası alanında bir uzlaşmanın mümkün olmayacağı anlaşılmış ve Temmuz 2004 paketi olarak adlandırılan DTÖ Genel Konseyi kararı ile rekabet politikası Doha kapsamından çıkarılmıştır.¹²²

Bu doğrultuda, rekabet hukuku ve politikası konusunda çalışmalar yürüten kuruluşlar bünyesinde yürütülen girişimler, rekabet hukuku alanında uluslararası düzeyde bağlayıcılığı olan bir anlaşma ya da diğer bir metin oluşturmakta yetersiz kalmıştır.

Uluslararası bağlayıcılığı olan bir rekabet düzenlemesinde yer verilememesinin birden çok sebebi vardır. Bu sebeplerin başında, ülkelerin kendi piyasalarını etkilemeyen rekabete aykırı eylem ve işlemler ile ilgilenmek istememesi, hatta, ülke ekonomisine yararlı yanları var ise destekleyici olmasından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, ülkeler kendi piyasasını etkilemediği ölçüde, ihracat kartelleri oluşturulmasına olumlu bakmakta, hatta teşvik etmektedirler.¹²³ Devletler kendi ülkesi dışında meydana gelen, ancak kendi ülkesini etkileyen eylem ve işlemler bakımından ise etki teorisi çerçevesinde gerekli tedbirleri almaya gayret göstermektedir.¹²⁴

Uluslararası rekabet alanında uzlaşmaya varılamamasının ikinci sebebi ise, ekonomik ve siyasi mülahazalar ile her ülkenin menfaatlerini böylesi bir metne yansıtmak amacını taşımalarından kaynaklanmaktadır. Bu noktada, öncelikle AB ve ABD gibi büyük ekonomilerin uzlaşmaya varması gerekmektedir. Diğer yandan DTÖ'nün 2003 yılında Cancun Bakanlar Konferansında görüldüğü gibi, gelişme yolundaki ülkeler de kendi menfaatlerini ilgilendiren konularda eskiye oranla daha fazla talepkâr davranmaktadırlar.¹²⁵

¹²⁰ World Trade Organization (2001), *Doha Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/1, para. 25.

¹²¹ World Trade Organization (2003), *Cancun Ministerial Declaration*, WT/MIN(03)/20, para 6.

¹²² World Trade Organization (2004), *Doha Work Programme Decision*, Adopted by the General Council on 1 August 2004, WT/L/579, para g.

¹²³ ÇATALCALI T. (2003), *Kartel Teorisi, İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 37.

¹²⁴ Tiryakioğlu 1997, s. 67-75; Çatalcalı 2003, s. 38, 63.

¹²⁵ Dış Ticaret Müsteşarlığı (2003), *Türkiye Açısından Değerlendirme DTÖ V. Bakanlar Konferansı Cancun (10-14 Eylül 2003)*,

Uluslararası alanda bağlayıcı bir rekabet düzenlemesinin hazırlanması önündeki başka bir engel ise bu metinden sapmaya olanak sağlayacak durumların belirlenmesinin zorluğundan kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, özellikle, rekabet düzenlemesi dışında bırakılacak sektörlerin belirlenmesi güç gözükmektedir. Zira her ülke kendi menfaati doğrultusunda belli bazı sektörleri kapsam dışında tutmaya çalışacaktır. Bu durum ise, kapsam dışında bırakılacak alan sayısının artmasına ve düzenlemeden beklenen faydanın ulaşılamaz hale gelmesine neden olabilecek ve bazı ülkeler bakımından motivasyon kaybına neden olabilecektir.

Bağlayıcılığı olan bir rekabet düzenlemesine ulaşılması önündeki diğer bir engel ise rekabetin korunması konusunda ülkeler arasında ortak bir anlayışın, ortak bir kültürün olmamasıdır. Özellikle gelişme yolundaki ülkelerin bir çoğunun rekabet olgusu ile son 20-30 yıl içerisinde tanışmış olmaları ortak bir rekabet anlayışına ve düzenlemesine ulaşılmasını daha da güçleştirmektedir.

Bu bakımdan, rekabet gibi ulusal ekonomik menfaatleri doğrudan etkileyen bir metin üzerinde kısa vadede uzlaşılması kolay görünmemektedir. Bu noktada güçlüklerin aşılması ve ortak bir anlayışın geliştirilmesi için OECD ve UNCTAD gibi kuruluşların çabaları daha da önem kazanmaktadır. Esasen, Rekabet hukuku da dahil olmak üzere uluslararası düzeyde bağlayıcı metin oluşturma çabalarının başlangıç noktası OECD ve UNCTAD gibi kuruluşlar nezdinde yürütülen faaliyetler ile başlamaktadır. Buralarda tartışılan ve belli bir olgunluğa getirilen metinler, bağlayıcı anlaşmaların oluşturulması çalışmalarında yol gösterici olacaktır. Model Kanunun bu anlamda iyi bir örnek olduğu değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede Model Kanun bağlayıcı uluslararası anlaşmaların oluşturulması çalışmalarında aşağıda sayılan işlevleri görebilecektir:

- Model Kanun her şeyden evvel henüz rekabet mevzuatı ve rekabet kültürü olmayan ülkeleri rekabet kavramı ve mevzuatı ile tanıştırmakta, bir anlamda öğretici bir rol üstlenmektedir. Nitekim, “Model Kanun’un Bölümleri Hakkında Açıklamalar ve Halihazırdaki Yasal Düzenlemelerdeki Alternatif Yaklaşımlar” başlıklı ikinci bölümde, rekabet kavram ve kurallarının ne almama geldiği ayrıntılı bir biçimde açıklanmış, ayrıca gelişmiş ve gelişme yolundaki ülkelerin rekabet düzenlemelerindeki alternatif yaklaşımlar açıklanmak suretiyle gelişme yolundaki ülkelerin bu alanda bilgilendirilmeleri amaçlanmıştır. Bu durum bir ölçüde gelişme yolundaki ülkelerde, rekabetin korunması konusunda

alt yapının hazırlanması veya var olan altyapının güçlendirilmesine de olanak sağlamaktadır. Böylelikle, uluslararası bir rekabet anlaşması görüşmelerine başlayan gelişme yolundaki ülkelerin müzakerelerin içeriği konusunda bilgi sahibi olmaları veya var olan bilgilerinin artırılması sağlanmış olacaktır.

- Model Kanun, ayrıca rekabet mevzuatı hazırlayan ya da değiştiren ülkelere hazır bir metin sunmaktadır. Diğer yandan, genellikle ilk defa rekabet mevzuatı hazırlayan ülkelerde mevzuat ile birlikte bir otoritenin kurulması söz konusu olmaktadır. Söz konusu mevzuatı uygulamakla sorumlu bu otoritenin yaptığı çalışmalar ve kanunu uygulamakta edindiği tecrübeler yanında mevzuatın ve otoritenin kurulması sonrasında akademik hayatın bu alana ilgi göstermesi, o ülkede rekabet alanında ciddi bir kapasitenin de oluşmasına olanak sağlamaktadır. Bu doğrultuda, mevzuat ve rekabet otoritesinin tesis edilmesi, uluslararası bir anlaşmayı müzakere etme kabiliyeti ve kapasitesini artırmaktadır. Bu kapsamda örneğin ülkemizde 1994 yılında Rekabet Kanununun kabul edilmesi ve 1997 yılında Rekabet Kurumu'nun tesis edilmesi sonrasında rekabetin korunması konusunda kaydedilen gelişme, bu alanda yetişen insan gücü ve yapılan çalışmalar ciddi bir alt yapının oluşmasını sağlamıştır.

- Model Kanun'un daha fazla ülke tarafından benimsenmesi aynı zamanda terim ve kavram birliğine de ulaşılmasını sağlayacaktır. Bu durum muhtemel bir müzakerede tarafların anlaşmasını kolaylaştıracaktır. Bu kapsamda örneğin; Model Kanun tarafından tanımlanan teşebbüs ve pazar kavramlarının müzakerelere başlayan tüm ülkeler bakımından aynı anlamı ifade etmesi, yanlış anlaşılmaların önüne geçerek müzakerelerin daha çabuk ilerlemesini sağlayacaktır.

- Model Kanun, mümkün mertebe gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin görüşlerini yansıtmaya gayret etmiş ve bir anlamda asgâri mutabakat sağlamıştır. Bu durum, muhtemel bir uluslar arası anlaşma müzakerelerinde müzakere taraflarının referans olarak kullanabilecekleri kavram ve metinlerin oluşmasına imkan tanıyacaktır.

- Model Kanunun mümkün olan en yüksek derecede esneklik ile hazırlanması, üye ülkelerin istedikleri ölçüde Model Kanundan yararlanma olanağına sahip olmaları ve gerektiğinde bazı bölümlerini kendi ihtiyaçları doğrultusunda değiştirerek kabul etmeleri, Kanun hazırlayan ülkeler bakımdan kabulünü kolaylaştırmaktadır. Model Kanunun esnek yapısı nedeniyle daha çok ülke tarafından kabul edilmesi, muhtemel bir uluslararası rekabet anlaşmasında başlayacak ülkelerin mevzuatlarının yakınlaşmasını sağlayabilecek niteliktedir. Rekabet Mevzuatı yakın olan ülkelerin ise uluslararası alanda gerçekleştirilen

müzakerelerde, pozisyonlarını da birbirine yaklaştırmaları ve nihayetinde bir uzlaşmaya varmaları daha kolay olabilecektir.

- Model Kanunda istisnalara yer verilmesi de uluslararası bir rekabet anlaşması müzakeresini kolaylaştıracaktır. Böylelikle, başta gelişme yolunda ülkeler olmak üzere, bir takım ülkelere en azından belli sektörlerini belli bir dönem ve sürekli olarak anlaşma kapsamı dışında tutmak imkanı verilmesi anlaşma görüşmelerini rahatlatacaktır.

SONUÇ

İkinci dünya savaşı sonrasında kurulan ve soğuk savaş sonrası dönem de ivme kazanan yeni ekonomik düzen, firmaların ulusal ve uluslar arası düzeyde daha serbest bir ortamda hareket etmelerine olanak sağlamıştır. Firma davranışlarının ulusal veya uluslararası ticareti ve ekonomik kalkınmayı olumsuz yönde etkilememesi, diğer anlatımla genel ekonomik faydanın artırılması amacıyla ise giderek daha fazla sayıda ülke rekabet mevzuatı kabul etmektedir.

Daha fazla sayıda firmanın uluslararası düzeyde faaliyet göstermesine karşılık, rekabet mevzuatlarının ulusal düzeyde uygulanması, yurtdışında meydana gelen rekabete aykırı eylem ve işlemlerin ise ancak etki teorisi çerçevesinde incelenmesi, uluslararası boyutu olan bazı firma davranışlarına rekabet kurallarının uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Üstelik ulusal mevzuatların amaçları ve rekabet otoritelerinin uygulama önceliklerinin farklı olması uluslar arası boyutu olan rekabete aykırı firma davranışlarının incelenmesini daha da güçleştirmektedir.

Bu tür güçlükler rekabet alanında uluslararası alanda işbirliği ve bağlayıcılığı olan bir uluslararası rekabet anlaşmasına olan ihtiyacı her geçen gün daha da artırmıştır. Esasen, bu alanda bir anlaşmanın yapılması çalışmalarını ikinci dünya savaşı sonrasında başlamış ve 90'lı yıllarda yoğunlaşmış ise de ikili işbirliği anlaşmaları ve bölgesel düzeyde yapılan anlaşmalar dışında bu güne kadar ciddi bir ilerleme sağlanamamıştır.

Ülkelerin bağlayıcılığı olan bir uluslararası anlaşma yapmalarının önünde ekonomik ve siyasi engellerin yanısıra, rekabetin korunması konusunda ülkeler arasında ortak bir anlayışın, ortak bir kültürün olmayışından kaynaklanan sıkıntılar da bulunmaktadır. Bu bağlamda, özellikle gelişme yolundaki ülkelerin rekabet olgusu ile son 20-30 yıl içerisinde tanışmış olmaları ortak bir rekabet anlayışına ve düzenlemesine ulaşılmasını daha da güçleştirmektedir.

Bu güçlüklerin üstesinden gelmek üzere UNCTAD ve OECD gibi uluslar arası kurum ve kuruluşların çalışmaları önem arz etmektedir. Esasen bu

platformlarda tartişılan ve asgari mutabakatla belli olgunluğa eriştirilen metinler bağlayıcılığı olan uluslararası metinlerin yapılmasına zemin hazırlamaktadır.

Bu anlamda, UNCTAD tarafından hazırlanan Model Kanun uluslararası bir rekabet anlaşmasına ulaşılması için gerekli zeminin hazırlanması noktasında rol oynayabilecektir. Model Kanun'un öğretici rolü, rekabet mevzuatı için hazır bir metin olması, rekabet alanında terim ve kavram biriliği sağlamak üzere taşıdığı rol ve esnek yapısı ile birlikte gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin görüşleri arasında asgâri mutabakat sağlama hedefi bu teknik zeminin hazırlanması noktasında dikkate değer öğelerdir.

KAYNAKÇA

AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara.

AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW (1991), Report of the Special Committee on International Antitrust, http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/1991/reports/1991_Full_Report.pdf, Son Erişim Tarihi: 01.10.2010.

ASLAN, Y. (1999), Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.

ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa.

AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayın No 51, Ankara.

CALKINS, S. (2007), Competition Law in the United States of America, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 07-14*.

ÇATALCALI, T. (2003), *Kartel Teorisi, İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

DIŞ TİCARET MÜSTEŞARLIĞI (2003), Türkiye Açısından Değerlendirme DTÖ V. Bakanlar Konferansı Cancun (10-14 Eylül 2003), <http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay&yayinID=156&icerikID=259&dil=TR>, Son Erişim Tarihi: 10.07.2010.

DPT (2007), *Dokuzuncu Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara.

EZRACHI, A. (2004), The Role of Voluntary Frameworks In Multinational Cooperation Over Merger Control, *George Washington International Law Review*, No: 36.

FOX, E. (1997a), Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.

FOX, E. (1997b), "US and EU Competition Law: A Comparison", J. David Richardson and Edward M. Graham (Ed.), *Global Competition Policy* içinde.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara.

KACZOROWSKA, A. (2008), *European Union Law*, Routledge-Cavendish Publishing, London and New York.

KARAKOÇ, O. (2003), *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşması Süreci ve Uluslararası Örgütler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KOÇ, A. (2005), *Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KORAH, V. (2006) *Cases and Materials on EU Competition Law*, Third Edition, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon.

KUDRLE, R.T (2007), "The Globalization of Competition Policy", Sushil Vachani (Ed), *Transformations in Global Governance: Implications for Multinationals and Stakeholders* içinde, s. 22-48.

LEE, C. (2004) Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared, Centre for Regulation and Competition International Conference,
<http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/southafrica04/lee.pdf>,
Son Erişim Tarihi: 28.07.2010.

MATSUSHITA, M. (1997), Reflections on Copetition Policy/Law in the Framework of the WTO, *International Antitrust Law&Policy: Fordham Corporate Law 1997* içinde, s. 31-51.

NICHOLSON, M.W. (2008), An Antitrust Law Index For Empirical Analysis Of International Competition Policy, *Journal Of Competition Law And Economics*, No. 4 (4), s. 1009-1029.

OECD (1986a), *Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, C(86)44 (Final).

OECD (1986b), *Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Potential Conflict between Competition and Trade Policies*, C(86)65(Final).

OECD (1998), *Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/Final.

OECD (2004), United States-Report on Competition Law and Institutions,
<http://www.oecd.org/dataoecd/11/53/34427452.pdf>,
Son Erişim Tarihi: 18.07.2010, Paris.

OECD (2005), Competition Law and Policy in the European Union
<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>,
Son Erişim Tarihi: 18.07.2010.

PETERSMAN, E.U (1999), Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System-Proposals and Policy Options, (editor Roger Zach), *Towards WTO Competition Rules*, Kluwer Law International.

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

UNCTAD (1998), *Report of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy on its first session*, TD/B/COM.2/13, TD/B/COM.2/CLP/5, Geneva, http://www.unctad.org/en/docs/c2_clp98d5.pdf, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

WALLER, S.W. (1997), The Internationalization of Antitrust Enforcement, *Boston University Law Review* 343, No 77, *International Competition Law, A New Dimension For The Wto?*, Cambridge University Pres.

WEATHERILL, S. (2005) *Cases and Materials on EU Law*, 7th Edition, Oxford University Pres.

WOOD, P.D. (1994-1995), Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future; *DePaul L. Rev.* 1289, No 44.

WORLD BANK and OECD (1999), A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, (Dünya Bankası/OECD Model Kanunu) http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1_0_0.html, Washington, D.C., Paris, Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

WORLD TRADE ORGANIZATION (1996), *Singapore Ministerial Declaration*, WT/MIN(96)/Dec.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2001), *Doha Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/1.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2003), *Cancun Ministerial Declaration*, WT/MIN(03)/20.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *Doha Work Programme Decision*, Adopted by the General Council on 1 August 2004, WT/L/579.

YANIK, M. (2003), *Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

YAVUZ, Ş. (2003), *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per se" veya "Rule of reason"*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ZACH, R. (1999), *Towards WTO Competition Rules, Key Issues and Comments on the Wto Report (1998) on Trade and Competition*, Kluwer Law International.

MAHKEME VE KURUL KARARLARI

AB

Case-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851.

Case-6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can V Commission* (1973) ECR 215.

Cases-56/64 and 58/64 *Establishments Consen SA and Grunding GmbH v. Commission* (1966) ECR 199, (1966) CMLR 418.

ABD

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. (1993).

Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U. S. 104, 117 (1986).

Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 US 1 (1958).

Postal Service V. Flamingo Industries (Usa) Ltd. (02-1290) 540 U.S. 736 (2004).

Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949).

Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 US 1 (1958).

NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery, 472 U. S. 284 (1985).

Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association
Superior Court Trial Lawyers Association 493 U.S. 411 (1990).

State oil Co v. Khan, 522 U.S 3 (1997).

Türkiye

Danıştay 10. Daire Esas No: 2001/4817 Karar No: 2003/4770.

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-106 Karar Sayısı: 08-50/722-282.

DAHA ETKİN BİR ULUSLARARASI REKABET İÇİN HUKUKİ ÇERÇEVE ARAYIŞI

CONTRIBUTION IN THE SEARCH OF A LEGAL FRAMEWORK FOR A MORE EFFECTIVE INTERNATIONAL COMPETITION LAW

Dr. Ali Cenk KESKİN*

Öz

Küreselleşme olgusuna rağmen politika ve hukuk halen temelde ulus devletler tarafından düzenlenmektedir. Rekabet Hukuku da temel olarak ulus devlet tarafından düzenlenmekte ve konunun uluslararası boyutu eksik kalmaktadır. Ulusal rekabet kanunları, sınır ötesi aktivitelerle ancak ülke içerisinde ciddi bir etki doğurmaları halinde ilgilenmektedir. Bu durumun rekabete aykırı davranışlar için uygun bir ortam yarattığı gözlemlenmektedir. Son zamanlarda devletler, rekabet hukuku sorunları ile ilgili işbirliği anlaşmaları akdetme arayışına girmektedir. Bunun sonucu olarak ise bir uluslararası rekabet hukuku anlaşmasının gerekliliği konusu gündeme gelmiştir. Çalışmamızda, uluslararası rekabet hukukundaki mevcut durumun iyileştirilmesi yolları sorgulanmaktadır. Kanaatimizce içerik bakımından üye devletlerin egemenlikleri ile uyumlu plurilateral bir uluslararası anlaşmanın imzalanması hem Uluslararası Ticaret hem de rekabet hukuku açısından faydalı olacaktır. DTÖ ise böyle bir anlaşmanın akdedilmesi için en uygun kurumsal yapıyı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Küreselleşme, Rekabete Aykırı Uygulamalar, Uluslararası Rekabet Hukuku, Çoğul Taraflı Rekabet Anlaşması.*

Abstract

Despite globalisation, law and politics are still organised primarily on the basis of nation-states. Competition law is one form of such regulation. Domestic competition laws are not usually concerned with activity beyond territorial borders unless it has significant domestic effects. This approach has created a suitable environment for the anti-competitive activities. More recently, States have sought to negotiate co-operation agreements in relation to competition law matters. As a result, attention has turned to the possibility of negotiating an international agreement on competition law. So, in our thesis, we examine the

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

possibility of increasing the efficiency in international competition law. As an answer to it, we are arguing that a plurilateral competition agreement with the appropriate content would be beneficial for both international trade and competition and the WTO would provide the optimal institutional vehicle for it.

Keywords: *Globalisation, Anti-Competitive Practices, International Competition Law, Plurilateral Competition Agreement.*

GİRİŞ

Küreselleşmenin etkisiyle modern iş dünyası pek çok açıdan yoğun bir bütünleşme içine girmiştir. Oysa küreselleşme olgusu tarihte çok eskilere dayanmaktadır. Roma İmparatorluğu, Akdeniz bölgesinde küreselleşmenin tohumlarını atmışsa da, bu girişim 15. yüzyılın önemli keşiflerine kadar izole kalmıştır. 19 yüzyılda Suez ve Panama kanallarının hizmete girmesi, deniz ticaret filosunun ikiye katlanmasına ve demiryolu ağlarının çoğalmasına yol açmıştır. Böylece bugün anladığımız anlamda küreselleşmenin tohumları 150 yıl öncesinde atılmıştır. Yakın zamanlardaki teknolojik icatlarla ulusal ve bölgesel pazarlar arası irtibatlar sıkılaşmıştır.¹ Öte yandan, günümüzde küreselleşmenin ulaştığı yüksek seviyeye rağmen hukuk ve politika alanlarında hala ulus-devlet ölçeğinde düşünülmektedir.² Rekabet hukuku alanındaki uygulamalar bu duruma gösterilebilecek en iyi örneklerdendir. Genellikle, ulusal rekabet kuralları, iç pazarda önemli bir etki doğurmayan davranışlarla ilgilenmemektedirler. Ulusal kanunlarda ülke dışındaki pratikleri göz önüne alan düzenlemeler bulunsa da, yerel öngörüyle hazırlandıklarından değişen şartlar karşısında yetersiz kalmaktadırlar.³ Zira ülkesel sınırlar artık ticari sınırları yansıtmamaktadır. Nitekim, GATT ile başlayan ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ile devam eden gümrük duvarlarının kademeli olarak kaldırılmasında hedeflenen amaç küresel tek pazardır. Ancak, küresel pazarları ve çok uluslu şirketleri kontrol eden hukuki düzenlemelerin yetersizliği, rekabete aykırı davranışları teşvik etmektedir. İşte bu yüzden yüzlerce ülkede kâr amaçlı faaliyet gösteren şirket operasyonlarını denetleyen, küresel pazarın sağlıklı işleyişini güvence altına alacak bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu hemen herkesçe kabul

¹ ROSIAK Patricia (2003), *Les transformations du droit international économique*, L'Harmattan, Paris, s. 9.

² SWEENEY Brendan (2009), "International Competition Law and Policy: A Work in Progress", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.10, s. 58.

³ ULRICH Hanns (2003), «L'ordre concurrentiel: Rapport de synthèse ou variations sur un thème de Nice», ULLRICH Hanns, «L'ordre concurrentiel: Rapport de synthèse ou variations sur un thème de Nice», *L'ordre concurrentiel - Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO*, Editions Frison-Roche, Paris, s. 664.

edilmektedir⁴. Ancak bu düzenlemenin ne şekilde yapılacağı noktasında pek çok görüş ortaya atılmaktadır. Kimi yazarlar, ulusal rekabet hukuklarının uluslararası nitelik taşıyan olaylara uygulanmasını önermektedirler. Öncelikle, küresel pazar rekabet kurallarını düzenlemek için uluslararası hukukun klasik araçları yeterli midir? Uluslararası hukuk, bazı koşullarla kanunlarını ülke sınırları dışında uygulanmasına imkânı vermektedir. Ancak, bu yöntemin mevcut sorunları çözmek için yeterli olduğu tartışmalıdır.

Devletler, dünya pazarındaki rekabete aykırı davranışları engelleyebilmek için çoğunlukla ikili işbirliği anlaşmalarından faydalanmaktadır. Ancak bu tip anlaşmalar mevcut sorunlara sınırlı çözüm getirmektedir. Dolayısıyla, rekabet hukuku ihlallerini daha geniş katılımlı bir uluslararası anlaşmayla ele almanın mümkün olup olmadığı tekrar gündeme gelmiştir⁵. Bugüne dek pek çok uluslararası örgüt bünyesinde bu tip bir anlaşma için girişimlerde bulunulmuş, ne var ki çeşitli nedenlerle başarılı olunamamıştır. Henüz uluslararası rekabetin düzenlenmesi için gerekli altyapı oluşturulmadığından, ortak kurallar belirleme ve bu kuralları etkin bir şekilde uygulama gücüne sahip bir uygulamaya ihtiyaç giderek artmaktadır⁶. İşte bu yüzden, bazı yazarlar sorunlara etkin çözüm getirecek farklı arayışlara yönelmeyi daha akılcı bulmaktadırlar. Ağırlıklı olarak uluslararası düzenlemeleri öneren bu çözüm önerileri, kimi konularda kontrolü yitirme noktasına gelen ulus devletlere pek de cazip gelmemektedir. Egemenliklerini paylaşmaya gönüllü olmayan devletlerin engellemeleri halinde uluslararası bir düzenleme yapmak neredeyse imkânsızlaşmaktadır. Bu şartlar altında içerik bakımından hem devletlerin egemenliklerine saygılı, hem de küresel etkin rekabet ortamını sağlayan bir metin oluşturulması amaçlanmaktadır.

Bütün bu verilerden yola çıkarak uluslararası alanda rekabet ihlallerini önleyerek, küresel pazarın daha etkin şekilde işlemesi için neler yapılabileceği araştırmamızın temelini oluşturdu. Bu amaçla, çalışmamızın ilk kısmında, küresel pazarın, rekabet hukuku açısından ne şekilde işlediğini araştırdık. İkinci bölümdeyse, bu sistemin nasıl daha etkin hale getirilebileceğini inceledik. Daha önce önerilen başarısız projeleri irdeleyerek, politik açıdan kabulü mümkün bir çözüm arayışı içine girdik.

⁴ GERBER David J. (2010), *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, s. 5.

⁵ JACKSON John H. (1997), “Reflections on Constitutional Changes to the Global Trading System”, *Public Policy and Global Technological Integration*, ABBOTT Frederick/GERBER David (Ed.), Kluwer Law International, Londra, The Hague, Boston, s. 187.

⁶ RIOUX Michèle (2004), «Culture de concurrence: Les limites de l’antitrust international face à la concurrence globalisée», *Cahiers de recherche-CEIM (04-04)*, Groupe de recherche sur l’intégration continentale (GRIC), Université du Québec à Montréal, Eylül 2004, s. 1.

1. ULUSLARARASI REKABET HUKUKU VE İÇİNDE BULUNDUĞU KRİZ

Piyasalarda rekabeti koruma kaygısı çok eskilere dayanmaktadır. Henüz Orta Çağ'da, Anglo-Sakson Hukuk sisteminde rekabet korunması gereken bir değer olarak kabul edilmekteydi⁷. 1889 yılına gelindiğinde rekabete aykırı anlaşmaları ve tekelleşmeyi yasaklayan ilk ülke Kanada ve hemen arkasından da, 1890 senesinde Amerika Birleşik Devletleri olmuştur. 2.Dünya Savaşı sonunda ortaya çıkan neo-liberal akım, ulusalcı muhafazakâr ekolün teorilerine karşı gelmiştir. Bu yeni görüş çizgisinde oluşturulan ulus-üstü Avrupa Rekabet Hukuku, üye ülkelerin pazarlarında etkin rekabeti başarıyla sağlamıştır. Tüm bu gelişmelere paralel olarak uluslararası ticaretin de artmasıyla, bu kez küresel pazarda rekabeti korumaya yönelik çalışmalar başlatılmıştır. Bu girişimlerden en önemlisi olan Havana Şartı, onu takip eden diğer girişimler gibi başarısız olmuştur. Dolayısıyla şu anda global kapsamda rekabeti koruyan, etkin bir düzenleme veya bir örgüt bulunmamaktadır⁸. Bu hukuki boşluğun yarattığı sorunları irdelemeye geçmeden evvel, öncelikle uluslararası rekabet hukuku kavramı ve amacı üzerinde durup, daha sonra mevcut boşluğun ne şekilde doldurulmaya çalışıldığını inceleyeceğiz.

1.1. Uluslararası Rekabet Hukuku Kavramı

Uluslararası rekabet hukuku kavramı kaynağını öncelikle ulusal ve bölgesel rekabet hukuklarından, daha sonra da uluslararası hukuktan alır. Tüm bu kaynakların ortak noktası olan rekabetin sağlanması ise uluslararası rekabet hukukunun amacını oluşturmaktadır. Rekabet hukukları genel olarak ekonomik teorilerle şekillenirler⁹. Ekonomik teorilerdeki gelişmeler doğrultusunda rekabet hukukunun da değişmesi kaçınılmazdır.

1.1.1. Uluslararası Rekabet Hukukunun Amacı

Uluslararası rekabet hukukunun amacı dünya pazarında rekabeti düzenlemektir. Burada üzerinde durulması gereken nokta rekabet hukukunun, haksız rekabetten farklı olarak tacirleri değil, piyasanın kendisini ve genellikle tacirlere karşı piyasayı koruyan bir kamu hukuk dalı olduğudur¹⁰. Uluslararası rekabet hukuku, ulusal rekabet hukuklarından farklı bir amaç gütmemektedir. Ancak uluslararası

⁷ BORK Robert H. (1959) "Ancillary Restraints and the Sherman Act", 15 ABA Antitrust Section 211, s. 213-214.

⁸ GERADIN Damien (2009), "The Perils of Antitrust Proliferation - The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behaviour", Forthcoming in *Chicago Journal of International Law*, s. 3.

⁹ FRISON-ROCHE Marie-Anne / PAYET Marie-Stéphane (2006), *Droit de la concurrence*, 1^{er} éd. Dalloz, Paris, s. 9.

¹⁰ FARJAT Gérard (2004), *Pour un droit économique*, PUF, Paris, s. 122.

planda yasama ve yürütme faaliyetlerini iç hukuktaki gibi gerçekleştiren bir otorite olmadığından, aynı amaca farklı araçlarla ulaşmaya çalışmaktadır. Uluslararası rekabet hukuku, piyasaların korunmasını ve uluslararası işbirliğini devletlerin egemenliklerine zarar vermeden gerçekleştirmek mecburiyetindedir. Sermaye akımlarını ülkelerine çekmek isteyen hükümetlerin rekabet içinde olduğu bu dönemde, güdülen amacı gerçekleştirmek daha da zorlaşmıştır.

1.1.1.1. Rekabet Politikalarının Temelini Oluşturan Genel Ekonomik Teoriler

Genel olarak rekabet hukuku, piyasada rekabeti koruyup, teşvik etmektedir. Ancak bu genel kabulün arkasında yatan düşünce, işleyiş ve sosyo-ekonomik teoriler bir hayli karmaşıktır. Rekabet hukuku kavramını oluşturan teorilerin temelinde neo-klasik mikro-ekonomik teoriler bulunmaktadır. Teoriye göre insanların davranışlarında öncelikle ekonomik faktörlerin aranması gerekir¹¹. Çünkü bireyler rasyonel düşünen varlıklardır ve amaçlarına ulaşırken karşılıklarına çıkan engelleri en avantajlı şekilde aşmaktadırlar. Böylece, her birey sadece ve sadece kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmektedir. Öte yandan, pazarın etkin çalışması, genel refah düzeyinin artmasına ve büyümeye neden olacağından, kişilerin avantajıdır. Bu sonucu sağlayacak en önemli araçlardan birisiyse rekabet hukukudur.

Piyasanın ne olduğu sorusuna gelince, bu soruya kısaca, kısıtlı kaynakların nihai tüketicilere sunulduğu, arz ve talebin buluşup fiyatın belirlendiği her yer şeklinde cevap verilebilir¹². Piyasa dinamikleri gereği üreticiler, uzun vadede maliyetlerini en düşük noktada tutarak en fazla üretimi yapmayı ve kârlarını arttırmayı isterlerken, tüketiciler de ihtiyaçlarına en iyi cevap veren ürünü, en ucuza almaya çalışmaktadırlar. Piyasa, arz ve talebin fiyatta anlaştığı noktada dengesini bulur. Bu denge kısıtlı kaynakların ileriki üretim aşamasında ne şekilde kullanılacağını belirler. Her birim fiyat düşüşünde tüketicinin alım gücü artmakta ve daha fazla ihtiyacını karşılayabilmektedir. Böylece, tüketici bir mal için ödemeyi düşündüğünden daha az fiyata o malı satın alabiliyorsa tüketici fazlası, üretici daha düşük fiyata malını

¹¹ Şahsi metod adı verilen bu sistematik, ekonomi ve toplumu bütün olarak kabul eden düşüncenin tam tersidir.

¹² SAMUELSON Paul A./NORDHAUS William D. (1995), *Micro-économie* 14^e édition, les éditions d'organisation, Paris, s. 155 ve devamı.

satabilecekken, yüksek fiyata satması halindeyse üretici fazlası oluşur¹³. Bu iki fazlanın toplamı ise global fazlayı oluşturur¹⁴.

1950li yıllarda ortaya konan yeni matematiksel kuramlar, kaynakların etkin kullanımı ile rekabet arasındaki kuvvetli ilişkiyi ispatlamıştır. 20.yy başlarında Pareto, etkinlik ve verimlilik alanlarında yaptığı araştırmalarla optimum Pareto olarak anılan teorisini ortaya koymuştur. Bu teoriye göre, kaynak kullanımında yapılacak değişim başka bir üreticinin verimliliğini düşürüyorsa, sistem Pareto optimumdadır ve kaynakların paylaşımında değişikliğe gitmeye gerek yoktur¹⁵. Pareto'nun çalışmalarını temel alan ve modern maliyet-kâr analizini ortaya koyan Kaldor-Hicks ise verimliliğin net olarak artması halinde bundan herkesin kârlı çıkacağını ispatlamıştır¹⁶.

Günümüz neoklasik mikro-ekonomi öğretisine gelince, bu görüş ekonomik verimliliğin, mevcut teknoloji ile en ucuza üretilen malların pazarda en yüksek bedeli ödeyenlere satılmasıyla sağlanacağını ileri sürmektedir. Üretimde verimlilik artışı maliyetleri düşüreceğinden global fazlayı arttıracaktır. Bu ekole göre rekabet, ekonomik verimliliğin artmasında en önemli etkidir. Geçerliliği özellikle Frederich Hayek tarafından sorgulanan bu akım, Kenneth Arrow'un da belirttiği gibi mükemmel olmasa da mevcut teorileri içinde en iyisidir. Söz konusu görüşün kabulüyle hükümetler sosyal politikalarını belirlerken rekabetin korunmasını da hedeflemeye başlamışlardır. Ancak rekabet politikaları, bir ülkeden diğerine göre değişmektedir¹⁷. Bazı rekabet politikaları ekonomik verimliliği ve toplumun refahını sağlamak için, farklı fiyatlardaki ürün yelpazesinin tüketicilere sunulmasını gerçekleştirmeye çalışırken, bir kısım ülkelerde hükümetler rekabet sayesinde kaynakların verimli olarak dağılımını amaçlamaktadır. Diğer bazı ülkeler ise, öncelikle pazarda hâkim durumdaki aktörlerin rekabete aykırı davranışlarını engelleyerek tüketicinin, serbest piyasanın ve serbest teşebbüsün korunmasını hedefler. Sayıları daha az olan bazı ülkeler ise rekabet politikalarını, tekeleşmeyi engelleyen ve bunu yasaklayan düzenlemeler yaparak oluşturmuşlardır¹⁸. Tüm bu politikaların ortak yanı, belirli bir rekabet ortamının sağlanması için kamunun düzenleyici işlemler

¹³ BERNIER Bernard/VEDIE Henri-Louis (2005), *Initiation à la microéconomie*, Dunod 2^e ed. Paris, s. 58.

¹⁴ BEGG David/FISCHER Stanley/DORNBUSCH Rudiger (2002), *Micro économie*, 2^eme ed. Dunod, Paris, s. 295.

¹⁵ VARIAN Hal R. (2006), *Introduction à la microéconomie*, 6^e ed. De Boeck, Bruxelles, s. 21 ve 22.

¹⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ABRAHAM - FROIS Gilbert (2004), *Introduction à la micro-économie*, Economica, Paris, s. 292 ve devamı.

¹⁷ PRAGER Jean-Claude/VILLEROY de GALHAU François (2006), *18 leçons sur la politique économique: À la recherche de la régulation*, 2^e ed. Seuil, Paris, s. 80.

¹⁸ OCDE (2003), «Les objectifs du droit et la politique de la concurrence», *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, Vol.5, no.1, s. 17.

yapmasındadır. Rekabet politikaları seçtikleri farklı araçlardan bağımsız olarak birleşme ve devralmalar da dâhil olmak üzere şirketlerin rekabeti kısıtlayan davranışlarını, devlet yardımlarını ve piyasanın regülasyonunu sağlamak gibi ortak öğeler içermektedir. Sonuçta, yaratılan rekabetçi piyasa ortamı yaratıcılığın ön plana çıkmasına ve yeniliklerle maliyetlerin düşürülmesine yol açmaktadır¹⁹.

Rekabet politikalarının gerçekleştirilmesindeki en önemli unsurlardan bir tanesi hiç kuşkusuz rekabet hukukudur. Hukuk kuralları aracılığıyla rekabetin serbest işleyişine engel olan davranışlara yaptırım uygulanmaktadır²⁰. Rekabete aykırı davranışlar bir anlaşmanın sonucunda ortaya çıkabileceği gibi piyasada hâkim durumun kötüye kullanılması ile de oluşabilmektedir. İş dünyasındaki sıkça yapılan işbirlikleri piyasalarda yoğunlaşmayı da beraberinde getirebilmektedir²¹. Hâkim durumun kötüye kullanılmasında da, rekabeti kısıtlayan anlaşmalarda da ortak olan nokta, yüksek pazar payıdır. Anlaşma ile amaçlanan yüksek pazar payını ele geçirmek iken, hâkim durumun kötüye kullanılmasında bu unsur zaten mevcuttur. Öte yandan, rekabet politikaları yoğunlaşmalara karşı daha net bir tutum ortaya koymaktadır²². Rekabet otoriteleri, iki da daha fazla şirketin statülerindeki değişikliklerle piyasa güçlerini artırmalarının, pazarın yapısını ne şekilde etkileyeceğini incelemektedirler. Bu inceleme sonunda gerçekleştirilmek istenen operasyona izin verilir, reddedilir veya şartlı olarak kabul edilir. Şirket devralma ve birleşmelerinin piyasaya etkilerini açıklayan ekonomik teoriler değişip farklı sonuçlar ortaya koydukça, rekabet otoritelerinin bu işlemleri inceleme kriterleri de farklılaşmaktadır. Böylece önceleri yasaklanan bir operasyona değişen teoriler sonunda izin verilebilmekte veya bunun tam tersi sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Rekabet mevzuatları, çeşitli operasyonlara bildirim şartı getirerek piyasalarda rekabete aykırı durum oluşmasına *a priori* kontrolle önceden engel olmaya çalışmaktadır. Oysa anlaşmalar ve hâkim durumun kötüye kullanılmasında yapılan incelemeler *a posteriori* niteliktedir.

Diğer yandan, ekonomide halen en büyük ajan olan devlet de rekabete aykırı davranarak piyasanın sağlıklı işleyişini bozabilmektedir. Devlet, kurduğu teşebbüslerle ekonominin içinde doğrudan yer alarak rekabeti kısıtlayabileceği gibi, sübvansiyonlar, vergi avantajları, hazine garantileri ve devlet kredileri gibi

¹⁹ SAADA Estelle (2004), « La politique de la concurrence », dans La politique économique et ses instruments, sous la dir. FERRANDON Benoît, Les notices de *La Documentation Française*, s.73.

²⁰ Frison-Roche/Payet (2006), s.113.

²¹ BRAULT Dominique (2004), *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, Paris, s. 351 - 352.

²² FRISON-ROCHE Anne-Marie/BONFILS Sébastien (2005), *Les grands questions du droit économique*, Ed.PUF, Paris, s. 399.

araçlarla piyasadaki rekabet dengelerini bozabilir. Zor durumda olan bir şirkete tahsis edilen devlet yardımı, bu şirketi piyasadaki rakiplerine karşın daha avantajlı pozisyona getirecektir. Üstelik yardımın kimlere, ne şekilde yapılacağını belirleyen kriterlerin politik olması riski bu durumu daha da karmaşıktır. Öte yandan, yapılan bu yardımlar sınırlı kaynakların optimal kullanımına engel teşkil etmektedir²³. Gerçi son zamanlarda teknolojik gelişmelerin de etkisiyle, devletin kamu hizmetini gerekçe göstererek özel sektöre kapadığı alanları birer birer serbest rekabete açması ve bu alanlarda kamu otoritesinin sadece regülatör olarak kalması nedeniyle devletin eski gücünü yitirdiği ileri sürülmektedir. Her ne kadar bu görüşte doğruluk payı olsa da kamımızca devlet, ekonomideki en büyük ekonomik ajan olmayı sürdürmektedir. Böylesine büyük bir ekonomik gücün piyasaya müdahalesinin belli kurallar çerçevesinde sınırlandırılması uluslararası anlaşmalarla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Bu duruma örnek olarak 1997 yılında DTÖ nezdinde imzalanan, telekomünikasyon anlaşmasını gösterebiliriz²⁴.

1.1.1.2. Uluslararası Rekabet Hukukunun Kamu ve Özel Teşebbüsün Rekabete Aykırı Davranışlarını Engelleme Görevi

Ulusal rekabet hukukları, genellikle ülkesel sınırları dikkate almaktadır. Ancak, özellikle çokuluslu şirketlerin ticari faaliyetleri ulusal sınırlardan daha kapsamlıdır ve birçok egemenlik sahasından geçmektedir²⁵. Devletler arası koordinasyon eksikliği kimi zaman üreticinin, kimi zaman tüketicinin ancak, her halde ekonominin zararına olmaktadır. Bu duruma çözüm bulma arayışında olan uluslararası rekabet hukuku, içerik olarak ulusal rekabet hukuklarından faydalanacak; ancak niteliği itibariyle devletleri muhatap alacaktır. Konusu bakımından özel kişilerin olduğu kadar devletlerin de rekabete aykırı davranışlarını inceleyecektir. Bu bağlamda, bir aktivitenin uluslararası rekabet hukukunun konusunu oluşturması için birden fazla ülkede etki doğurması gerekmektedir²⁶. Bir veya birden çok ulusal pazarda oluşan, ancak küresel etki doğuran her aktivite uluslararası rekabet hukukunun konusuna girmektedir.

²³ BRAULT Dominique (1997), *Droit et la politique de la concurrence*, Economica, Paris, s. 111 - 112.

²⁴ Bu anlaşmayı imzalayan ülkeler telekomünikasyon pazarlarını 10 yıl içinde serbest rekabete açmayı taahhüt etmişlerdir.

²⁵ MOUSSERON Jean-Marc/RAYNARD Jacques/FABRE Régis/PIERRE Jean-Luc (2003), *Droit du commerce international*, 3^e ed. Litec, Paris, s. 73.

²⁶ JACQUET Jean-Michel/DELEBECQUE Philippe/CORNELOUP Sabine (2007), *Droit du commerce international*, 1^e Dalloz, Paris, s. 12.

1.1.1.2.1. Kamunun Rekabete Aykırı Politikaları

Rekabet piyasalarının daha iyi işleyebilmesini sağlamak amacıyla öncelikle kamunun sübvansiyonlarını kontrol altına almak gerekmektedir. Bu yardımlardan işsizlikle mücadele için yapılanlar gibi bazıları meşru olarak kabul edilse de, sübvansiyonların çoğu son derece zararlı sonuçlara yol açmaktadır. Bunlara örnek olarak, ihracatı arttırmak için verilen teşvikleri gösterebiliriz. Hem piyasayı hem de kişileri korumak için yapılması gereken iyi ve kötü sübvansiyonların belirlenmesidir²⁷. Uluslararası Hukuk, 2. Dünya Savaşı sonrası bu alanda çalışmalarda bulunmuş ve sübvansiyon verilmesini belli kurallara tabi tutmuştur²⁸. Uluslararası ticaretin işleyişinin zarar görmesini önlemek amacıyla, DTÖ bünyesinde imzalanan anlaşmalar sayesinde devlet yardımlarında düzenlemelere gidilmiştir. DTÖ'nün uyumsuzlukları önleme mekanizmasında sübvansiyonları konu alan birçok dava da görülmüştür²⁹. Bu mekanizma sayesinde, küresel pazardaki rekabeti engelleyici devlet yardımları bir nebze de olsa önlenmektedir. Sonuç olarak, bu sorun uluslararası rekabet hukukunun öncelikle ele alması gereken bir konu olmamakla beraber, mevcut sistemin kapsamı genişletilerek iyileştirilmesi de mümkündür.

Uluslararası ticaret ile uluslararası rekabetin ortak ilgi alanını oluşturan bir başka konu da ulusal pazarlara giriş engellerinin kaldırılmasıdır. Örneğin, kamu ihalelerinde ulusal şirketlerin tercih edilerek yabancı arzların ihale dışında bırakılmaları serbest rekabeti bozabilmektedir. Kamu otoritesi çeşitli sebeplerle bazı alanlarda tekeller yaratarak bu alanlarda serbest rekabetin oluşmasına engel olmuştur³⁰. Bununla beraber, özellikle teknolojik gelişmelerle bu tekellerin oluşumundaki nedenler meşruluğunu yitirmektedir. Böylece bu alanlarda bir liberalizasyon akımı yaşanmakta ve serbest rekabete geçilmektedir. Ancak, ulusal güvenlik gibi gerekçelerle bazı sektörlerde devlet tekelleri varlıklarını sürdürmektedirler. Uluslararası hukukta, DTÖ bünyesinde kamu ihaleleri pazarında açılım getiren anlaşmalar imzalanmıştır³¹. Bu metinlerde devletin pazara giriş engellerine karşı düzenlemeler yapılmış, ancak özel sektör kapsam

²⁷ CARREAU Dominique/JUILLARD Patrick (2007), *Droit international économique*, Dalloz 3^e éd., Paris, s. 202.

²⁸ COLIN Frédéric (2005), *Droit public économique*, Gualino, Paris, s. 202 - 203.

²⁹ Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs, Rapport du Groupe spécial, WT/DS70/R, 14 avril 1999 et Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs, Panel Raporu, WT/DS46/R, 14 Şubat 1999 davası en önemlilerindedir. Kanada hükümeti, Brezilya'nın ihracatı teşvik eden ve haksız rekabet yaratan sübvansiyon sistemini dava ederken, Brezilya hükümeti de Kanada'nın havacılık sektörüne doğrudan yaptığı yardımları dava etmiştir.

³⁰ CHABRIT Nicolas (2002), *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, s. 221.

³¹ 14 Kasım 2001'de kamu ihalelerinin şeffaflığını sağlayacak multilateral anlaşma görüşmelerine başlanma kararı da alınmıştır.

dışı bırakılmıştır³². Oysa, pazara girişteki engellemeler kamu tarafından yapılabileceği gibi, özel sektör tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Bu alandaki hukuki boşluk bir an evvel giderilmelidir.

Öte yandan, devletlerin uluslararası alanda kurdukları birlikler de rekabet üzerinde etkilidir. Son zamanlarda sıkça oluşturulan gümrük birlikleri, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), Güney Amerika Ortak Pazar (MERCOSUR) gibi serbest ticaret alanları, ya da bu tür örgütlenmelerin en gelişmiş örneği olan uluslarüstü karakterdeki Avrupa Birliği piyasaların işleyişine yön vermektedir³³. Normalde global pazarda üyeleri için avantajlı adacıkların oluşturulması DTÖ hukukunun temeline aykırıdır. Ancak GATT'ın 24. maddesi, bazı istisnaların tanınmasına izin vermektedir³⁴. Hukuken meşru kılınmış mevcut durum, DTÖ hukukunun temel prensiplerinden olan ayrımcılık yasağına tezat oluşturmaktadır. Ayrıca bu durum, uluslararası rekabet açısından da pazar paylaşımına benzeyen ve bölgesel pazarların oluşmasına sebep olmaktadır. Kuşkusuz bu uygulamalar da uluslararası rekabet hukukunun ilgi alanına girmekte ve konusunu oluşturmaktadır.

1.1.1.2.1. Özel Sektörün Rekabete Aykırı Aktiviteleri

Günümüz ekonomisinde küresel piyasalardaki rekabete aykırı işlemlerin büyük çoğunluğu özel teşebbüs tarafından gerçekleştirilmiştir. Paradoksal olarak bu alan uluslararası hukukça neredeyse hiç ele alınmamıştır. Uluslararası rekabet hukuku, özel teşebbüslerin davranışlarını öncelikle klasik rekabet hukuku anlamında yani, anlaşmalar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve şirket birleşme ve devir almalarından doğan yoğunlaşmalar bakımından incelemektedir.³⁵ Küresel pazarda ticaret yapan şirketler, üzerlerindeki rekabet baskısını azaltmak için fiyat ve üretim miktarları gibi unsurları belirleyen anlaşmalar yapmaktadırlar. Uluslararası rekabet hukuku, yaptırım uygulanması gereken, uluslararası nitelikteki bu anlaşmaları belirlerken belli bir tipoloji tanımlı yapmamalıdır. Zira bu tür anlaşmalar pek çok farklı şekilde ortaya

³² OKIEMY Bienvenu (2001), «L'O.M.C. face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence», dans, l'Organisation mondiale du commerce : Vers un droit mondial du commerce?, OSMAN Filali ed., Bruylant Bruxelles, s. 67 - 68.

³³ Gümrük birliği oluşturan ülkeler kendi aralarında gümrükleri kaldırılarak, birlik dışındaki ülkeler aynı gümrük tarifelerini uyguladılar. Oysa serbest ticaret bölgelerinde, üye devletler arasında gümrük duvarları kalkmasın rağmen diğer ülkelere uygulayacakları gümrük tarifeleri farklı farklıdır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Jacquet / Delebecque / Corneloup (2007), s. 108.

³⁴ RUIZ FABRI Hélène/SOREL Jean-Marc (2005), «L'organisation du commerce international», dans le Traité de droit du commerce international, sous la direction de BEGUIN Jacques/MENJUCQ Michel, Litec Paris, s. 99.

³⁵ LIGNEUL Nicolas (2001), L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises, Bruylant, Bruxelles, s. 290.

çıkabilmektedir³⁶. Burada belirleyici olan unsur anlaşmanın taraflarının amaçlarını gerçekleştirecek pazar gücüne sahip olmaları ve bu amaçla hareket ederek rekabet ortamına zarar vermeleridir³⁷.

Hâkim durumlarını rekabeti bozmak amacıyla kullanan özel teşebbüslere gelince, burada ihlâl olarak kabul edilen hâkim durumda olmak değil; avantajlarını rakipleri veya piyasa dengeleri aleyhine ancak kendi lehine kullanmaktır. Bu istismanın cezalandırılabilmesi için öncelikle rakiplerinden, müşterilerinden, tüketiciden bağımsız olarak hareket edebilecek ve piyasa şartlarını değiştirebilecek güçte bir müteşebbisin varlığı aranmaktadır. Bu şartların belirlenmesinde pazar payı önemli bir unsur olsa da belirleyici tek unsur değildir. Piyasadaki hâkim pozisyonunu rakiplerinin aleyhine avantaj sağlamak amacıyla hukuka aykırı olarak kullanmak ikinci şarttır. Hâkim durumun kötüye kullanılmasının rekabet hukuku açısından cezalandırılmasında aranan son unsur, ortaya çıkan neticenin rekabeti kısıtlamasıdır³⁸. Uluslararası rekabet hukuku bakımından hâkim durumun belirlenmesinde de rekabeti kısıtlayan anlaşmalarda olduğu gibi, hareketin birden fazla ulusal pazar üzerinde etki doğurması aranmaktadır.

Uluslararası rekabet hukuku bakımından piyasalarda yoğunlaşmalar incelendiğinde, şirket birleşmelerinin fazlaştığı bu yüzyıl anti-tröst hukukunun Amerika'da ortaya çıktığı yıllara benzemektedir. Ekonominin kilit alanlarında yaşanan sermaye birliktelikleri bölgesel ve küresel pazarlarda hâkim güçleri oluşturmaktadır³⁹. Piyasaların birbirlerine gitgide daha da entegre olduğu şu günlerde çokuluslu şirketlerin ekonomik ve hatta politik güçleri denetlenmeye muhtaçtır⁴⁰. Birleşme ve devralmalar teknoloji paylaşımı, üretimin yeniden düzenlenmesi gibi uygulamalarla maliyetlerin düşmesine neden olabilecektir. Ancak, bu durum pazar payındaki artış nedeniyle fiyatın artmasına ve hatta tekellerin oluşmasına kadar varan rekabet açısından son derece zararlı sonuçlara yol açabilmektedir. Yapılan araştırmalar her iki birleşmeden birinin beklenen faydayı vermediğini göstermektedir⁴¹. Uygulamada büyük şirket birleşmelerinin birden fazla ulusal rekabet otoritesi tarafından incelendiğini ve bu durumun kimi zaman sorun yarattığına şahit olmaktadır. Genelde bu sorunlar hedef pazarın iyi

³⁶ Brault (1997), s. 235.

³⁷ PAYET Mayisre-Stéphane (2001), *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Paris, s. 83 - 84.

³⁸ Saada (2004), s. 74.

³⁹ ABDELGAWAD Waled (2001), «Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence: vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la lex economica», *RIDE* 2001/2, s. 165.

⁴⁰ DE LEON Ignacio (2002), "The Dilemma of Regulating International Competition under the WTO System", dans, *International Economic Regulation*, Ed.KELSEY, Jane, Dartmouth, s. 357.

⁴¹ Prager/Villeroy de Galhau (2006), s. 79 - 80.

belirlenememesi, ulusal şampiyonların yaratılması endişesiyle politik kararlar alınması veya ulusal rekabet otoritelerinin çelişkili kararları nedeniyle operasyonların gerçekleşmemesi çerçevesinde meydana çıkmaktadır. Ayrıca, küreselleşme sonucunda entegrasyonu gerçekleştiren piyasalarda yaşanan yoğunlaşmaları engellemede ulusal rekabet otoritelerinin yetersizliği uluslararası tekellerin ortaya çıkmasına fırsat vermektedir. Bu durumu engellemek için uluslararası rekabet hukuku sadece birden fazla pazarı etkileyecek büyük yoğunlaşma faaliyetlerini kapsamına almaktadır.

Özel sektörün şu ana kadar incelediğimiz aktiviteleri, ulusal rekabet hukuklarının da konusunu oluşturmaktadır. Oysa ithalat ve ihracat kartelleri, damping⁴² gibi bazı alanlar uluslararası hukukun da konusunu teşkil etmektedir. Birden fazla ülkedeki üreticiler bir araya gelerek belli bir ürün için fiyatı belirleyip, pazarı paylaşıyor ya da bunun gibi rekabeti kısıtlayan faaliyetlerde bulunuyorlarsa, bu durumda uluslararası bir kartelin varlığından bahsedilmektedir. Günümüzde uluslararası rekabete en zararlı karteller ihracat ve ithalat kartelleridir. Rekabet kanunu olan ülkeler dahi bu kartelleri ya ulusal pazarda bir etki doğurmadıkları gerekçesiyle ya da hiçbir gerekçe göstermeksizin kanununun uygulaması dışında bırakmışlardır⁴³.

Uluslararası arenada rekabete zararlı bir başka uygulama da dampingdir. Dampingi kısaca, ulusal pazarda satılan aynı ürünü, ekonomik veya ticari bir gerekçesi olmaksızın yurtdışı piyasalarda daha ucuza, hatta maliyetinin altında satılması olarak tanımlayabiliriz⁴⁴. Özellikle ihracatçı ülkelerin üreticilerine büyük zarar veren bu uygulama GATT Anlaşmasının VI. maddesinde ele alınmıştır. Bu maddeye göre dampingden zarar gören ülkelere anti-damping yapma hakkını tanımıştır. Ancak anti - dampingin haksız yere uygulanmasını engellemekten uzak olan mekanizma damping kadar zararlı olmaktadır⁴⁵. Özetle, mevcut sistem uluslararası hukukun arkasından dolanılmasının imkânı vermektedir.

Sonuç olarak rekabet hukuku, piyasaların işleyişinde herkesin zararına bazı aksaklıklar olabileceğini kabul ederek, rekabetin korunmasını savunmaktadır. Ancak uluslararası platformda ulusal ölçekteki manada bir

⁴² Şöyle ki, damping uygulamasından doğan zarar iki taraflı olup ihracatçı ülkelerin üreticileri bakımından da ithalatçı ülke üreticileri için de zararlıdır. Damping bu makalenin doğrudan konusunu oluşturmadığından çalışmamızda detaylı bir incelemeye tabi tutulmamıştır.

⁴³ CNUCED (1996), La politique de concurrence et les pratiques commerciales restrictives, Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives, TD/B/RBP/INF.36, 29 Ocak 1996, s. 9.

⁴⁴ Carreau/Juillard (2007), s. 194.

⁴⁵ MERKT Benoît (2000), Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Ed. Peter Lang, Neuchâtel, s. 168.

devlet otoritesi olmadığından, küresel pazardaki aksaklıklara müdahale şekli daha farklı olmaktadır. Bu noktada, öncelikle uluslararası rekabet hukukuna kaynak oluşturabilecek bir çekirdeğin var olup olmadığını araştırmak ve bu soruya olumlu cevap verilebiliyorsa, piyasalarda rekabeti korumak ve bozulması halinde düzeltmek için ne şekilde müdahale edilebileceğini incelemek gerekmektedir.

1.1.2. Uluslararası Rekabet Hukukunun Potansiyel Kaynakları

Günümüzde gelişmiş ülkelerin çoğunluğu bağımsız rekabet otoriteleri tarafından korunan ulusal rekabet mevzuatlarına sahiptirler. Ulusal rekabet hukuklarını incelediğimizde, bu hukukların esin kaynağının, genelde Amerikan ya da Avrupa Birliği rekabet hukukları olduğunu tespit etmekteyiz. Uluslararası alanda yapılan rekabet hukuku çalışmalarında da yine bu hukukların etkisini görmekteyiz. Bu durumda uluslararası rekabet hukukunun potansiyel kaynaklarını bu hukuk sistemleri içinde aramak yerinde olacaktır.

1.1.2.1. Ulusal ve Bölgesel Kaynaklar

Doktrindeki bazı yazarlara göre, Amerikan anti-tröst hukuku modern rekabet hukuklarının temelini oluşturmaktadır⁴⁶. Hatta bu hukuk sisteminin, uluslarüstü *sui generis* yapısıyla farklılaşan Avrupa Birliği rekabet hukuku üzerinde de etkisi olduğu gözlemlenmiştir⁴⁷. Amerika'ya yerleşen ilk koloniler ortaçağ'dan itibaren ticaret serbestisini korumayı ilke edinmiş İngiliz Hukuku'na tâbi olmuşlardır. Bu anlamda fiyat belirleyen, pazar paylaşan anlaşmalar mahkemelerce hükümsüz kılınmıştır⁴⁸. Buna karşılık, Amerikan şirketleri piyasaya hükmetmek için başka bir yol seçerek kartelleri oluşturmuşlardır. İç savaş sonrası alt yapısını hızla tamamlayan Amerika'da ortaya çıkan karteller, ekonominin her alanını etkisi altına almaya başlamışlardır⁴⁹.

Halkın yoğun tepkisini alan bu oluşumlara karşı tüm siyasi partiler kartelleri ortadan kaldırmayı hedeflemişler ve bu amaçlarına seçim programlarında yer vermişlerdir. Amerikan Kongresi 1887 yılında demiryollarında uygulanan keyfi tarifelere karşı Eyaletlerarası Ticaret Kanunu (*Interstate Commerce Act*) adı altında, ilk rekabet mevzuatını yayımlamıştır. Ancak, bu mevzuat sadece demiryolu sektörünü ele almaktaydı. 2 Temmuz

⁴⁶ ENCOA David/GUESNERIE Roger (2006), *Politique de la concurrence*, Conseil d'analyse économique, *La Documentation Française*, Paris, s. 19.; PRIETO Catherine (2005), «Quelle concurrence face à la mondialisation économique? L'Europe entre audace et ralliement», *Concurrences - Revues des droits de la concurrence*, No.1, s. 20.

⁴⁷ KESKIN Cenk (2003), *Les aspects communs et différents de droit de la concurrence américain et européen*, Thèse de DEA de l'Union européenne, L'Université Galatasaray, Istanbul.

⁴⁸ RAHL James (1950), "Conspiracy and the Anti-Trust Laws ", *Illinois Law Review* III, s. 745.

⁴⁹ LEVASSEUR Alain (1994), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, Paris, s. 275.

1890'da ise o güne kadar oluşmuş mahkeme kararları doğrultusunda hazırlanan genel nitelikte ve halen yürürlükte olan Sherman Yasası kanunlaşmıştır⁵⁰. Bu kanun temelde iki yasak getirmektedir. İlk yasak, rekabetin düzgün işleyişini bozmak amacıyla yapılan anlaşma veya ittifakları hedeflerken⁵¹, ikinci yasak tekel oluşturmak için yapılan anlaşmaları yasaklamaktadır⁵². Kanun yaptırım olarak para cezasının yanı sıra hapis cezasını da öngörmektedir. Sherman Kanununun birleşme ve devralmalarla ilgili eksiğini ise 1914 senesinde kanunlaşan Clayton Yasası⁵³ tamamlamıştır⁵⁴. Günümüzde Amerikan Kongresi, temel rekabet kanunlarını değişen şartlara göre gözden geçirerek yasama çalışmalarına devam ederken, mahkemeler de içtihat yoluyla eksiklikleri tamamlamaktadır. Özellikle Sherman Kanununun kapsamının geniş olması nedeniyle, iş hayatının doğasından kaynaklanan sıradan bazı anlaşmaların dahi kanun kapsamına girmesi nedeniyle mahkemelerce "rule of reason" olarak bilinen prensip ortaya konmuştur⁵⁵. Diğer yandan, dava ekonomisi bakımından, bazı tip anlaşmaların veya davranışların, incelenmeksizin, *per se* rekabete aykırı ilan edilmesi de yine içtihadla kabul edilmiştir⁵⁶.

Amerikan rekabet hukukunun birçok ülkeye örnek teşkil ettiği göz önüne alındığında, Avrupa Birliği'nin de rekabet hukukunu Amerika örneği üzerine kurabileceği düşünülebilir. Ancak, Avrupa Birliği rekabet hukuku ekonomik istikrarın, barışın, güvenliğin sağlanması ve tek pazarın yaratılmasında bir araç olarak tasarlandığından farklı bir içeriktedir⁵⁷. Bu bağlamda ilk rekabet hukuku düzenlemesi, Avrupa Kömür Çelik Topluluğu'nu

⁵⁰ *Sherman Antitrust Act* "An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies" Public law n° 190, US Statues at large, Vol. 26 pp. 209-210, 15 US Code Section §1-7 Stat 206.

⁵¹ "Every contract, in combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal..."

⁵² "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony..."

⁵³ Clayton Act, 15 U.S.C., §§ 12-27.

⁵⁴ Clayton Act, 15 U.S.C., § 18, "No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. "

⁵⁵ GERBER David J. (2006), «Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence» dans la Modernisation du droit de la concurrence, Dir. CANIVET Guy, L.G.D.J. Paris, s. 115.

⁵⁶ Özellikle *Arizona c. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982) davası bu prensibin kriterlerini ortaya koymaktadır.

⁵⁷ Merkt (2000), s. 41.

kuran 1951 Paris Andlaşması ile yapılmıştır. Amaç, 2. Dünya Savaşının nedeni olarak görülen kömür çelik endüstrisinde tekelin oluşmasını engellemek ve rekabet ortamını sağlamaktır. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurucu andlaşması olan 1957 Roma Andlaşması, Paris Andlaşmasındaki sistemi birleşmelerle ilgili kısmı dışında aynen almıştır. Bu boşluk ancak 21 Aralık 1989'da yürürlüğe giren tüzük ile çok geç olarak giderilmiştir⁵⁸. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku sistemi uluslarüstü nitelikte olup, Komisyon, üye devletlerin rekabet otoriteleri, Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na uygulanmaktaydı. Bu sistem gereğince, Avrupa tek pazarını etkilemeyen hususlarda yetki ulusal rekabet hukuklarına bırakılmıştı. Ancak, 1 Mayıs 2004'den beri tek pazarda rekabetin bozulması ya da kısıtlamasını engellemek ve AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın⁵⁹ gereklerini yerine getirmek adına, Komisyon'un yanı sıra, AB üyesi ülkelerin rekabet kurumları da Antlaşmanın hükümlerinin uygulamasında yetkiye sahiptirler.

Avrupa Birliği rekabet hukukunun temel taşlarında birisi, üye devletlerin iç hukukuna doğrudan etki doğuran, Roma Andlaşması'nın 81. maddesidir. Bu madde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ilan ederek yasaklamaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrası, Amerikan sistemi ile temel farklılığı oluşturan ve belirli konulardaki anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan sistemi kurmaktadır. Avrupa Birliği rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması yine Roma Andlaşması'nın 82. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁰. Bu madde hâkim durumu

⁵⁸ GAVALDA Christian/PARLEANI Gilbert (2006), *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5^{ème} ed. Litec Paris, s. 393 - 394.

⁵⁹ Bilindiği üzere 1.12.2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte AB Kurucu Andlaşması (Treaty establishing the European Community), AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma (Treaty on the functioning of the European Union) olarak; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (Court of Justice of the European Communities), Avrupa Birliği Adalet Divanı (Court of Justice of the European Union); ve Birinci Mahkemesi (Court of First Instance) ise Genel Mahkeme (General Court) olarak değişmiştir.

⁶⁰ Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler; Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması; Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına

değil, bu durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır⁶¹. 81. maddenin aksine, bu maddede bir muafiyet sistemi öngörülmemektedir.

Tüm dünyada olduğu gibi Avrupa Birliği'nde de küreselleşmeyle beraber birleşme ve devralmalarda patlama yaşanmış ve bu nedenle 1989 tarihli tüzük yetersiz kalmıştır. Dolayısıyla bu tüzük yerine 2004 senesinde, 139 sayılı tüzük yürürlüğe girmiştir⁶². Tüzükte belirtilen, kıstaslara giren birleşme ve devralmaların gerçekleşmesi Komisyon'un iznine tâbi kılınmıştır. Diğer taraftan, devletlerin ve diğer kamu teşebbüslerinin de Avrupa Birliği'nde rekabeti bozabileceği tehdidine karşılık, Roma Andlaşmasının 87 ila 89. maddeleri devlet yardımı rejimlerini düzenlemektedir. Bu sistem, bölgesel kalkınma planları, sosyal nitelikli yardımlar, doğal afetler, Avrupa için önem arz eden bir projenin gerçekleştirilmesi, ekonomik kriz gibi nedenlerle yapılan yardımlara izin vermektedir. Öte yandan, üye ülkelerin devlet yardımı politikalarını detayları 659/1999 sayılı Tüzükte belirtildiği üzere, Komisyon'a bildirmesi yine Roma Andlaşması'nca zorunlu kılınmaktadır⁶³.

Ulusal ve bölgesel bazda ilham kaynağı olabilecek bu hukuki düzenlemeler dışında, uluslararası alanda hazırlanan çeşitli projeler de uluslararası rekabet hukukuna kaynak oluşturabilecek niteliktedir.

1.1.2.2. Uluslararası Kaynaklar

Uluslararası platformda rekabet hukuku ile ilgili projeler 20.yy'ın başlarında oluşmaya başlamıştır. 1918-1929 yıllarında ekonomide yaşanan sorunların tekrar yaşanmaması için 1944 yılında *Bretton-Wood* anlaşması ile dünya ekonomisinin işleyişini düzenlemek üzere Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası gibi uluslararası organizasyonlar kurulmuştur. Ancak, bu sistemin üçüncü ayağını oluşturan Uluslararası Ticaret Örgütü (ITO) asla hayata geçirilememiştir. ITO'nun kurucu anlaşması olan Havana Şartı⁶⁴, projenin sahibi olan Amerika tarafından sahipsiz bırakılınca bu proje gerçekleştirilememiştir⁶⁵. İçerik bakımından son derece zengin olan proje, uluslararası rekabet hukuku için önemli bir kaynak oluşturmaktadır. Havana

ilişkin sınırlamalar getirilmesi; Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler; Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.

⁶¹ LE MIRE Pierre (2006), *Droit de l'Union européenne et politiques communes*, 4^{ème} éd. Dalloz Paris, s. 103.

⁶² Règlement no. 139/2004, JOCE L 024, 29.1.2004, s. 1 ve devamı.

⁶³ Règlement no. 659/99, JOCE n° L 83, 27.03.1999, s. 1 ve devamı.

⁶⁴ Charte de la Havane instituant une Organisation International du Commerce (1948), UN Doc. E/Conf. 2/78.

⁶⁵ Carreau/Juillard (2007), s. 47.

Şartı, temelde taraf ülkelere iki yükümlülük getirmekteydi. Bunlardan birincisi, rekabeti bozan, pazara girişleri kısıtlayan, tekel oluşturmayı hedefleyen, fiyat belirlemek için yapılan anlaşmalarla, pazar paylaşımı, ayrımcılık, üretim kısıtlamaları, telif haklarının kötüye kullanılması gibi rekabeti kısıtlayıcı davranışlara karşı gerekli tedbirleri almaktır. İkinci yükümlülük ise, andlaşmaya taraf devletlerin ITO ile gerekli işbirliğinde bulunmasıdır⁶⁶. Ayrıca, Şartın 47. maddesi taraf ülkeler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için bir mekanizma da öngörmekteydi. Havana Şartı, yürürlüğe girmemesine rağmen uluslararası hukukta, rekabet hukukunu düzenlemeyi hedefleyen ilk metin olması bakımından önem taşımaktadır. Bundan 62 sene önce bile, küresel pazarın işleyebilmesi için uluslararası hukukun klasik enstrümanlarının yetersiz olduğunu, yaptırım gücünü haiz bir mekanizmanın oluşturulması gerektiğini açıkça ortaya koyan Şart daha sonraları birçok projeye de esin kaynağı olmuştur.

Havana Şartı yürürlüğe girmeyince, Şartın geçici olarak işleme konulan IV. Bölümü, GATT anlaşması olarak birdenbire sistemin kendisi haline gelmiştir⁶⁷. Rekabeti geniş anlamında aldığımız zaman GATT anlaşmasında, gümrük tarifelerinin indirilmesi, iç piyasaya ve ihracata yönelik sübvansiyonlar, anti - damping, ayrımcılık yasağı, en fazla avantaja mazhar ülke uygulaması gibi hükümetlerin rekabeti kısıtlayan ticari tedbirler almalarını engelleyen, uluslararası rekabet politikalarıyla yakından ilişkili birçok hüküm bulunduğunu görmekteyiz. Ancak, Uruguay müzakerelerine kadar GATT 1947'de sivil havacılıkla ilgili Tokyo anlaşması⁶⁸ hariç rekabet hukukunu doğrudan ilgilendiren özel bir hüküm yer almamıştır.

1950'li yıllar uluslararası kuruluşların rekabet hukuku ile ilgili birçok proje geliştirdiği yıllardır. 1953 yılında, B.M. Ekonomik ve Sosyal Konseyi (ECOSOC) kısıtlayıcı ticari uygulamalara karşı şikâyet ve soruşturma mekanizmalarını öngören bir taslak hazırlamıştır⁶⁹. Havana Şartı'na içerik bakımından çok benzeyen bu taslağın akıbeti de Şartla aynı olmuştur.

Projeyi tasarlayan Birleşik Devletler, küresel pazarda rekabet kısıtlamalarını önlemek için ulusal rekabet politikalarının ve uluslararası yardımlaşmanın yeterli olacağı sonucuna vararak

⁶⁶ Bu işbirliğinin şekli 50. maddenin, 2, 3 ve 4. paragraflarında belirtilmektedir.

⁶⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. JACKSON John H (1990), *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT press, s. 32.

⁶⁸ GATT (1980), *L'Accord relatif au commerce des aéronefs civils*, 26th Supplement of Basic Instruments and the Selected Documents. Bu anlaşmadaki rekabet hükümlerine uymamanın herhangi bir yaptırımı bulunmamaktaydı.

⁶⁹ U.N. Economic and Social Council Official Records (1951), 13th Session, Supplement 1, U.N. Doc. E/2152, Res.375, 10 Ekim 1951, s. 20.

Projeden desteğini çekmiştir⁷⁰. Öte yandan, 1978 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Örgütü (UNCTAD) nezdinde kısıtlayıcı ticari uygulamalara ilişkin görüşmeler başlatılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda BM Genel Kurulu, UNCTAD'ın Kısıtlayıcı Ticari Uygulamaların Kontrolü İçin Çok Taraflı Uzlaşmış Ülkeler ve Kurallar Bütünü 1980 yılında kabul etmiştir⁷¹. Bu metin, devletleri kısıtlayıcı faaliyetlere karşı yasama yetkilerini kullanmaya çağırırken, çok uluslu şirketlere de rekabet hukukunun temel prensiplerine uymayı, faaliyette buldukları ülkelerin yargılama yetkisini kabul etmeyi ve yardımlaşmada bulunmayı tavsiye etmektedir. Bu belgenin BM üyeleri üzerinde bir bağlayıcılığı yoktur. Diğer taraftan, metnin kabulünden sonra UNCTAD bünyesinde kısıtlayıcı ticari uygulamaların kontrolüne yönelik hükümetlerarası uzmanlar grubu kurulmuş, grup bu alanda çalışmalar yürütmüş, rekabet politikası ve kurallarının uluslararası platformlarda tartışılarak, gelişmekte olan ülkelerin gündemine girmesini sağlamıştır. UNCTAD'ın rekabet hukuku ve politikası alanında yaptığı bir diğer katkı da, Sekreteryası tarafından hazırlanan ve üye ülkeler tarafından son hali verilen "Model Kanun"dur⁷². En son 2010 yılında revize edilen bu metin henüz rekabet mevzuatını oluşturmamış ülkelere farklı model ve çözümleri içeren bir kanun taslağı sunmaktadır⁷³. Dünyada ekonomik ve siyasi alanda yaşanan gelişmeler, Serbest Ticaret Anlaşmaları, farklı bölgesel ya da uluslararası örgütlerin çalışmaları ve bunlar gibi pek çok farklı faktörün yanında UNCTAD'ın da içinde olduğu çabalar sonucu ulusal rekabet hukuku kanunları kaleme alınarak, yürürlüğe girmiştir. 1980 yılında 16 ülke rekabet mevzuatını yürürlüğe koymuşken, 1990 yılında bu sayı 25'e çıkmış, 2000 yılında da 77 ülke rekabet yasalarını uygulamaya koymuştur⁷⁴. Henüz tamamlanmayan bu süreçte rakam 2009 yılı itibarıyla 100'e ulaşmıştır⁷⁵.

⁷⁰ DOMKE Martin (1955), "The United Nations Draft Convention on Restrictive Business Practices", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.4, No.1, s. 133.

⁷¹ Code de conduite sur les pratiques commerciales restrictives, L'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Résolution 35/63 du 5 Aralık 1980, SeMayısne Juridique, J.C.P.1981, III, no. 5188.

⁷² CNUCED (1991), Revised draft of possible elements for article on a model law or laws and commentaries on the elements, TD/B/RBP/81, 12 Ağustos 1991.

⁷³ CNUCED (2010), The model law on competition, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, TD/RBP/CONF.7/8.

⁷⁴ ROWLEY William J./WAKIL Omar K. (2001), "The Internationalisation of Antitrust: The Need for a Global Competition Forum", article présenté lors de conférence organisée par le Bureau de la concurrence canadienne, « Canadian Competition Policy : Preparing for the Future » 19 - 20 Haziran 2001, s. 11-12.

⁷⁵ GERADIN Damien (2009), "The Perils of Antitrust Proliferation - The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behaviour", Forthcoming in *Chicago Journal of International Law*. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1327688>.

Rekabet alanında pek çok çalışmada bulunan bir başka uluslararası örgüt de Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD)'dir. Üyesi bulunan ülkelerin rekabet kurumu temsilcilerinden oluşan, Rekabet Hukuku ve Politikası Komitesi önemli bir danışma mekanizması görevi görmektedir. Bu komite, aynı zamanda rekabet kuralları ve politikasını uygulayan birçok yargı kurumu için de teknik destek vermektedir. 1964 yılında rekabet alanında bir indeks⁷⁶ yayımlayarak çalışmalarına başlayan örgüt daha sonraları birçok tavsiye kararı almıştır. Bu tavsiye kararları sadece devletlere yönelik olmayıp, başta çok uluslu şirketler olmak üzere teşebbüslerin kontrolüne yönelik hükümler içermektedir. Genel olarak kararlar, rekabet kurallarının tüm üye devletlerce etkin şekilde uygulanmasını tavsiye etmektedir. Bu çalışmaların başlıcaları: çok uluslu kuruluşların aktiviteleri de dahil olmak üzere uluslararası ticareti etkileyen kısıtlayıcı ticari uygulamalar hakkındaki 20 Temmuz 1978 Konseyin tavsiye kararı⁷⁷; Ticaret ve rekabet politikaları arasındaki potansiyel çatışma alanlarında üye ülkeler arasında sağlanacak işbirliği hakkında 23 Ekim 1986 tarihli Konsey tavsiye kararı⁷⁸; Çok uluslu kuruluşların davranışlarını da kapsayan uluslararası ticaret üzerinde kısıtlayıcı etkisi olan ticari uygulamalar hakkındaki 1995 tarihli Konsey tavsiyesi⁷⁹; 25 Mart 1998 tarihli, "Hard core" kartellere karşı etkin mücadele hakkındaki Konsey Tavsiyesi⁸⁰ ve en son olarak 2005 tarihinde uluslararası birleşmelerle ilgili Konseyin tavsiye kararıdır⁸¹.

İçerik olarak 1986 tarihli tavsiye kararını incelediğimizde, kararın ilk olarak rekabet politikaları ile ticaret politikaları arasındaki potansiyel çatışma alanlarını belirlediğini ve ticari tedbirlerin alınmasında ilgili pazarların işleyişi, yapısı ve rekabet üzerindeki etkilerinin dikkate alınması üzerinde durduğunu tespit etmekteyiz. 1995 tarihli tavsiye kararında ise uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak amacıyla üye devletler arasında başvuru, danışma, gizli ve gizli olmayan bilgilerin değişimi, soruşturmaların koordinasyonu, "courtoisie

⁷⁶ OCDE (1964), Glossary of Terms Relating to Restrictive Business Practices, Paris.

⁷⁷ OCDE (1978), Recommandation du Conseil concernant l'action contre les pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux y compris celles qui impliquent des entreprises multinationales, 20 Temmuz 1978, C(78) 133/Final.

⁷⁸ OCDE (1986), Recommandation du Conseil relative à la coopération entre les pays Membres dans les domaines des conflits potentiels entre politique de concurrence et politique commerciale, 26 Ekim 1986, C(86) 65/Final.

⁷⁹ OCDE (1995), Recommandation du Conseil sur la coopération entre les pays Membres dans les domaines des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux, 27 Temmuz 1995, C(95)130/Final.

⁸⁰ OCDE (1998), Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, 25 Mart 1998, C(98) 35/Final.

⁸¹ OCDE (2005), The Council Recommendation sets forth internationally recognized best practices for the merger review process, 23 Mart 2005, C(2005)34/Final.

positive⁸² ve uzlaştırma mekanizmalarına başvurulması tavsiye edilmiştir. 1998 tarihli tavsiye kararındaysa, kartellere karşı etkin mücadelede uluslararası işbirliğinin artırılması yanında, muafiyet tanınan kartellerin periyodik olarak incelenmesi ve şeffaflığın sağlanması önerilmiştir. Birleşmelerle ilgili önerilen tavsiyeler ise rekabet otoriteleri arasında işbirliğinin artırılarak, prosedürlerin yeknesaklaştırılması ile sınırlıdır. Sonuç olarak, OECD 1967 senesinden beri özellikle ticarete etkili kısıtlayıcı rekabet aktivitelerine karşı mücadele vermektedir. Buna karşılık, sınırlı sayıdaki üyeleri ve tavsiye kararlarının bağlayıcı olmaması nedeniyle, uluslararası rekabet hukukunun niteliği gereği şart olan etkinlikten yoksundur.

Özellikle küreselleşmenin aldığı hız nedeniyle, 20. yy. sonlarında GATT sisteminin eksikleri iyice belirginleşmiştir⁸³. GATT'ı modernize etmek için 1988 yılında Punta del Este'de başlayan Uruguay müzakereleri 1994'de Marakeş'te imzalanan ve DTÖ'yü kuran anlaşmayla son bulmuştur. Böylece, 1947 yılında imzalanan GATT sadece uluslararası ticarete konu olan mallara ilişkin gümrük tarifeleri ile ilgili iken, 1994 yılında imzalanan DTÖ Anlaşması ise malların yanı sıra, hizmet ve fikri hakları da kapsamına almıştır⁸⁴. Ancak, DTÖ'nün en önemli getirisi üye devletler için zorunlu tutulan uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasıdır⁸⁵. DTÖ mevzuatının çeşitli maddelerinde parça parça olmakla beraber, rekabet politikası kavramları ve unsurları yer almaktadır. Örneğin, hizmetlerle ilgili genel anlaşmanın (GATS) 8. maddesine göre, tekel durumundaki bir hizmet sağlayıcı, bu durumunu diğer alanlarda kötüye kullanmayacağını garanti etmektedir. Aynı anlaşmanın 9. maddesi ile hizmet sağlayıcıların bazı ticari faaliyetlerinin rekabeti ve bunun sonucunda hizmetlerdeki ticareti kısıtlayabileceği kabul edilmekte, bu durumu ortadan

⁸² İngilizcesi Positive Comity olan bu terim Türkçemize etkin katılım olarak çevrilmektedir.

⁸³ Carreau/Juillard (2007), s. 47.

⁸⁴ WTO Anlaşması kapsamında yer alan anlaşmalar şunlardır: EK 1: Çok Taraflı Ticaret Anlaşmaları; Ek 1 A: Mal Ticaretinde Çok Taraflı Anlaşmalar; Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) 1994, Tarım Anlaşması, Bitki ve Hayvan Sağlığı Tedbirleri Uygulama Anlaşması, Tekstil ve Giyim Anlaşması (ATC), Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri Anlaşması (TRIMs), GATT'ın VI. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşma, GATT'ın VII. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşma, Sevk Öncesi İnceleme Anlaşması, Menşe Kuralları Anlaşması, İthalat Lisansları Anlaşması, Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbirler Anlaşması; Ek 1 B: Hizmet Ticareti Genel Anlaşması ve Ekleri; Ek 1 C: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması; EK 2: Anlaşmazlıkların Çözülmesi Konusundaki Kural ve Yöntemleri Belirleyen Mutabakat Metni; EK 3: Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması; EK 4: Çoklu Ticaret Anlaşmaları, Çoklu Ticaret Anlaşmaları, Sivil Havacılık Ticareti Anlaşması, Kamu İhaleleri Anlaşması, Uluslararası Süt Ürünleri Anlaşması, Uluslararası Sığır Eti Anlaşması.

⁸⁵ JACKSON John H./DAVEY William J./SYKES Alan O. (2002), Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text, 4th. Ed. American Casebook Series, West Group, s. 218 - 219.

kaldırmaya yönelik üye ülkeler arası bilgi alış-verişi zorunlu hale getirilmektedir.

Ticaretle İlgili Yatırım Kuralları Anlaşması'nda da (TRIMS)⁸⁶ rekabet politikası hükümleri dolaylı bir biçimde yer almaktadır. TRIMS'in 9. maddesi gereğince Mal Ticaret Konseyi, TRIMS'in faaliyetlerini rekabet politikası bakımından denetlemektedir. Ticaretle İlgili Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)⁸⁷ ise, üye devletlere ayrımcılık yapmama, şeffaflık, en fazla ayrıcalığa sahip ülke prensiplerine göre hareket etme mecburiyeti getirmiştir. Bu anlaşma DTÖ çatısı altında oluşturulacak muhtemel bir Uluslararası Rekabet Politikası Anlaşması için iyi bir model oluşturmaktadır. Özetlemek gerekirse, uluslararası ticaret alanında önemli işlev gören GATT ve DTÖ hukukunda rekabetle hukuku ile ilgili genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, anlaşmanın bazı hükümleri rekabet politikalarını düzenlemek amaçlı kullanılmışlardır. Ancak, genel yaklaşım rekabet hukuku perspektifinden uzak uluslararası ticareti koruma amaçlıdır.

Uluslararası rekabet hukuku için, gerek iç hukukta gerek uluslararası hukukta yeterli kaynak mevcuttur. Ancak, genel olarak iç hukuk düzenlemeleri yetki çatışmalarını çözmekte yetersizken, uluslararası düzenlemeler de yaptırım gücü bakımından etkisiz kalmaktadır. Bu durum küresel pazarda serbest rekabet kurallarının işleyişine zarar vermektedir. Günümüzde küresel pazarın işleyişinin incelenmesi rekabet hukuku bakımından öncelikli olarak yapılması gereken düzenlemelerin belirlenmesi bakımından gereklidir.

⁸⁶ WTO Anlaşması'nın Ek 1 A Kısımında düzenlenen Ticaretle Bağlantılı Yatırım Kuralları Anlaşması ile hiçbir ülkenin GATT Kuralları ile çelişen ticaretle bağlantılı yatırımları uygulamaması kararlaştırılmıştır. İstisnai bazı durumların GATT'a bildirilmesi zorunludur. Ancak bu istisnalar gelişmiş ülkelerde 2 yıl, gelişmekte olan ülkelerde 7 yıl içinde yürürlükten kaldırılacaktır.

⁸⁷ WTO Anlaşması'nın Ek 1C kısmında yer alan, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması ile fikri mülkiyet hakları alanında üye devletler arasındaki iç hukuk düzenlemelerinde yer alan farklılıklarının giderilmesi amaçlanmıştır. Bu yeknesaklık, kapsam, koruma süresi, tannan haklar ve hakkın kazanılmasındaki ortak norm ve asgari standartların şekil yönünden sağlanacaktır. Yalnız bu haklar korunurken, bu hakların uluslararası ticarete engel oluşturulmaması da belirtilmiştir. Anlaşma ile edebiyat ve güzel sanatlardan bitki türlerine, sinemacılıktan bilgisayarlılığa kadar birçok alanda fikri mülkiyet hakları konusunda düzenleme yapılmıştır. Yalnız buluşların ticari kullanımı kamu düzenini bozacak nitelikte ise veya ahlaki sebeplerle yasaklanmış ise, bu buluşları fikri mülkiyet hakları kapsamına almamıştır. Anlaşma hangi markaların korunacağı, hangi markaların hizmet markaları olduğu ve bu markaların sahiplerine verilecek hakların ne olacağını tanımadığı gibi, ticari markaların kullanımı koruma koşulları, lisans ve yetki verilmesi gibi bazı konularda yükümlülükler getirmektedir. Anlaşmaya göre tüm teknolojik alanlarda tüm buluşların patentleri 20 yıl süreyle, sınai tasarımların patentleri 10 yıl süreyle, telif haklarının patentleri 50 yıl süreyle yarı iletken dizaynların patentleri 10 yıl süreyle korunmaktadır.

1.2. Uluslararası Rekabet Hukukunun Günümüzde İşleyişi

Uluslararası rekabet hukukunun oluşturulmasında uygulanan ilk yöntem, ulusal rekabet kurallarının uluslararası alanda uygulanması olmuştur. Ulusal rekabet politikalarını etkin olarak uygulama amacıyla olan devletler, kamu düzeninden saydıkları rekabet kurallarını adeta ulusal ceza kanunları gibi uygulamışlar ve yetkilerinin meşruluğunu da klasik devletler hukuku teorilerine dayandırmışlardır⁸⁸. Ancak, küreselleşme sonucunda uluslararası rekabet sorunları artmış ve genelde kaynağı, delilleri, muhatapları yabancı ülkelerde olan bu davalarda tek taraflı yargılama ile varılan hükümler yetersiz kalmıştır⁸⁹. Bu durumu aşmak için devletler ikili ve çok taraflı anlaşmalar akdetmişlerdir.

1.2.1. Ulusal Rekabet Hukuklarının Tek Taraflı Uygulanması

Ulusal rekabet kanunlarının uluslararası olaylara uygulanması pratikte olduğu gibi, teoride de birçok soruna yol açmaktadır. Teorik sorunları aşmak için başlangıçta uluslararası hukukun klasik teorilerine başvurulmuş, ancak bu teorilerin rekabet hukukunun karmaşıklığı karşısında yetersiz kalması sonucu yenileri geliştirilmiştir. Doğal olarak bu yeni teoriler, uluslararası rekabet hukuku sorunlarını en yoğun şekilde yaşayan Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri içtihad ve doktrinlerinden doğmuştur⁹⁰.

1.2.1.1. Amerika Birleşik Devletleri Uygulaması

Küreselleşmenin günümüzdeki ivmesini kazanmasından çok daha önce, Amerikan yasama organı rekabet yasalarını tek taraflı olarak uluslararası nitelikteki olaylara uygulanır kılmayı öngörmüştür⁹¹. Amerikan rekabet mevzuatının temel yasası olarak kabul edilen Sherman Kanununun ilk bölümü, federe devletlerarasında veya yabancı devletlerle yapılan ticaret nedeniyle ortaya çıkan rekabet kısıtlamalarına uygulanırken, yasanın tekelleşme yasağını getiren ikinci bölümünde yabancı ülkelerle yapılan ticarete tek el olma teşebbüsü cezalandırılmaktadır. Birleşme ve devralmaları, rekabet hukuku bakımından düzenleyen Clayton Kanunu ise, birleşmeye konu şirketlerin

⁸⁸ CLAUDEL Emmanuelle (2004), « Vers un droit international de la concurrence ? », in *Droit de l'économie internationale*, DAILLIER Patrick, de LA PRADELLE Gérard, GHERARI Habib (eds.), Editions Pedone, Paris, s. 409.

⁸⁹ Gerber (2010), s. 119 - 121.

⁹⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. FRIEDEL - SOUCHU Evelyne (1994), *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, LGDJ, Paris; KESKİN A. Cenk (2007), « Evolution de la jurisprudence américaine et européenne vers la théorie de l'effet dans l'application unilatérale du droit de la concurrence », *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2007/1, s. 83 - 107; DESAUTELS-STEIN Justin (2008), "Extraterritoriality, Antitrust, and the Pragmatist Style", *Emory International Law Review*, Vol. 22, s. 499 - 570.

⁹¹ TRITELL Randolph (1999), "Bilan de l'application de la législation antitrust américaine aux sociétés étrangères", *Perspectives économiques* Vol.4 No.1, Şubat 1999, s.14.

ürünlerini, Amerika pazarında veya yargı yetkisine giren bir pazarda satılmasını Clayton Kanununun uygulanabilmesi için yeterli saymaktadır. Bir başka temel yasa olan *Federal Trade Commission Act*⁹², ithalat ve ihracat yapılırken rekabetin kısıtlanmasını engellemeyi öngörmektedir. Ancak, 1982 tarihli *Export Trading Company Act*,⁹³ Amerikan ihracatçıları rekabet hukuku uygulamasının dışında bırakan muafiyet sistemi getirerek *Federal Trade Commission Act* sisteminde köklü değişikliğe yol açmıştır. Diğer yandan *Wilson Tariff Act*,⁹⁴ Amerika'ya ithalat yapanların ticaretin doğal akışını etkileyen veya fiyatta artışa yol açan uygulamalarda bulunmalarını yasaklamıştır.

Mahkemeler, verdikleri ilk kararlarda bu mevzuatı esnek olarak uygulamışlardır. 20.yy'ın ilk yarısına denk gelen bu dönemde gerek Amerikan, gerekse yabancı şirketler sadece Amerikan topraklarındaki faaliyetlerinden dolayı yargılanmışlardır. Amerikan Rekabet Kanunlarının, yabancılık unsuru taşıyan olaylara uygulanmasının ilk kez istendiği dava *Américain Banana Co v. United Fruit Co.*⁹⁵ davasıdır. Alabama'da yerleşik *United Fruit Company* şirketi, Kosta Rika'daki muz çiftliklerine davalı tarafından el konulmak için rekabete aykırı anlaşmalar yapıldığını ve bu şekilde çiftliklere el konulduğunu ileri sürmüştür. Bu iddia karşısında mahkeme anlaşmanın varlığını kabul etmekle beraber zarara yol açan hareketin yabancı ülkede olması nedeniyle, Amerikan yasalarının uygulanamayacağına hükmetmiştir. Böylece Amerikan muz piyasasında fiyatların haksız olarak artacak olması dikkate alınmamıştır.

Kanunların ülkeselliği prensibinin katı olarak uygulayan bu hüküm *Etats-Unis v. American Tobacco Company*,⁹⁶ kararıyla sorgulanmıştır. Dava konusu olayda, *Américain Tobacco Company* ile *Impérial Tobacco Company*, Amerikan pazarını paylaşmak üzere İngiltere'de anlaşmışlardır. Mahkeme, zararı oluşturan fiilin yabancı bir ülkede yapılmış olmasını bu kez önemsememiş, Amerikan pazarına zarar verme kastıyla hareket edilmesi durumunda Sherman Kanununun yabancılık unsuru taşıyan bu olaya uygulanabileceğine karar vermiştir. Ancak bu karar 1945 senesine kadar bu yönde verilmiş tek karardır ve Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu karardan sonra tekrar kanunların ülkeselliği prensibini katı olarak uygulamıştır. Yabancılık unsuru taşıyan fiillerin, Amerikan şirketlerine ve pazarına verdiği zararlar önemli boyuta ulaştıkça, hukukçular fiilin gerçekleştiği yere kıyasla, etkinin doğduğu yeri dikkate almak suretiyle rekabet hukuku teorilerini geliştirme

⁹² *Federal Trade Commission Act* of 1914, 38 Stat. 717 (1914) ; 15 U.S.C. § 41-58.

⁹³ *Export Trading Company Act*, 96 Statues 1233 (1982), codified in 15 U.S.C.A. §§ 4001-40053

⁹⁴ *Wilson Tariff Act* of 185415 U.S.C. Sec. 8 01/05/99.

⁹⁵ *Américain Banana Co v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347 (1909).

⁹⁶ *Etats-Unis v. American Tobacco Company.* 221 U.S. 106 (1911).

çabasına girişmişlerdir⁹⁷. Bu ekolün temsilcileri özellikle ulusal ceza hukuklarındaki yetki teorilerinden esinlenmişlerdir. 1945 tarihli *Etats-Unis v. Aluminium Cie. de l'Amérique (ALCOA)* kararında, mahkeme, yasa koyucunun, Amerikan rekabet kanunlarının yurtdışında mukim kişilere uygulanmasına dair iradesini tartışmıştır⁹⁸. Davaya konu olayda *ALCOA*'nın, hissedarları ile ortaklık yapısı aynı olan Kanada şirketi, İsviçre'de üretim hacmini sınırlayan bir kartel anlaşmasına taraf olmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu olayda, tarafların anlaşmanın tamamının yabancı olması ve yurtdışında bulunmalarına rağmen, anlaşmanın Amerikan dış ticaretine doğrudan zarar verdiğini ve bu nedenle Sherman Kanununun bu olayda uygulanabileceğine hükmetmiştir. Böylece Amerikan Pazarını etkileme niyetiyle, yabancıların, yurtdışında yaptıkları eylemler, Amerikan Rekabet Hukuku'nun uygulama alanına girmiştir. Daha sonraları *U.S. v. General Electrics Co.*⁹⁹, *U.S. v. Imperial Chemicals Co.*¹⁰⁰, *Timberlane Lumber Corporation v. Bank of America*,¹⁰¹ davalarında da Yüksek Mahkeme aynı doğrultuda kararlar almıştır. Bu kararlar arasında *Timberlane* kararı, Yargıç Choy'un, Sherman Kanununun yabancılık unsuru taşıyan olaylara uygulanabilmesi için gerekli şartları belirlediği karardır. Kararda ortaya konan kriterlere göre, kısıtlayıcı hareketin Amerikan dış ticaretini geniş şekilde etkilediği, Amerikan çıkar ve ilişkilerinin diğer ülkelerin çıkarlarına göre daha önemli olduğu hallerde Sherman Kanununun uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Amerika'nın hangi hallerde başka ülkeler lehine yargı yetkisinden feragat etmesi gerektiğini ise *Hartford Fire Insurance Co. v. California*¹⁰² kararı belirlemiştir. Bu karara göre, yabancı ülke ulusal kanunlarında, Amerikan Rekabet Hukuku'nun temel değerlerinin korunması durumunda, Amerika yargılama hakkından vazgeçebilmektedir.

Öte yandan, ülkelerden birisinin yasalarına uymak, diğerinin yasalarını çiğnemek anlamına geliyorsa ortada gerçek anlamda bir çatışma bulunmaktadır. Amerikan hukukunun yabancı ülkelerdeki fiillere ve kişilere uygulanması, çoğu zaman bu ülkelerle Amerika Birleşik Devletleri arasında diplomatik tansiyonun yükselmesine neden olmaktadır¹⁰³. Çok uluslu şirketlerin sayısındaki artış ve

⁹⁷ SMITHERMAN Charles W. (2004), "The Future of Global Competition Governance: Lessons From the Transatlantic", 19 *AUILR*, s.799.

⁹⁸ *U. S. v. Aluminum Co. Of America*, 148 F. 2d 416, 2rd Cir. (1945).

⁹⁹ *U.S. v. General Electrics Co.*, 82 F. Supp. 753, D.N.J. (1949).

¹⁰⁰ *U.S. v. Imperial Chemicals Co.*, 145 F.Supp. 215 (S.D.N.Y. 1952).

¹⁰¹ *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597, 9th Cir. (1976).

¹⁰² *Hartford Fire Insurance v. California*, 509 US 764 (1993).

¹⁰³ Örneğin *U.S. v. Nippon Paper Industries*, 109 F.3d 1, 8 1st Cir. (1997), cert.denied 118 S.Ct.685 (1998) davasında Japonya diplomatik olarak Amerika'ya sert bir şekilde kınamış, ancak o tarihte Amerikan Adalet Bakanlığı, Rekabetten Sorumlu Başsavcı Yardımcısı Joel KLEIN, yaşadığımız çağda bir ülkede alınan kararların, bir başka ülkenin ticaret hayatı üzerinde ne kadar

bunların çoğunluğunun doğrudan ya da dolaylı olarak Amerikan piyasasıyla ticari ilişkilerinin bulunması, Amerika Birleşik Devletleri'nin uyguladığı geniş kapsamlı rekabet politikasının gerekçesi olarak gösterilmektedir.

1.2.1.2. Avrupa Birliği Uygulaması

Avrupa Birliği'ne üye devletler, yabancı kaynaklı rekabeti kısıtlayıcı davranışlara karşı Avrupa Tek Pazarını korumak amacıyla, gerek doktrin, gerek içtihad bakımından Amerikan örneğini takip etmişlerdir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), verdiği ilk kararlarda “ekonomik birlik” olarak gördüğü şirketlere mülkîlik prensibini uygulamıştır. Bu prensibe göre, farklı tüzel kişiliklerin kanunun arkasından dolaşılması veya birtakım gerçekleri maskeleyerek amacıyla kullanıldığı hallerde bu şirketler tek bir ekonomik entite olarak kabul etmektedir. Ekonomik birlik teorisi olarak anılan bu düşünce sistemi, yavru şirketlerin bağımsız karar alma kabiliyetinden yoksun olarak ana şirketten gelen talimatlar doğrultusunda hareket ettiği temeline dayanmaktadır. Dolayısıyla, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nun uygulanabilmesi için öncelikle ana şirket ile yavru şirket arasındaki ilişkide yavru şirketin bağımsız hareket etmediğinin ispat edilmesi gerekmektedir. Ana şirketin talimatları ile ortaya çıkan durum rekabete aykırılık oluşturmaktadır. Örneğin *Imperial Chemical Industries*¹⁰⁴ kararına konu olan olayda, İsviçre ve Amerika'da bulunan ana şirketlerce belirlenen fiyatlar Birlik içindeki yavru şirketler tarafından aynen uygulanmaktaydı. Dolayısıyla Birlik toprakları dışından fiyat belirlenmekteydi. Söz konusu olayda ABAD, Komisyon'un da kabul ettiği ekonomik birlik teorisini uygulayarak hem ana şirketleri hem de yavru şirketleri cezalandırma yoluna gitmiştir. Aynı şekilde *Continental Can*¹⁰⁵ davasında da, ABAD yavru şirketin davranışlarından dolayı ana şirketi mahkûm etmiş ve farklı tüzel kişilik savunmasını reddetmiştir. *Instituto Chemiterapico Italiano et Commercial Solvents Corporation c. Commission* kararında ise Komisyon ekonomik birlik teorisini daha da ileriye götürmüş ve ilaç üretiminde ihtiyaç duyulan temel bir maddenin paralel ithalatını engelleyen şirketleri ekonomik birlik olarak değerlendirmiş ve bu durumu da hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir¹⁰⁶. Bu görüş ABAD tarafından da teyid edilmiştir¹⁰⁷.

önemli etkiler doğurabildiği gözlemlendiğinde bu durumun anlayışla karşılanması gerektiğini belirterek, uygulamayı savunmuştur.

¹⁰⁴ CJCE (1972), aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries c. Commission (Matières colorantes)*, 14 Temmuz 1972, Rec. 1972, s.619 ve devamı.

¹⁰⁵ CJCE (1973), aff. 6/72, 21.2.1973 *Europemballage Corporation et Continental Can Company c. Commission (Continental Can)*, aff. C-6/72 du 21.2.1973, Rec.1973, s.215 ve devamı.

¹⁰⁶ 14.Aralık.1972 tarihli Komisyon kararı *Zoja*, JOCE L. 299, s. 51.

¹⁰⁷ CJCE (1974), aff. jointes 6 ve 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano Spa c. Commission*, 6 Mart 1974, JOCE, 1974, s. 223.

Avrupa Birliği yetkilileri, ekonomik birlik teorisini açıklarken etkinin nerede meydana geldiğinden ziyade harekete odaklandıklarını ve Birlik içindeki rekabete aykırı davranışları cezalandıklarını ifade etmişlerdir. Böylece, Avrupa Birliği mevzuatının sınırötesi (extraterritorial) bir uygulamasının olmadığını öne sürmüşlerdir. Oysa yavru şirketin hareketinden dolayı yabancı ülkede bulunan ana şirketin cezalandırılması, fiiliyatta kanunların yabancı ülkede işlenen bir fiile ve faile uygulanması anlamına gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Avrupa Birliği uygulaması ile Amerika Birleşik Devletler uygulaması arasında netice itibariyle bir fark bulunmamaktadır. İki sistem arasındaki temel fark, Avrupa Birliği'nde ortaya çıkan etki tamamen yabancı ülkedeki faillerden ve fiillerden kaynaklanıyorsa ekonomik birlik teorisinin uygulanamamasından kaynaklanmaktadır.

1971 yılında alınan *Beguelin* kararı ile Avrupa Birliği bu eksiği gidermeye çalışmıştır. Dava konusu somut olayda, *Beguelin* ve Fransız yavru şirketi ile Japon *Oshawa* şirketi, Japon firmanın ürettiği çakmakların Fransa ve Belçika pazarlarında satışı için münhasır satıcılık anlaşması imzalamışlardır. Ancak, bir başka firma bu pazarlara aynı ürünü ithalat etmiştir. Bu durum karşısında *Beguelin* tek satıcılık anlaşmasını gerekçe göstererek ithalatın durdurulmasını talep etmiştir. ABAD bu olayda uygulanacak hukuku ve yetkisini tayin ederken, yavru şirket ile ana şirket arasındaki yönetim ilişkisini hiç irdelemeden, sözleşmenin etkisinin doğurduğu yeri dikkate almıştır. Böylece mahkeme ekonomik birlik teorisini terk ederek, Avrupa pazarındaki etkiyi dikkate almış ve isim vermeksizin etki teorisi uygulanmıştır¹⁰⁸. Ancak, ABAD bu teoriyi 1988 senesine kadar tek başına belirleyici olarak uygulamamış, diğer yetki kriterlerinin yanında, tali olarak kullanmıştır¹⁰⁹.

ABAD kararlarında etki teorisinin açıkça dile getirilişi ilk kez *Pâtes de bois* kararı ile olmuştur¹¹⁰. Farklı ülkelerdeki kâğıt hamuru üreticileri ve çeşitli meslek birlikleri, Avrupa kâğıt hamuru piyasasını kontrol etmek amacıyla fiyat belirlemekten, satış kısıtlamalarına kadar pek çok rekabeti kısıtlayıcı uygulamayı içeren anlaşmalar yapmaktaydılar. Komisyon, bu sözleşme taraflarına ağır para cezaları uygularken yavru şirket - ana şirket ilişkilerini hiç önemsememiş ve sözleşmenin etkisinin ortaya çıktığı yeri dikkate almıştır¹¹¹.

¹⁰⁸ CJCE (1971), aff. 22/71, 25 Kasım 1971, *Béguelin Import/G.L. Import Export*.

¹⁰⁹ Örneğin *Continental Can* kararında Topluluk içinde etki doğuran her olayda, ekonomik ajanların nerede yerleşik olduklarına bakılmaksızın bunlara Topluluk Hukuku'nun uygulanabileceğini belirtmiştir. CJCE (1973), aff. 6/72, 21 Şubat 1973 *Continental Can*, s. 215, §14-17.

¹¹⁰ CJCE (1987), aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Ahlström (pâte de bois)* 27 Eylül 1987, Rec.1988, s. 5193.

¹¹¹ 19 Aralık 1984 tarihli Komisyon kararı, *Pâtes de bois*, JOCE L. 85 26 Mart 1985, s. 1.

Cezalara itiraz eden şirketler, Topluluk organların yetkisizliğini savunmuşlar ve bu uygulamanın uluslararası hukuka aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. ABAD bu savı, Topluluk sınırları dışındaki üreticilerin doğrudan Topluluk içindeki alıcılara satış yaparken, Topluluk içinde rekabeti kısıtlama amacı gütmeleri halinde, Roma Andlaşması'nın 85. (şimdiki 81) maddesinin uygulanmasının uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmediğini belirterek itirazları reddetmiştir.

Etki teorisinin birleşme ve devralmalar alanında ilk kez uygulanması *Gencor*¹¹² kararı ile olmuştur. Söz konusu kararda Topluluk ilk derece mahkemesi, yabancı ülkede gerçekleştirilen bir birleşme veya devralmanın, Topluluk sınırlarında doğrudan ve önemli bir etki doğurması halinde, 4064/89 sayılı tüzüğün uygulanmasının uluslararası hukuk bakımından meşru olduğuna hükmetmiştir¹¹³.

Bu mantığın bir uzantısı olarak 1997 yılında Komisyon, *Boeing/McDonnell Douglas*¹¹⁴ birleşmesini onaylamak için iki şirket arasında yapılan anlaşmada birçok değişiklik istemiş, *MCI WorldCom/Sprint*¹¹⁵ birleşmesini ise dünya internet bağlantısı sağlayıcıları piyasasında hâkim durum yaratacağı gerekçesiyle yasaklamıştır. Uluslararası nitelik taşıyan birçok birleşmede Komisyon'un katı tutumu, özellikle Washington ve Brüksel arasında diplomatik tansiyonun yükselmesine neden olmuştur. Bu tansiyon, Atlantik Okyanusunun iki yakasından verilen zıt kararlar nedeniyle *GE/Honeywell*¹¹⁶ birleşmesinde en üst noktaya yükselmiştir.

Sonuç olarak, rekabet hukuklarının uluslararası nitelik taşıyan olaylara tek taraflı olarak uygulanması birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinin uluslararası hukukun teamüllerinin dışına çıkarak yabancı ülkedeki özel ve tüzel kişilerden rekabet hukuku soruşturmaları çerçevesinde doğrudan sorgulama yapması, bilgi istemesi, işbirliği yapmamaları halinde, adaletin tecelli etmesine mani oldukları gerekçesiyle bunları cezalandırması tepkilere neden olmuştur. Bu durum karşısında birçok devlet, yabancı devletler tarafından yapılan soruşturmalarda geleneksel tebligat usullerinin dışında yapılan bilgi ve belge taleplerine

¹¹² TPI (1999), aff.102/96, *Gencor c/Lohnro*, du 25 Mart 1999, Rec.1996, s. 753.

¹¹³ BROBERG Morten P. (2000), "The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control The Court of First Instance's Judgment in *Gencor v. Commission*", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No. 1. (Ocak, 2000), s. 176.

¹¹⁴ 97/816/CE No.lu Komisyon kararı IV/M.877 - *Boeing/McDonnell Douglas*, JO L 336 du 8 Aralık 1997, s. 16.

¹¹⁵ 28 Haziran 2000 tarihli komisyon kararı, COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*, JOCE L 300, 18 Kasım 2003, s. 1.

¹¹⁶ TPI (2005), aff.210/01, *General Electric c. Commission*, du 14 Aralık 2005, Rec. 2006, s.155 ss.

uyulmasını ve istenen bilgi ve belgelerin yabancı otoritelere verilmesini yasaklayarak aksine davranışlar için cezai yaptırımlar öngörmüştür. Böylece bu devletler tek taraflı rekabet hukuku uygulamalarını durdurmuşlardır¹¹⁷. Kanada, Avustralya, İtalya, Almanya, Fransa, Birleşik Krallık, Danimarka, İspanya, Belçika, Portekiz gibi ülkeler özellikle 1980’li yıllarda “blokaj kanunları” olarak anılan, bu tip kanunlar çıkarmışlardır¹¹⁸. Ancak gerek ulusal rekabet hukuklarının tek taraflı olarak uygulanmaları, gerekse blokaj kanunları ile işbirliğinin kısıtlanması mevcut gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Günümüzde, uluslararası rekabet hukukunun içinde bulunduğu sorunlar, tek bir devletin müdahalesi ile çözülebilecek boyutun üstündedir. Aynı operasyon için farklı rekabet otoritelerinin çelişkili kararlar verebilmesi veya farklı yaptırımlar uygulaması hukuk güvenliğini tehdit etmektedir. Ulusal sınırlar çerçevesinde planlanmış rekabet politikaları ile küreselleşen dünya pazarında rekabetin sağlıklı şekilde işletilmeye çalışılması bu problemin temel nedenidir. Ellerindeki imkânların ne denli sınırlı olduğunun farkına varan ulus devletler, küresel pazarda rekabetin daha etkin bir şekilde işletilebilmesi için uluslararası hukukun diğer araçlarına başvurmuşlardır.

1.2.2. Uluslararası Hukuk Enstrümanları ve Uluslararası Rekabetin İşleyişi

Uluslararası platformda rekabet hukuklarının tek taraflı uygulanması sonucu ortaya çıkan çatışmaya açık ortam, zamanla yerini işbirliğine önem veren, uzlaşmacı ortama bırakmıştır. İçerik bakımından kısıtlı ikili anlaşmalarla başlayan bu akım daha sonraları bölgesel ve çok yanlı anlaşmalar şeklini almış ve içerik olarak da zenginleşmiştir. Bununla birlikte, mevcut sistemin işleyişinde en önemli rol ikili anlaşmalara aittir.

1.2.2.1. Rekabet Hukuku Alanında İkili Anlaşmalar Ağı

Rekabet hukuku alanında işbirliğini sağlamak amacıyla, içeriği farklı pek çok ikili anlaşma imzalanmıştır. Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri arasında imzalanan 1959 tarihli anlaşma bu anlaşmaların ilkidir. Ancak, bu tip işbirliği anlaşmalarının yaygınlaşması 1970’li yılların sonunda, devletlerin rekabet hukuklarını tek taraflı olarak uygulamalarına karşılık olarak “blokaj” yasalarının çıkarılmasıyla olmuştur. İçerikleri bakımından bir yandan konsültasyon ve işbirliğini öngören bu anlaşmalar öte yandan, ulusal rekabet otoritelerinin soruşturmalarını beraberce yürütmelerinde kolaylık sağlamayı ve yetki bakımından çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlamaktadırlar. Yeni Zelanda ve Avustralya arasındaki ikili anlaşma ise istisnai olarak bu işbirliğini

¹¹⁷ Tritell (1999), s. 15.

¹¹⁸ Claudel (2004), s. 409.

en üst noktaya taşıyarak, iki ülke rekabet otoritelerini adeta tek kurum haline getirmektedir.

İkili anlaşmaların içeriğini kronolojik olarak incelediğimizde bu anlaşmalar arasında belirgin ayrımlar olduğunu görmekteyiz. İlk kuşak anlaşmalar belli bazı soruşturmaların karşı tarafa bildirilmesini, ulusal kanunların elverdiği ölçüde soruşturmalar hakkında diğer tarafa bilgi verilmesini, ulusal kanunlar uygulanırken diğer tarafın çıkarlarının gözetilmesini, bazı soruşturmaların koordinasyon içinde yürütülmesini öngörmektedir. Ancak bu anlaşmaların asıl amacı, rekabet otoriteleri arasında yaşanabilecek yetki çatışmalarının önüne geçmektir. Almanya - Amerika Birleşik Devletleri¹¹⁹, Kanada - Amerika Birleşik Devletleri¹²⁰, Avustralya - Amerika Birleşik Devletleri¹²¹, Almanya - Fransa¹²² arasında imzalanan ikili anlaşmaların tamamı bu özellikleri taşımaktadır. Bu anlaşmaların gerek imzalanmasında, gerekse içeriğinde OECD'nin 1967'den beri aldığı kararların etkisi büyüktür¹²³. İlk kuşak anlaşmalar sayesinde ulusal rekabet otoriteleri sınırlı da olsa etkinliklerini arttırmışlardır. Ancak bu etkinlik, benzer hukuk sistemlerinde, ulusal mevzuatların izin verdiği oranda ve ticari sırları ihlal etmeyecek şekilde düzenlendiğinden göreceli olarak artmaktadır¹²⁴.

Öte yandan, birinci kuşak anlaşmaların sağladığı faydalar sonucu oluşan güven ortamı, işbirliğinin daha da derinleşmesi sonucunu doğurmuştur. Bu güven ortamında ikinci kuşak anlaşmalar imzalanmıştır. Bu kuşaktaki anlaşmaların ilk ve en kapsamlı örneği 1991 senesinde Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği arasında imzalanmıştır¹²⁵. O tarihlerde Avrupa

¹¹⁹ Agreement between the Government of the US of America and the Government of the Federal Republic of Germany Relating to Mutual Co-operation Regarding Respective Business Practices, Bonn, 23 Haziran 1976, 27 UST 1956, 15 ILM 1282 (1976).

¹²⁰ Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Canada as to Notification, Consultation, and Cooperation with Respect to the Application of National Antitrust Laws, 9th of Mart 1984, 23 ILM 275 (1984).

¹²¹ Agreement between the Government of the US of America and the Government of the Commonwealth of Australia Relating to Mutual Co-operation on Antitrust Matters, 29 Haziran 1982, 34 UST 3888, 21 ILM 702, (1982).

¹²² Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la France concernant la coopération dans le domaine des pratiques commerciales restrictive, 28 Mayıs 1984, 26 ILM 531 (1987).

¹²³ Recommandations du Conseil sur la coopération entre les pays Membres dans les domaines des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux du 5 Ekim 1967 [C(567)53(Final)], 3 Temmuz 1973 [C(73)99(Final)], 25 Eylül 1979 [C(79)154(Final)] et du 21 Mayıs 1986 [C(86)44(Final)].

¹²⁴ DUNFEE Thomas W./FRIEDMAN Aryeh S. (1984), "The Extra-Territorial Application of United States Antitrust Laws: A Proposal for An Interim Solution", *OSLJ* Vol. 45, Fall, s. 919.

¹²⁵ Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği Arasında Rekabet Hukuklarının Uygulanmasına Dair Anlaşma 27 Nisan 1995 tarihli Avrupa Toplulukları Resim Gazetesi L 95, s. 47 - 50.

Birliği'nde birleşme ve devralmaların rekabet hukuku kapsamında incelenmesini düzenleyen tüzüğün yürürlüğe girmesi ve ABAD'ın Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun, uluslararası özellik taşıyan olaylarda Birlik topraklarında yerleşik olmayan kişilere de uygulamasını öngören *Ahlström* kararı söz konusu anlaşmanın imzalanmasında büyük rol oynamıştır. Daha sonraları gerek Amerika Birleşik Devletleri gerekse Avrupa Birliği bu tip ikili anlaşmalar ağını genişletmişlerdir¹²⁶.

İkinci kuşak anlaşmaların birinci kuşak anlaşmalardan en büyük farkı bu anlaşmalarla hedeflenen amaçlardır. İlk kuşak anlaşmaların temel amacını ulusal rekabet otoriteleri arasındaki yetki çatışmasını çözmek oluştururken, ikinci kuşak anlaşmalar rekabet hukukunun etkinliğini arttırmak için işbirliği ve koordinasyonu geliştirmeyi hedeflemektedir. Örneğin 1991 tarihli Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği arasındaki anlaşmaya göre, taraflar rekabet hukuklarını uygularken diğerlerinin çıkarlarını gözetecek ve söz konusu çıkarları zedeleyen rekabete aykırı hallerde diğer taraftan gerekli tedbirleri almasını talep edebileceklerdir¹²⁷. İkinci kuşak anlaşmaların temel sorunu sır niteliği taşıyan ticari bilgilerin soruşturmalar kapsamında diğer rekabet otoritesiyle paylaşılabilmesidir. Buna karşılık, taraflarca üstlenilen yükümlülüklerin katlanılabilir olması nedeniyle önceleri işbirliğine yanaşmayan birçok ülke tarafından kabul görmüştür.

Rekabet hukuku alanında işbirliğini sağlamak amacıyla üçüncü kuşak anlaşmalar da imzalanmıştır. Bu anlaşmaların bir bölümünü rekabet hukuku ihlallerini ceza hukuku kapsamına alan ülkelerce imzalanan anlaşmalar oluşturmaktadır. Bu tip anlaşmaların ilki yine Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada arasında imzalanmıştır¹²⁸. Yapılan işbirliği sonunda her iki ülkede eş zamanlı sürdürülen operasyonlarla birçok kişi tutuklanmış, ağır para cezaları verilmiş ve birçok mala el konulmuştur. Özellikle uluslararası kartellerle mücadele alanında, anlaşmanın getirilerinden memnuniyet duyan Amerikan Kongresi, diğer ülkelerle bu tip anlaşmaların imzalanmasını kolaylaştırmak amacıyla idareye genel yetki veren *International Antitrust Enforcement*

¹²⁶ Amerika Birleşik Devletleri İsrail, Japonya, Brezilya, Meksika ile yaptığı anlaşmalar ile bu ağı genişletirken, Avrupa Birliği'de Japonya, Kore, Çin ile ikili anlaşmalar imzalamıştır.

¹²⁷ Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği Arasında Rekabet Hukuklarının Uygulanmasına Dair Anlaşma (1995), madde. 5.

¹²⁸ Treaty between the Government of Canada and the Government of the US of America · Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, 1990 Can TS No 19, 18 Mart 1985, entered into force 14 Ocak 1990, 100th Cong., 2d Sess, Treaty Doc. 100-14; Exec. Rpt. 10-28; Exec. Rpt. 101-10; 24 ILM 1092-1099, Temmuz 1985, No. 4.

Assistance Act'i¹²⁹ kanunlaştırmıştır. Ne var ki, bugüne kadar bu kanun çerçevesinde müzakere edilen sadece bir tek anlaşma yürürlüğe girmiştir¹³⁰. Diğer taraftan, 1998'de Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği, 1991 tarihli işbirliği anlaşmasını geliştiren yeni bir anlaşma imzalamışlardır¹³¹. *Boeing / McDonnell Douglas*¹³² birleşmesinde taraflar arasında yaşanan sıkıntı yeni anlaşmanın gerekçesini oluşturmuştur. İşbirliğinin ne şekilde yürütülmesi gerektiğini daha detaylı şekilde ortaya koyan bu yeni anlaşmanın en temel özelliği, tarafların anlaşması halinde aynı dosya üzerinde taraflardan birisinin soruşturmasına son vermesini veya incelemesini askıya almasını öngörmesidir. Böylelikle rekabet otoritelerinin çelişkili kararlar vermesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Tüm bu ikili işbirliği anlaşmaları içinde Yeni Zelanda ve Avustralya arasında imzalanan anlaşma *sui generis* bir örnek oluşturmaktadır. İki ülke arasında kurulması öngörülen serbest ticaret sisteminin bir parçası olarak imzalanan bu anlaşma ile taraf ülke toprakları rekabet hukukları bakımından tek bir pazarmış gibi değerlendirilmektedir¹³³. Anlaşmaya göre, her iki ülkenin rekabet otoriteleri bir diğerinde araştırma ve soruşturma yapabilmekte, her iki ülke vatandaşlarından şikâyet kabul edebilmekte, tanık dinleyebilmekte, duruşma görebilmektedir. Ayrıca, rekabet otoritelerinin kararları tanıma ve tenfize gerek kalmaksızın her iki ülkede doğrudan uygulanabilmektedir. Birleşme ve devralmalar için imzalanan ek protokol sayesinde başvuru dosyaları tek elden yürütülmektedir¹³⁴. Bir başka benzeri olmayan bu anlaşma, Avrupa Birliği sisteminden de farklıdır. Supranasyonal özellik taşıyan AB sisteminde üye ülkelerin rekabet hukuklarının dışında bir AB rekabet hukuku mevcuttur ve bu mevzuatı yürüten Avrupa Birliği kurumları bulunmaktadır. Ancak, Yeni Zelanda - Avustralya anlaşmasında iki ülkenin ulusal rekabet hukukları ve kurumları var olmaya devam eder. Ulus-üstü bir yapılanma yoktur.

¹²⁹ International Antitrust Enforcement Assistance Act 1994, Pub Law No. 103-438, 108 Stat. 4597, 15 USC 6201- 6212.

¹³⁰ Agreement between the Government of the US of America and the Government of Australia on Mutual Antitrust Enforcement Assistance, Washington DC, 27 Nisan 1999. Bu anlaşma aslında 1982 tarihli anlaşmayı tamamlar niteliktedir.

¹³¹ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, JOCE n° L 173 du 18.06.1998, s.28.

¹³² Décision de la Commission du 30 Temmuz 1997 relative à l'affaire *Boeing/Mc Donnell Douglas*, JOCE L.336, 8 Aralık 1997, s.16-47.

¹³³ Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement, 28 Mart 1983 tarihinde imzalanmış, 1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (1983) 22 ILM 948.

¹³⁴ Cooperation Protocol for Merger Review between Australian Competition and Consumer Commission and New Zealand Commerce Commission, 8 Ağustos 2006 tarihinden buyana yürürlüktedir.

Sonuç olarak, rekabet hukuku alanında oluşturulan ikili anlaşmalar ağı, bu alanda işbirliği yapılmasının gerekliliğinin göstergesidir. Bu anlaşmaların yokluğu halinde yargılama yetkisi nedeniyle çıkabilecek çatışmalardan, ulusal rekabet otoritelerinin çelişkili kararlarına, aynı soruşturmanın birden çok kere yapılmasına kadar pek çok sakıncalı sonuç ortaya çıkacaktır. Bununla beraber, ikili anlaşmalar ağı birçok fayda sağladıysa da günümüz şartları söz konusu olduğunda yetersizdir. Öncelikle tüm ülkelerin ikili temaslar yoluyla rekabet hukuku alanında işbirliği anlaşmaları imzalaması beklenemez. Bu çözüm çok zahmetli, karmaşık ve yüksek maliyetlidir. Ayrıca, sistemin henüz rekabet hukuku alanında yeterince tecrübesi olmayan ülkelerin aleyhine işleyebileceğine dair endişeler, bu anlaşmaların gelişmekte olan ülkelere imzalanmasını zorlaştırmaktadır.

1.2.2.2. Bölgesel ve Çok Taraflı Anlaşmalar

Küreselleşme sonucu ortaya çıkan yeni koşullara uyum sağlayabilmek için rekabet hukuku alanında da global çözüm arayışlarına girilmiştir. Bu doğrultuda bölgesel ve çok taraflı anlaşmalarda patlama yaşanmış, 2007 senesi itibariyle ulaşılan bölgesel anlaşma sayısı 380'i geçmiştir¹³⁵. İçerikleri bakımından bu anlaşmalar avantajlı gümrük tarifeleri, doğrudan yabancı sermaye, çevre, iş gücü, rekabet hukuku ve uyuşmazlıkların giderilmesi mekanizmaları gibi değişik konuları düzenlemektedir. Bu sözleşme metinlerindeki rekabet hukuku düzenlemelerini incelediğimizde bazı anlaşmaların Avrupa Birliği'nde olduğu gibi son derece detaylı düzenlemeleri içerdiğini, bazılarının NAFTA'da olduğu gibi sadece genel prensipleri deklare etmekle sınırlı kaldığını, diğerlerininse sadece işbirliğini teşvik ettiğini tespit etmekteyiz. Özellikle Avrupa Birliği'nin Balkan devletleri¹³⁶, Akdeniz'e kıyısı olan ülkeler, Arjantin¹³⁷, Orta Amerika ülkeleri¹³⁸, Brezilya¹³⁹, MERCOSUR¹⁴⁰,

¹³⁵ http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm.

¹³⁶ Les Balkans occidentaux sur la voie de l'Union européenne: renforcer la stabilité et la prospérité. COM(2006) 27 - Yayımlanmamış.

¹³⁷ Accord-cadre de coopération commerciale et économique entre la Communauté économique européenne et la République argentine, JOCE n° L 295, 26 Ekim1990, s. 67 - 73.

¹³⁸ Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et les pays parties au traité général d'intégration économique centre - américaine (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras et Nicaragua) ainsi que Panama, JOCE n° L 172, 30 Haziran1986, s. 2 - 11.

¹³⁹ Accord-cadre de coopération entre la Communauté économique européenne et la République fédérative du Brésil, JOCE n° L 262, 1 Kasım 1995, s. 54 - 65.

¹⁴⁰ Comité économique et social (1966), «Avis du 25 octobre 1995 sur la communication de la Commission au Conseil et Parlement européen pour un renforcement de la politique de l'UE à l'égard du Mercosur», Journal officiel, no C du 22 Ocak 1966, s. 135-140; Déclaration commune solennelle entre le Conseil de l'UE et la Commission européenne, d'une part, et les Etats membres du Mercosur, d'autre part, JOCE, n° C 377, 31 Aralık1994, s. 1-2.

Andın Paketi¹⁴¹ ile yaptığı işbirliği anlaşmaları tarafların rekabet hukuku sorunları ile ilgili periyodik olarak toplanmaları ve rekabeti kısıtlayan eylemlere karşı işbirliği yapmaları öngörülmüştür. Bununla beraber, bölgesel anlaşmaların işbirliği mekanizmaları aracılığıyla çözüme kavuşturulmuş önemli uyuşmazlıklar bulunmamaktadır. Bölgesel anlaşmaların serbest ticaret, gümrük birliği, ortak pazar gibi hedefleri öncelikli olarak gerçekleştirmeyi amaçlaması, rekabet konusunu daha geri plana itmiştir. Diğer taraftan, bu anlaşmalara taraf ülkelerin heterojen yapısı rekabet alanında işbirliğini güçleştirmektedir. Günümüzde Avrupa Birliği dışında rekabeti etkin olarak korumayı amaçlayan başka bir bölgesel yapılanma bulunmamaktadır.

Rekabet hukuku alanında hayata geçirilen multilateral anlaşmaları incelediğimizde, 1920 senesinden beri yapılan çalışmaların uluslararası nitelikteki rekabet sorunlarına etkin bir çözüm getirmediğini tespit etmekteyiz. Çeşitli uluslararası örgütler tarafından hazırlanan metinler genellikle danışma ve işbirliğini ön plana çıkaran, pratikte etkisiz çözümler önermektedirler. Rekabet hukuku alanında pek çok çalışmaya imza atan Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) bu alanda önemli tartışmaların yapıldığı bir örgüt haline gelmiş, ancak üyelerinin sınırlı sayıda olması nedeniyle bu çalışmalar kısıtlı bir çerçeveye hapis kalmıştır¹⁴². Bununla beraber, uluslararası rekabet hukukunun potansiyel kaynaklarını incelerken değindiğimiz OECD çalışmaları sayesinde üye ülke rekabet otoriteleri arasında bilgi alış-verişi, işbirliği, uzlaşma, ülke dışından bilgi toplama gibi alanlarda pratikte olumlu sonuçlar alınmıştır. Örgütçe oluşturulan bu *soft law* mekanizmalarının dönemsel olarak gözden geçirilip, geliştirilmesi, rekabet konusunu sürekli olarak OECD'nin gündeminde tutmuştur. Yine yukarıda incelediğimiz Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Örgütü'nün (UNCTAD) OECD'ye göre daha evrensel olan çalışmalarının pratikteki etkilerine baktığımızda, bu metinlerin teknik yardım ve işbirliği, rekabet hukuku ve politikaları alanında formasyon olanakları sağlayarak "rekabet kültürü" oluşmasında etkili olduğunu tespit etmekteyiz. Ancak, gerek OECD, gerekse UNCTAD'ın yaptırım kudreti olmayan mekanizmaları ihtiyaç olunanın aksine mevcut sorunlara somut çözümler getirmemektedir. Uluslararası platformda rekabet hukuku alanında yaptırım gücünü haiz mekanizmalara sahip, göreceli olarak etkin düzenleme

¹⁴¹ Framework Agreement on Cooperation between the European Economic Community and the Cartagena Agreement and its member countries, namely the Republic of Bolivia, the Republic of Colombia, the Republic of Ecuador, the Republic of Peru and the Republic of Venezuela, JOCE n° L 127 29 Nisan 1998, s. 11.

¹⁴² Bu metinlerden çok uluslu kuruluşları da kapsayan uluslararası ticareti etkileyen kısıtlayıcı ticari uygulamalar hakkındaki Konsey tavsiyesi gibi bazı metinler üye ülkeler dışında da kabul görmüş ve Slovakya, Latin Amerika ülkelerinin bazıları tarafından kabul edilmiştir.

sağlayan tek uluslararası organizasyon, ileride etraflıca inceleyeceğimiz DTÖ'dür.

Özetlememiz gerekirse, uluslararası hukuk enstrümanları vasıtasıyla uluslararası rekabetin etkin işleyişini sağlamada, ulusal rekabet hukuklarının tek taraflı uygulanması ve ikili anlaşmalar ağında olduğu gibi, bölgesel ve çok taraflı anlaşmalar da tatminkar bir çözüm getirmekten uzaktır. Şu anda en etkin çözüm ikili anlaşmalarla sağlanmakta ancak, bu anlaşmalar da kapsam olarak yetersiz kalmaktadır. Tarafları bakımından geniş kapsamlı bölgesel ve multilateral anlaşmalarla mevcut sorunlara somut çözümler getirmekten uzaktır. İmzalanan bölgesel anlaşmaların sayısındaki artış neticesinde küresel pazarda çeşitli ticaret adacıkları oluşmuştur. Bu durum DTÖ'nün amaçladığı küresel serbest ticaret hedefine ters düşmektedir. Diğer yandan, içinde bulunulan durumu rekabet hukuku açısından irdelersek, bölgesel anlaşmaların üyelerine rekabeti koruma yönünde yükümlülükler ve/veya tavsiyelerde bulunduğunu gözlemlemekteyiz. Bu şekilde gelişen rekabet kültürü sayesinde rekabet hukukuna sahip olmayan ülke sayısı hızla azalmaktadır. Dolayısıyla, bölgesel ve çok taraflı anlaşmaların uluslararası rekabet hukukuna geçişte bir basamak olarak düşünülmesi mümkündür. Uluslararası rekabet hukuku için yeterli teorik altyapının olmasına rağmen daha çok politik nedenlerle bu alanda bağlayıcı hukuk kuralları bulunmamaktadır¹⁴³. Sonuç olarak uluslararası rekabet hukuku alanında etkin hukuki çözüme olan ihtiyaç devam etmektedir.

2. KÜRESEL PAZARDA ETKİN

ULUSLARARASI REKABET HUKUKU İÇİN ÖNERİLER

Uluslararası rekabet hukuku alanında mevcut sorunlara etkin hukuki çözüm arayışı içinde olan bazı uzmanlar, rekabet hukukuyla uluslararası ticaret arasındaki ortak amaçları dikkate almışlar ve bu iki dalın uzlaşmasından bir çözüm ortaya çıkabileceğini iddia etmişlerdir. Bu görüşü savunan yazarlar, DTÖ sözleşmelerinde rekabet hukukunu ilgilendiren pek çok madde bulunduğunu ve bu maddelere dayanarak örgütün uyuşmazlıkları çözme mekanizmasının devreye sokulabileceğini vurgulamışlardır. Biz de çalışmamızın ikinci bölümünde, uluslararası ticareti de ilgilendiren rekabet konularının söz konusu görüşler doğrultusunda çözülmesinin mümkün olup olmadığını ve bu önerilere ek olarak ne gibi çözüm önerilerinin ortaya konulabileceğini incelemeyi amaçladık.

2.1. Dünya Ticaret Örgütü Mekanizmaları ile

Uluslararası Rekabetin Etkinliğinin Arttırılması

Uluslararası rekabet hukukunun DTÖ içinde düzenlenmesi uzun süredir tartışılan bir konudur. Bu amaçla birçok öneri ortaya atılmış, ancak bunların

¹⁴³ Gerber (2010), s.271 - 273.

tamamı başarısız olmuştur. Bugüne kadar hazırlanan bu projeleri incelemek, başarısızlık nedenlerini araştırmak ileri sürülecek yeni bir çözüm önerisine şekil verecektir. Eğer DTÖ'nün mevcut mekanizmaları ile etkin bir uluslararası rekabet düzenlenebiliyor ise herhangi bir yapısal reforma gerek kalmadan mevcut anlaşmalardaki ilgili maddelerin uygun yorumu yapılarak küresel pazarda rekabetin sağlıklı işleyişi sağlanacaktır.

2.1.1. Uluslararası Rekabetin GATT/DTÖ İçinde Düzenlenmesine Dair Reform Önerileri

Birinci Dünya Savaşı öncesinde Milletler Cemiyetinin kurulmasıyla barışın sağlanması halinde ekonomik dengelerin kendiliğinden oluşacağı ileri sürülmüştü¹⁴⁴. Savaşın sonunda ekonomik alanlarda da bazı anlaşmaların yapılmadan barışın sağlanmayacağı anlaşıldı. Ancak, bu amaçla yapılan konferanslardan bir sonuç alınamadı¹⁴⁵. Birçok düşünür 1930 tarihli *Smoot - Hawley Tariff Act* ile başlayan ve tüm dünyada zincirleme muhafazakâr tedbirler alınmasını tetikleyen ekonomik kararları İkinci Dünya Savaşının çıkmasının nedenleri arasında göstermiştir¹⁴⁶. Dünya ekonomisinin regülasyonunun bir parçası olarak düşünülen uluslararası rekabet hukukunu düzenleme çabaları işte bu gerekçelerle hız kazanmıştır.

2.1.1.1. Rekabet Hukukunu GATT/DTÖ İçinde Canlandırma Çabaları

Havana Şartı'nın yürürlüğe girememesinin ardından benzer projeleri hayata geçirmek için birçok girişimde bulunulmuştur. 1954'de Danimarka, Norveç ve İsveç delegasyonları, Havana Şartını referans alarak, GATT Anlaşmasının ticareti kısıtlayıcı davranışları içerecek şekilde revize edilmesini önerdiler¹⁴⁷. Bu öneri kabul edilmedi. Buna karşılık, Norveç delegasyonunun ticareti kısıtlayıcı davranışlara karşı alınacak tedbirleri incelemek üzere bir komite kurulması önerisi kabul gördü¹⁴⁸. Komite, yaptığı çalışma sonunda uluslararası kartellerin,

¹⁴⁴ GERBERT Pierre/GHEBALI Victor - Yves/MOUTON Marie - Renée (1996), *Le rêve d'un ordre mondial de la Société des Nations a Organisations des Nations - Unies*, éd. Imprimerie Nationale Paris, p. 135.

¹⁴⁵ Rapport et actes de la conférence économique internationale tenue à Genève 4 - 23 Mayıs 1927, Publication de la Société des Nations no. 1927. II.52 I et II.

¹⁴⁶ OMC (2004), *Le Rapport du Conseil consultatif à M.Supachi Panitchpakdi*, Direktör, SUTHERLAND Peter, BHAGWATÍ Jagdish, BOTCHWEY Kwesi, FİTZGERLAD Niall, HAMADA Koichi, JACKSON John, LAFER Celso, MONTBRIAL de Theirry, s. 16.

¹⁴⁷ GATT (1954), *Review of the General Agreement on restrictive business practices, proposals by the delegations of Denmark, Norway and Sweden*, L/283, 17 Kasım 1954, paragraphes 3,5 et spécialement la section (b) de la proposition est un "restatement" des articles de la Charte de la Havane.

¹⁴⁸ GATT (1958), *Restrictive Business Practices, proposal by the Norwegian Delegation*, L/893/Add.2, 5 Kasım 1958, paragraphs (i) et (ii).

gümrük tarifelerinin düşürülmesi sayesinde sağlanan uluslararası ticaret avantajlarına zarar vereceğini kabul etmesine rağmen, ulusal rekabet mevzuatına sahip ülke sayısının az olması nedeniyle *multinasyonal* anlaşma müzakereleri için henüz çok erken olduğuna karar verdi¹⁴⁹. Bununla beraber, 18 Kasım 1960 tarihinde GATT üyeleri ticareti kısıtlayıcı davranışlara karşı ikili ve çok taraflı görüşmeleri teşvik eden bir karar aldılar¹⁵⁰. Tamamen tavsiye niteliğinde olan bu karar dışında, DTÖ'nün kuruluş müzakerelerine kadar GATT bünyesinde rekabet hukukuna değinen başka bir öneri olmadı.

1986'dan 1994'de kadar süren ve DTÖ'nü kuran anlaşmaların müzakere edildiği Uruguay Zirvesinde söz konusu anlaşmalara sadece rekabet hukukunu ilgilendiren bazı genel maddeler konulmakla yetinilmiş ancak, bu konuda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumu giderilmesi gereken bir eksiklik olarak kabul eden Profesör Fox, sadece pazara giriş engellerinin ortadan kaldırılmasını öngören *multilateral* bir anlaşmanın DTÖ bünyesinde müzakere edilmesi fikrini desteklemiştir¹⁵¹. Bu projeyi destekleyenler, içeriği uluslararası rekabet ile uluslararası ticaretin kesişme noktasından ibaret olan bir tasarının kolaylıkla üyelerin onayından geçebileceğini ileri sürmüşlerdir. Üye devletlerin egemenliklerine saygıyı ön planda tutan bu tasarı, DTÖ'nün uyumsuzlukları çözme mekanizmasının yetkisini iç hukukun tarafsız bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını tespiti ile sınırlamaktaydı. Ne var ki, bu proje ithalat, ihracat kartelleri, gönüllü ithalat ve ihracat kısıtlamaları, devlet tekelleri, uluslararası karteller gibi uluslararası rekabetin önemli sorunlarına etkin bir çözüm getirmemekteydi¹⁵².

Öte yandan, 1991'den 1993'e kadar, 12 rekabet hukuku uzmanından oluşan bağımsız bir grup uluslararası rekabetin düzenlenmesi için bir proje hazırlamışlardır. Münih Kodu olarak da bilinen projenin, DTÖ Anlaşması'nın 4 numaralı ekine seçimlik çok taraflı bir anlaşma olarak ilave edilmesi öneren bir

¹⁴⁹ GATT (1959), Restrictive Business Practices, Action by the Contracting Parties in Dealing with Restrictive Business Practices in International Trade, Report by Group of Experts, L/1015, 30 Haziran 1959, s.1, para. 4 ve 5.

¹⁵⁰ GATT (1960), Decisions of seventeenth session, Decisions, Declarations, etc. of the Contracting Parties Between the End of the Sixteenth Session and the End of the Seventeenth Session, L/1397, 5 Aralık 1960, s.17.

¹⁵¹ FOX Eleanor M. (1997), "Toward World Antitrust and Market Access", *American Journal of International Law*, Vol.91, No.1, s.13; FOX Eleanor M. (1998), "International Antitrust: Against Minimum Rules; For Cosmopolitan Principles", *Antitrust Bulletin*, vol. 43, no. 1, Mart 1998., p.5 - 13 ; FOX Eleanor M. (1999), "Competition Law and Millennium Round", *JIEL* Vol.2, Issue 4, s. 665 - 679.

¹⁵² Abdelgawad (2001), s.178 ve 179.

teklif 10 Temmuz 1993 tarihinde GATT başkanlığına sunulmuştur¹⁵³. Projede öncelikle, GATT Anlaşması'nı imzalayan taraflara politik olarak bağımsız ve Münih Taslağını uygulayabilecek yeterli soruşturma gücüne sahip ulusal rekabet kurumlarının oluşturulması önerilmiştir. Taslakta ayrıca, ulusal rekabet uygulamalarını denetleyecek bağımsız bir Uluslararası Rekabet Kurumu'nu kurulması tasarlanmış ve DTÖ uyuşmazlıkların giderilmesi mekanizması içinde uluslararası rekabet panellerinin oluşturulması önerilmiştir. Yine aynı taslağa göre, Uluslararası Rekabet Kurumu rekabet anlaşmasının ihlal edilmesi halinde ulusal rekabet kurumlarından gerekli önlemleri almalarını isteyebilmekteydi. Bu talebi reddeden rekabet kurumları hakkında ulusal mahkemelerde Ulusal Rekabet Kurumu dava açabilecek veya rekabeti kısıtlayan davranışlarda bulunan özel kişilere karşı ulusal mahkemelerde dava açılmasını isteyebilmekteydi. Ayrıca, taslak ulusal rekabet hukuku düzenlemelerinin yatay ve dikey anlaşmalar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve yoğunlaşmalar alanında, temel prensipler çerçevesinde asgari uyum içinde olmasını da öngörmekteydi. Ancak, kurduğu uluslar-üstü mekanizmaların ulus devletlerde yarattığı çekinceler, sürekli evrim içinde olan rekabet hukukunu değiştirilmesi zor uluslararası bir anlaşmayla sınırlaması, temyiz mekanizmalarının gerçekçi olmaması gibi eleştirilere maruz kalan taslak özellikle Amerika Birleşik Devletleri tarafından kabul görmemiş ve hayata geçirilememiştir.

Uluslararası rekabetin kısıtlanmasını önlemeye yönelik bir diğer öneri de, 1994 yılında Profesör Scherer'den gelmiştir¹⁵⁴. Scherer, önerdiği modelinde DTÖ bünyesinde kurulacak olan Uluslararası Rekabet Politikası Ofisi aracılığıyla uluslararası piyasalarda rekabetin düzenlenmesini önermekteydi. Kurulacak bu Ofise kademeli olarak yetki devredilmesini tavsiye eden Profesör Scherer, kurucu anlaşmayı takip eden ilk sene sadece soruşturma yetkisini haiz olacak Ofise, ratifikasyonların gerçekleştirilmesini takiben Anlaşmanın yürütülmesi yetkisini de vermeyi teklif etmiştir. Kademeli olarak artacak yetkileriyle Ofis, devletlerce ithalat ve ihracat kartellerine tanınan muafiyetleri, uluslararası piyasalarda hâkim durumun kötüye kullanılmasını, birleşme ve devralmaların denetlenmesi görevini üstlenecekti. Projede kuruluşu takip eden 5 sene sonunda ulusal rekabet hukuklarının bazı temel prensiplerinde yeknesaklık sağlanması, 7 sene sonraysa yoğunlaşmalar ve hâkim durumun kötüye kullanılması alanlarında aynı kuralların oluşturulması planlanmıştı¹⁵⁵. Münih Kodundan daha mütevazı olan bu proje, Uluslararası Rekabet Politikası Ofisi'ne

¹⁵³ *International Antitrust Code*, Groupe de Munich, Antitrust & Trade Regulation Report BNA, Special supplement n° 1628, vol. 64, 19 Ağustos 1993.

¹⁵⁴ SCHERER Frederic M. (1994), *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Brookings Institution Press, Washington DC.

¹⁵⁵ Scherer (1994), s.92 et 93.

başvurma hakkını sadece devletlere vermekte ve özel kişilere bu hakkı tanımamaktaydı. Ne var ki bu alçakgönüllü proje bile devletlerin egemenliklerini fazlasıyla kısıtlayacağı savıyla kabul görmemiştir.

Profesör Scherer projesini hazırlarken, Avrupa Birliği bir grup uzmandan aynı konuda devletlerin egemenliklerini daha fazla dikkate alan bir taslak hazırlamalarını istemiştir¹⁵⁶. Uzmanlar tarafından bu istek doğrultuda hazırlanan projede bir uluslararası rekabet kurumu veya global bir rekabet yasası teklifine yer verilmemiştir¹⁵⁷. Avrupa Birliği tarafından DTÖ bünyesinde de savunulan bu *multilateral* anlaşma tasarısı, üyelerin rekabet mevzuatlarında öncelikle şeffaflık ve ayrımcılık yasağını yasalastırmayı öngörmekteydi. İkinci olarak, serbest ticaretin ve piyasanın düzgün işleyişine mani olduğu herkesçe kabul edilen davranışları ortadan kaldırmaya yönelik rekabet hukuku kurallarının üye devletlerce kanunlaştırılmasını öneren tasarı, üçüncü olarak, üye devletler arasında, rekabet alanında işbirliğini güçlendirmeyi; son olarak da DTÖ uyuşmazlıkları çözme mekanizmasının bu anlaşmayı da kapsayacak şekilde genişletilmesini benimsemekteydi. Avrupa Birliği, ulusal rekabet hukuklarında detaylı bir uyumlaştırma çalışmasına gitmektense, tüm üye devletler tarafından kabul edilecek rekabet kurallarını, iç hukuklarına geçirmelerini tasarlamaktaydı. Mevcut uluslararası konjonktür göz önüne alındığında, bu proje üye devletleri egemenlikleri konusundaki hassasiyetlerini dikkate alarak uluslararası rekabet hukukunun temel sorunlarına kısa vadede en gerçekçi çözüm önerisini sunmaktadır. Ancak özellikle Amerika Birleşik Devletlerinin, rekabet hukuku alanında uyumlaştırılmasına kategorik olarak karşı çıkması nedeniyle bu tasarı üzerinde de bir uzlaşma sağlanamamıştır.

Öte yandan, 1996 yılındaki Singapur Bakanlar Konferansı kararı sonucunda rekabet ve uluslararası ticaret arasındaki ilişkiyi tüme DTÖ üyelerinin katılımıyla ve çeşitli yönleriyle incelemek üzere DTÖ rekabet ve ticaret ortak çalışma grubu kurulmuştur. Çalışma grubu uzun zamandır bilinen rekabet ve uluslararası ticaret arasındaki irtibatın son durumunun incelenmesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Ancak, buradaki asıl hedef 2003 senesinden itibaren rekabet konusunun DTÖ anlaşmasına dahil edilmesi olup, bu konunun müzakerelerinin alt yapısını oluşturmaktır. Böylece Havana Şartında kurulması öngörülmüş olan rekabet temelli sistemin kurulması yönünde bir adım atılmış olacaktı. Ancak, Kankun görüşmelerinde beklenmedik bir kriz ortaya çıkmıştır.

¹⁵⁶ Bu uzmanlar Ulrich IMMENGA, Frederic JENNY, Ernest-Ulrich PETERSMANN, Claus-Dieter EHLERMANN, Jean-François PONS, Roderick ABBOTT, François LAMOUREUX, Jean-François MARTIPOINT, Alexis JACQUEMIN'den oluşmaktadır.

¹⁵⁷ COM (1995), La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international, Rapport du Groupe des Experts: Commission européenne, Direction-Générale IV - Concurrence, COM (95) 359 final, 12 Temmuz 1995.

Gelişmekte olan ülkeler, başta Amerika Birleşik Devletleri'nin pamuk politikası olmak üzere gelişmiş ülkelerin tarım politikalarına karşı çıkmışlardır. Tarım politikalarından taviz vermek istemeyen gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan ülkelerle pazarlığa oturmuşlardır. Yapılan müzakereler sonucunda Singapur'da gündeme alınan rekabet, yatırım, kamu ihalelerinde şeffaflık konuları Doha Zirvesi müzakere gündeminden çıkartılmıştır. Gelişmiş ülkeler bu sayede tarım politikalarında istedikleri tavizleri almışlardır. Böylece 50 yıl sonra DTÖ bünyesinde rekabetin düzenlenmesi hayali bu kez de Amerikan pamuk politikasına takılmıştır.

2.1.1.2. Projelerin Başarısızlık Nedenleri

Uluslararası rekabeti düzenlemek amacıyla DTÖ bünyesinde bugüne kadar bir anlaşma yapılamamasının pek çok nedeni vardır. İmzalanacak bir anlaşmadan kimin ne kadar fayda sağlayacağı, içeriğinin ne olacağı, ulusal politikalarla ne ölçüde çatışacağı tam olarak kestirilemediğinden hazırlanan tüm projelere tereddütle yaklaşmaktadır. Şartlar bu iken, Doha Zirvesinde DTÖ bünyesinde yapılacak rekabet anlaşmanın müzakerelerinin de yanlış şekilde yürütülmesi sonucu zaten zor olan uzlaşma imkânsız hale gelmiştir¹⁵⁸. Bugüne kadar hazırlanan projelerin tümünün hayata geçirilememesinde aşağıdaki dinamikler büyük rol oynamıştır.

2.1.1.2.1. Farklı Çıkar Grupları

Rekabet hukuku alanında yapılacak uluslararası bir anlaşma konusunda devletler, devlet grupları ve bunların arasında çıkar çatışmaları bulunmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerle, gelişmiş ülkelerin uluslararası rekabet anlaşmasından beklentileri aynı değildir. Gelişmiş ülkeler, rekabet anlaşmasıyla yabancı pazarlara giriş serbestisi sağlamak, yabancı ithalat kartellerini kısıtlamak için çaba sarf ederlerken, ulusal rekabet hukuklarını, uluslararası rekabet davalarında uygulamayı seçmektedirler. Gelişmiş ülkeler arasında ise Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği'nde olduğu gibi farklı yaklaşımlar ve çıkar çatışmaları bulunmaktadır. Günümüzde pek çok ülke kabul görmüş iki temel sistemin Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği rekabet sistemleri olduğu düşünülürse, her iki taraf da, imzalanacak anlaşmada diğer sistemin kullanılması halinde kendi uygulamalarının yara alacağını ileri sürmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında uygulanacak hukuk sistemi konusunda bir rekabet mevcuttur¹⁵⁹.

¹⁵⁸ BRADFORD Anu (2007), "International Antitrust Negotiations and the False Hope of the WTO", *Harvard International Law Journal*, Vol.48, s.385.

¹⁵⁹ KARAKOÇ Oğuz (2003), *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 57.

Diğer yandan, Amerika Birleşik Devletleri idaresinde yar alan kurumları arasında dahi uluslararası rekabet hukukunun imzalanması konusunda fikir ayrılıkları bulunmaktadır¹⁶⁰. İkinci Dünya Savaşının ardından Amerikan hükümeti, gerek pazar gücü, gerek hukuki altyapı olarak rekabet hukukunu uluslararası olaylara uygulayabilen tek ülkeydi. Küreselleşmeyle beraber bu avantajlı durumunu kaybeden Amerika, ulusal pazarının lehine uluslararası ticaretin aleyhine yeni kanunlar çıkararak avantajlı pozisyonunu korumaya çalışmıştır. Ancak, bu durumu yeterli bulmayan Ticaret Bakanlığı rekabet hukukunu DTÖ bünyesinde tartışılması gereken 5 önemli konudan birisi olarak kabul ederken, Amerikan ulusal rekabet otoriteleri buna tamamen karşı çıkmıştır¹⁶¹. Uluslararası anlaşmaya taraftar olmayan kurumların ileri sürdüğü başlıca sav, DTÖ bünyesinde müzakere edilecek bir rekabet anlaşmasında diğer taraf devletlere bazı tavizler verilmesi gerekeceği, bu durumun da Amerikan rekabet hukukunda zafiyet yaratacağı görüşüdür¹⁶². Avrupa Birliği ise, genel olarak rekabet alanında uluslararası bir anlaşmanın fayda sağlayacağını ileri sürmüştür.

Gelişmekte olan ülkelerin uluslararası rekabet hukuku anlaşmasına bakışını incelediğimizde, genel olarak kamunun ağırlıklı olarak rol oynadığı, ekonomiye devletin sık olarak müdahale ettiği, tarım sektörünün ekonominin temelini oluşturduğu bu ülkelerde, rekabet hukukunun gelişmiş ülkelere nazaran daha farklı şekilde uygulanması gerektiği fikri yaygındır¹⁶³. Gelişmekte olan ülkelerin içinde buldukları özel şartlar nedeniyle DTÖ nezdinde imzalanacak bir rekabet hukuku anlaşması rekabet hukukundan daha ziyade ayrımcılık yasağı gibi DTÖ'nün genel prensiplerini oluşturan kurallar sorun oluşturmaktadır. Gelişmekte olan ülkelere göre yabancı çok uluslu bir şirketin, gelişmekte olan ülkenin ulusal şirketlerinden birisiyle yapacağı birleşme daha farklı kriterlerle incelenmelidir¹⁶⁴. Ulusal devlet tekellerinin tasfiye edileceği, ulusal şirketlerinin yabancı şirketlerle rekabet edemeyerek iflas edeceği ve uluslararası rekabet anlaşmasından doğan yükümlülüklerine uyamadıkları zaman karşılaşacakları

¹⁶⁰ Bradford (2003), s. 409.

¹⁶¹ KLEIN Joel I. (1996), "A note of Caution With Respect to a WTO Agenda on Competition Policy", Presented at The Royal Institute of International Affairs Chatham House Londra, Kasım 18; <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/0998.htm>.

¹⁶² PAASMAN Berend (1999), *Multilateral Rules on Competition Policy: An Overview of the Debate*, United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, Division of Trade and Development Finance, International Trade Unit, s. 40.

¹⁶³ JENNY Frédéric (2001), «L'environnement économique international et les autorités de concurrence», dans *Rapport Public 2001 - Les autorités administratives indépendantes. La Documentation Française*, Paris, s. 451.

¹⁶⁴ SINGH Ajit (2002), *Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions*, G-24 Discussion Paper Series, UNCTAD/GDS/MDPB/G24/18, Cenevre, s. 8.

yaptırımların ekonomilerine ağır darbe vuracağını savunan gelişmekte olan ülkeler, DTÖ bünyesinde rekabet anlaşmasına karşı çıkmaktadırlar¹⁶⁵. Oysaki geçiş süreci boyunca bazı istisnaların tanınması halinde bu sürecin sonunda uluslararası rekabet anlaşmasından en büyük faydayı sağlayacak olan grup gelişmekte olan ülkelerdir. Bu anlaşma ile orta ve küçük ölçekli şirketlerini hem yabancı şirketlerin, hem de yerli şirketlerinin uyumlu eylemleri, rekabete aykırı anlaşmaları ve hâkim durumlarını kötüye kullanmalarının önüne geçilecektir.

Öte yandan, çok uluslu şirketler, küreselleşmenin de etkisiyle son yıllarda çok büyük gelişme kaydetmişlerdir. Geleneksel uluslararası hukukun süjesi olmamalarına rağmen sınır aşırı ekonomik ilişkilerin kaynağı durumuna gelmişlerdir. 2001 yılında hazırlanan bir rapora göre, dünyanın 100 en büyük ekonomik oluşumunun sadece 21'i devletlerden geri kalanı şirketlerden oluşmaktadır¹⁶⁶. 1960'lı yılların sonunda üretim kaynaklarının ve sermayenin en uygun şartları sağlayan ülkelere kaymasıyla beraber ülkeler arasında rekabet başlamıştır. Bu akımın bir sonucu olarak şirketler ile ülkesel sınırlar arasındaki örtüşme kaybolmaktadır. Ekonomik bakımdan güçlenen şirketler, çıkarları söz konusu olduğunda devletleri dahi tehdit edebilmektedirler. Yeni iş sahaları yaratmak, mevcutları korumak, vergi gelirlerini arttırmak çabasında olan hükümetler, çok uluslu şirketlerle pazarlık masasına oturmakta ve tavizler vermekte gecikmemişlerdir. Çok uluslu şirketlerin diğer bir arzusu da maliyetlerin düşürülmesidir. Kimi zaman aynı birleşme ve devralma operasyonu için birçok ülkede aynı bürokratik işlemlerde bulunan şirketler, masrafların düşürülmesi için ulusal rekabet otoritelerinin koordinasyon içinde çalışmalarını ve başvuruların yeknesak hale getirilerek tek elden yürütülmelerini istemektedirler¹⁶⁷. Öte yandan, "ulusal şampiyonlarını" koruyarak, örtülü veya açıktan desteklerini veren devletler, bu şirketlerin dünya pazarında söz sahibi olmalarını kendi çıkarları açısından daha uygun bulmaktadırlar.

2.1.1.2.2. Rekabet Kurallarının İçeriğine Dair Fikir Ayrılıkları

Rekabet hukukunu konu alan bir uluslararası anlaşmanın hazırlanmasındaki diğer bir sorun da bu anlaşmanın hangi rekabet hukuku modeline göre hazırlanacağı sorunudur. Ulusal rekabet hukukları amaçları ve bunları gerçekleştirme metotları bakımından farklılık göstermektedir¹⁶⁸. Rekabet hukukunu başlı başına rekabeti korumak olarak algılayan Amerikan anlayışıyla,

¹⁶⁵ Carreau/Juillard (2007), s. 29-32.

¹⁶⁶ World Investment Report, Transnational Corporations and Export Competitiveness, UNCTAD/WIR/2002, s. 90.

¹⁶⁷ TERHORST George (2000), "The reformation of the EC Competition Policy on Vertical Restraints", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.21, s. 352.

¹⁶⁸ EVANS David S. (2009), "Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules", *Chicago Journal of International Law*, Forthcoming, 16 Şubat 2009.

en azından ilk başlarda ortak pazarın gerçekleştirilmesi için araç olarak kullanan Avrupa Birliği yaklaşımı farklı uygulamalar doğurabilmektedir. Ayrıca, değişik ekonomik teoriler ışığında aynı davranış kimi rekabet hukuklarınca tüketiciler ve üreticiler için zararlı, kimilerince faydalı olarak kabul edilmektedir. Bu temel farklılık özellikle dikey anlaşmalarda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, distribüsyon ağları vasıtasıyla verimliliğin arttırılabileceği görüşüne karşılık, aynı dağıtım sisteminin pazar paylaşımına yol açarak pazara girişlere engel oluşturacağı varsayımı ileri sürülmektedir. Aynı şekilde hâkim durumun kötüye kullanılması ve yoğunlaşmalar alanında da farklı teorik yaklaşımlar nedeniyle ortak normlara ulaşmak zor gözükmektedir¹⁶⁹. Öte yandan, hürriyeti bağlayıcı cezalar da dahil, cezai karakteri haiz olmayan bir uluslararası anlaşmaya Amerika Birleşik Devletlerinin olur verme ihtimal çok zayıftır.

2.1.1.2.3. Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu

Ulusların egemenlik yetkilerini paylaşılması konusu uluslararası hukukun temel sorunlarından birini oluşturmaktadır. Ülke sınırları içinde yerel rekabet politikalarını uygulayan bazı devletlerin bu yetkilerini uluslarüstü bir güçle paylaşmaları neredeyse imkânsız gözükmektedir. Çeşitli ülkelerin çatışan ticari politikaları ve piyasadaki kontrollerini ellerinden kaçırma endişesi mevcut durumda değişiklik yapılmasını zorlaştırmaktadır. Diğer bir anlatımla, ulus devletler ellerinde bulundurdukları yetkiler üzerinde karar alma mekanizmasını bir başka otorite ile paylaşmak istememektedirler. Oysaki küreselleşme olgusu son yıllarda dünyada hızlı bir değişim süreci yaşanmasına neden olmaktadır. Küreselleşmenin olumsuz etkilerine maruz kalmalarına rağmen, devletler aralarındaki işbirliğini yeterince geliştirememişlerdir. Günümüzde başvurulan işbirliği modelleri ikili, bölgesel ya da seçimli çok taraflı anlaşmalardan ibarettir. Bu çerçevede yapılan düzenlemelere katılım isteğe bağlı olmakta, dolayısıyla ülkeler üzerinde bağlayıcı kararlar almak mümkün olmamaktadır. Ulus devletler egemenliklerini koruma endişesiyle statükoyu korumak için direnirken, küreselleşmenin sonucu ortaya çıkan sistemin geneline teslim olmakta ve neticede egemenlikleri gerçekten erozyona uğramaktadır. Özellikle finansal gücü tek başına bir ülkeden dahi büyük olabilen çok uluslu şirketlere karşı geleneksel yöntemlerle başa çıkamayan hükümetler ekonomik, siyasi ve hukuki güvenliği sağlamakta güçlük çekmektedirler¹⁷⁰.

Neticede, uluslararası rekabetin düzenlenmesinin önündeki engeller ülkelerin çatışan çıkarları, egemenliklerini paylaşmadaki isteksizlikleri ve bazı

¹⁶⁹ Smitherman (2004), s. 829.

¹⁷⁰ 2009 yılı itibarıyla Warren Buffett 62 milyar dolarlık servetiyle pek çok ülke bütçesinden daha fazla ekonomik güce sahiptir. http://www.forbes.com/lists/2008/10/billionaires08_Warren-Buffett_C0R3.html.

rekabet teorilerinde henüz bir uzlaşmaya varılamamış olunması olarak sıralanabilir. Rekabet hukukunu uluslararası platformda düzenlenmesini öngören hiçbir proje söz konusu değişik menfaat gruplarını uzlaştırabilen bir müzakere süreci yürütememiştir.

2.1.2. Mevcut Dünya Ticaret Örgütü Mekanizmaları ile Uluslararası Rekabetin Etkin Düzenlenmesi

Teorik olarak uluslararası ticaret ve uluslararası rekabet politikaları aynı amaca hizmet etmektedirler. Bu amaç, yukarıda da belirttiğimiz üzere kısıtlı kaynakların etkin kullanımını sağlayarak, piyasalarda rekabeti arttırmak ve böylece hem en ucuz en iyi ürünü sunan üreticiyi ödüllendirmek, hem de mümkün olan en fazla sayıda tüketicinin mutluluğunu sağlamaktır. Uluslararası ticaret, gümrük duvarları ile ortaya çıkan suni pazar paylaşımlarını ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Rekabet hukuku ise, pazara giriş ve çıkışlardaki engelleri kaldırırken aynı şeyi farklı yöntemlerle yapmaktadır. Bu nedenle kimi yazarlara göre rekabet hukuku serbest ticaretin tamamlayıcısı pozisyonundadır¹⁷¹. Tüm bu ortak alanlara rağmen, bazı konulardaki kavram farklılıkları ve süjelerinin değişik olmaları nedeniyle birbirinin tamamlayıcısı durumunda olduğu ileri sürülen bu iki düzen zaman zaman da çatışmaktadır. Örneğin uluslararası ticaret sadece devlet politikalarını hedef alırken, rekabet politikalarının kapsamına şirketlerin davranışları da girmektedir. Dolayısıyla uluslararası ticaret düzenlemelerinin konusu doğrudan devletlerdir.

¹⁷¹ ANDERSON Robert D./HOLMES Peter (2002), "Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System", *JIEL* Vol.5 No.2, s.532; TAYLOR Martyn (2006), *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, s. 163; HEINEMANN Andreas (2004), «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence» *Revue Internationale de Droit Economique*, s.306; OMC (1999), *Rapport au Conseil générale du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence du 7 Haziran 1999*, s. 5; OCDE (2000), *Travaux du groupe conjoint sur les échanges et la concurrence*, «Options internationales pour renforcer la cohérence entre les politiques des échanges et de la concurrence», (COM/TD/DAFFE/CLP (99) 102/final), note approuvée par ce groupe le 9 Şubat 2000; OCDE (1999), *Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence*, «Consistencies and Inconsistencies between Trade and Competition Policies», COM/TD/DAFFE/CLP (98) 25/FINAL, 25 Şubat 1999; STERN Paula, «Pour une nouvelle politique américaine de la politique américaine de la concurrence liée au commerce», s.18 ; PRINCEN Sebastiaan (2004), "EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics", *EJIL* Vol.15 No.3, s.555-574 ; SWEENEY Brendan (2004), "Globalisation of Competition Law and Policy : Some Aspects of the Interface Between Trade and Competition", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.5 No.2, Ekim 2004, s.395; RIOUX Michèle (2001), «Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique», *Cahiers de recherche-CEIM (01-10)*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC), Université du Québec à Montréal, Ağustos 2001, s. 11; LIGNEUL Nicolas (2001), s. 244, *A contrario: Abdelgawad* (2001), p.178 ; PILOLA Anu (2003), "Assessing Theories of Global Governance: A Case Study of International Antitrust Regulation", *SJIL* Vol.39 s. 232.

Diğer yandan, rekabet hukuku, bir pazarda rekabetin oluşmasından sonra yeni aktörlerin pazara girişleri konusunda büyük ölçüde tarafsız ve pasif kalmaktadır. Oysa serbest ticaret üzerine kurulu uluslararası ticaret yabancı bir pazara girişi temel bir hak olarak kabul eder¹⁷². Ancak, küreselleşmeyle beraber, gerçek ve tüzel kişilerin de devletler gibi piyasalara giriş engelleri oluşturarak serbest ticaretin gelişimini engelleyebildikleri gerçeği ortaya çıkmıştır. Bu durumda uluslararası rekabetin düzenlenmesi önem kazanmaktadır. Özellikle Şikago Ekolü tarafından ortaya konulan “yarışan pazarlar” teorisiyle, uluslararası ticaret ile uluslararası rekabet teorik planda uzlaştırılmıştır¹⁷³. Pazara giriş ve çıkışlarda hukuki bir engel bulunmuyorsa, bu giriş-çıkışların maliyeti düşükse ve pazardaki bilgi akışı şeffaksa hâkim durumda olan şirketler kârlarını marjinal maliyet seviyesinde tutmak zorundadırlar. Aksi takdirde, bu pazarı çok kârlı bulan bir başka müteşebbis pazara girecek ve rekabeti arttıracaktır. Pazarın bu şekilde işleyişi sayesinde maliyetleri sürekli düşürmek ve kârlılığını arttırmak isteyen şirketler, yeni teknolojiler geliştirerek daha iyi ürünler üretmektedir. Teorik temeldeki bu uzlaşmayı da dikkate alan bazı yazarlar, DTÖ’nün varoluş amacının uluslararası rekabetin düzenlenmesini de kapsadığını ve örgütün mevcut mekanizmalarının bu amaçla kullanılabileceği görüşünü savunmuşlardır.

2.1.2.1. DTÖ Uyuşmazlıkları Çözüm Mekanizması

GATT düzenlemeleri ile tamamlayıcı anlaşmaları 1986 ile 1994 yılları arasında gerçekleştirilen Uruguay Turu Ticaret Müzakerelerinde dünya ticaretinin değişen koşullarına uyum sağlamak maksadıyla güncellenmiş ve 15 Nisan 1994 tarihli Nihai Senet ile DTÖ kurulmuştur. DTÖ’nün amaçları; üye ülkelerin ticaret ve ekonomi alanındaki ilişkilerini geliştirmek, hayat standartlarını yükseltmek, tam istihdamı sağlamak, reel gelir ve talep hacminde istikrarlı bir artışı gerçekleştirmek, sınırlı kaynakların sürdürülebilir kalkınma hedefine uygun bir şekilde kullanımını sağlamak ve çevreyi korumaktır¹⁷⁴. Yine DTÖ’nün kuruluş felsefesine göre, sayılan bu amaçların gerçekleşebilmesi için uluslararası ticareti kısıtlayan her türlü engelin ve farklı muamelenin ortadan kaldırılması gerekmektedir. DTÖ hukukunda farklı muameleleri bertaraf etmek için iki önemli kural geliştirilmiştir. Bunlardan birincisi, en fazla avantaja mahzar ülke prensibidir. Bu kurala göre bir ülkeye sağlanan menfaat ayırım yapılmaksızın tüm diğer ülkeleri de kapsayacaktır. İkinci kural olan milli uygulama kuralı ise yurt içinde uygulanan vergi ve muamelelerde yerli ve

¹⁷² YOUNG Michael K. (2001), “Lessons from the Battlefield: US–Japan Trade Wars and their Impact on the Multilateral Trading System”, *George Washington International Law Review*, Vol. 33, s. 758.

¹⁷³ COASE Ronald H. (1993), “Law and Economics at Chicago”, *Journal of Law and Economics*, Vol.36, No.1, University of Chicago Press, s. 239 - 254.

¹⁷⁴ www.wto.org.

yabancı ayrımı yapılmaksızın tüm mal ve hizmetlere eşit davranılması öngörülmektedir. Böylece DTÖ, hükümetlerin ulusal ticaret yasalarını ve düzenlemelerini hangi çerçeve içinde yapabileceklerini belirlemektedir. Üyeleri arasındaki ticari ilişkileri düzenleyen bu sistem, dönemsel olarak yapılan müzakereler yoluyla güncellenerek geliştirilmektedir.

GATT'da olduğu gibi DTÖ'nün amaçlarının başında, üyeleri arasında çıkan ticari uyuşmazlıkları çözmek gelmektedir. DTÖ, bu önemli işlevli uyuşmazlıkların çözümü mekanizması ile halletmektedir. Söz konusu mekanizma, anlaşmazlıkların çözümü için ilk etapta tarafların karşılıklı olarak uzlaşmalarına yönelik bir "istişare usulü" öngörmektedir. Eğer uyuşmazlıklar bu yolla çözüme ulaştırılamazsa, "panel" adı verilen özel mahkemeler kurulmaktadır. Bu mahkemeler, tarafları dinlemekte, belge - bilgi toplamakta ve uyuşmazlık konusuyla ilgili bir rapor hazırlamaktadır. Panelin kararı DTÖ'nün Uyuşmazlıkların Çözümü Organı tarafından onaylanmaktadır. GATT mekanizmasından farklı olarak DTÖ sisteminde ilgili tarafların panel kararlarına itiraz hakları vardır. Eğer temyiz sürecine gidilmiş ise temyiz kararı yine Uyuşmazlıkların Çözümü Organı tarafından onaylanmaktadır. DTÖ hukukuna aykırı davrandığı belirlene taraf panel ya da Temyiz Organı kararına uymazsa, Uyuşmazlıkların Çözümü Organı karşı tarafın DTÖ Anlaşmaları çerçevesindeki imtiyazlarını ve diğer yükümlülüklerini askıya alma suretiyle misilleme yapmasına izin verebilmektedir. GATT sisteminde panel kurulması veya panel raporlarının kabulü için oybirliği gerekli olmasına karşın, DTÖ'de panellerin kurulmaması veya panel raporlarının kabul edilmemesi ancak oybirliği ile mümkündür. Ayrıca, anlaşmazlığın taraflarının panel kararlarını veto etme hakkı bulunmamaktadır. Uygulamada başarıyla işleyen bu mekanizma sayesinde DTÖ üyeleri üzerinde anlaşıkıkları uluslararası ticaret kurallarının ihlali halinde doğrudan yaptırım uygulamak yerine uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasına başvurumaktadırlar.

Uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasının kilit düzenlemesi GATT 94'ün XXIII. maddesidir. Bu maddeye göre GATT/DTÖ Anlaşmasıyla üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmeyen üye devlet hakkında şikâyet mekanizmasına başvurabilecektir¹⁷⁵. Örneğin çıkarılan bir kanun ile ithalat

¹⁷⁵ DTÖ Anlaşması madde XXIII'ün ilk paragrafının orijinal metni şöyledir : "If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the existence of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be

yapılmasını tamamen yasaklayan bir üye devlet, GATT/DTÖ Anlaşmalarındaki yükümlülüklerine uymamış olacaktır. Aynı şekilde, rekabet hukukunu ulusal çıkarları lehine ayrımcılık yapacak şekilde uygulayan üye devlet yine anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır¹⁷⁶. Diğer yandan, GATT 94'ün XXIII.1(b) maddesi anlaşmanın herhangi bir hükmünü ihlal etsin etmesin, alınan bir tedbir yoluyla bir başka üyenin bu Anlaşma ile elde ettiği yararın azaltılması ya da ortadan kaldırılmasını önlemeye yöneliktir. Dolayısıyla bu madde, Anlaşma ile ortaya çıkan “meşru beklentileri”¹⁷⁷ korumaktadır¹⁷⁸. Ancak, XXIII. maddenin (a) fıkrasına göre şikâyette bulunan ülkenin menfaatinin azaldığı tezini teknik olarak ortaya koyması daha güçtür. Zira şikâyette bulunan taraf, Anlaşmadan doğan meşru beklentisinin üye devletin aldığı bir tedbirle azalması ya da ortadan kalkması arasındaki illiyet bağıını ispatlamalıdır. XXIII. maddenin (c) fıkrası ise, Anlaşmadan doğan bir menfaatin, üye ülkeye atfedilebilecek bir tedbir dışında herhangi bir nedenle ortadan kalkması halini düzenlemektedir. Bu madde kriz durumunda müzakere yolunu açmak için öngörülmüş ancak, bugüne kadar hiçbir uyuşmazlıkta (c) fıkrasına dayanılarak bir karar oluşturulmamıştır¹⁷⁹.

Yukarıda kısaca teorik olarak bahsedilen DTÖ Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması çeşitli panel kararlarında rekabet hukukuna da değinen kararlar almıştır. DTÖ'nün var olan mekanizmalarının uluslararası rekabet alanında etkin bir düzenleme sağlayıp sağlayamadığını belirleyebilmek için bu panel kararların incelenmesi kanaatimizce faydalı olacaktır.

2.1.2.2. DTÖ Panellerinde Rekabet Hukuku

GATT 1947 sürecinde oluşturulan paneller daha çok gümrük tarifelerinin indirilmesi konusunda çıkan uyuşmazlıklarla ilgili olduğundan rekabet hukuku ile ilgili kararlara GATT'ın ilk yıllarında rastlanmamaktadır¹⁸⁰. Ancak, 1983 senesine gelindiğinde panel kararlarında rekabeti kısıtlayıcı davranışların ele

concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.”

¹⁷⁶ MATSUSHITA Mitsuo (1993), *International Trade and Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, s.182.

¹⁷⁷ Legitimate expectations.

¹⁷⁸ COTTIER Thomas/KRISTA Nadakavukaren Schefer (1997), “Non-violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future”, in *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* ed. PETERSMANN Ernst-Ulrich, Kluwer law International, Londra, s. 145.

¹⁷⁹ LUFF David (2004), *Le droit de l'Organisation mondial du Commerce*, L.G.D.J.- Bruylant, s. 781 ve 782.

¹⁸⁰ CHAREYRE DE BEAUMONT Anne (2006), *Droit de la concurrence et globalisation*, Thèse Université Panthéon-Assas, Paris II, s. 366.

alındığını görmekteyiz¹⁸¹. Bu kararlarda, ulusal muamele, ithalatta sayısal kısıtlamalar, ikame ürün, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi rekabet hukuku kavramlarına başvurulmuş GATT Anlaşmalarının yorumlanmasına çalışılmıştır¹⁸². Örneğin, Kanada ile Avrupa Birliği'ni karşı karşıya getiren bir uyuşmazlıkta, Kanada, olayın özünün Kanadalı müteşebbislerin Birlik pazarına serbestçe giriş yapamamaları, rekabet etme haklarının ihlal edildiğinden oluştuğunu iddia etmiştir¹⁸³. Ancak, rekabeti sadece pazara giriş hakkına indirgeyen ve gümrük duvarlarını bunun önünde de başlıca engel olarak gören kararlar silsilesi, stratejik ortaklıklar, kapalı distribüsyon ağları, şeffaflıktan uzak iç hukuk düzenlemeleri gibi engellemeler karşısında yetersiz kalmaktadır. Zira küreselleşmenin bir sonucu olarak uluslararası ticaretin yeni mücadele sahası ulusal sınırların içine taşınmıştır. Ortaya çıkan bu yeni düzende ulusal rekabet politikaları dahi uluslararası ticaretin alanına girebilmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı davranışlar ve yabancı şirketlerin ulusal pazarlara girişini engellenmesi konusu DTÖ panel kararlarında detaylı olarak ilk kez *Kodak-Fuji* kararında tartışılmıştır¹⁸⁴. 1995 senesinde Amerikan Kodak şirketi, Japon Fuji film şirketinin rekabeti kısıtlayan davranışlarına karşı, Japon Adil Ticaret Komisyonu'nun ceza vermemesi nedeniyle bu pazara giremediğini, zarar gördüğünü Amerikan otoritelerine bildirmiştir. Amerika Birleşik Devletleri konuyu DTÖ nezdinde ki uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasına taşımayı kabul ederek, ilk kez bir rekabet hukuku ihlali dolayısıyla DTÖ Hukukuna başvuran ülke olmuştur. Japonya ile yapılan uzlaşma görüşmelerinden sonuç alınamaması nedeniyle söz konusu ihtilaf oluşturulacak Panele havale edilmiştir. Davada Amerikan tarafı, Japon iç hukuk mevzuatının, mevcut Japon distribüsyon ağlarına olan kayıtsızlığı nedeniyle, Amerikan Kodak firmasının Japon pazarına giremediğini ve bu nedenle GATT 94 Anlaşmasının X. maddesinde yer alan şeffaflık ve aynı anlaşmanın III. maddesinde ortaya konan yabancı şirketlere

¹⁸¹ FLORY Thiebaut (sous la dir. de) (2000), «Chroniques du règlement des litiges de l'OMC - 1er. Temmuz 1999-31 Aralık. 1999», *Revue du Marté Commun et de l'Union Européenne* no. 434, s. 47 - 56.

¹⁸² Royaume Unis - Contingents de la Zone Dollar, 30 Temmuz 1973'te kabul edilen Panel raporu, L/3891 aux IBDD supplément n° 20, s. 259; CEE - Mesures appliquées aux protéines destinées à l'alimentation des animaux. 14 Mart 1978 tarihinde kabul edilen Panel raporu, L/4599 aux IBDD supplément n° 25, s. 53; CEE - Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes, 18 Ekim 1978 tarihinde kabul edilen Panel raporu, L/4687 aux IBDD supplément n° 25, s. 75; Communauté européennes - restitutions à l'importation de sucre. 10 Kasım 1980 tarihinde kabul edilen Panel raporu, L/5011 aux IBDD supplément n° 27, s. 74.

¹⁸³ Communauté européenne - Papier journal, 20 Kasım 1980 tarihinde kabul edilen Panel raporu, L/5680, IBDD supplément no.31, s. 125.

¹⁸⁴ Japon - Les mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, (*Fuji c. Kodak*), WT/DS44/R, 31 Mart 1998.

ulusal muamele kuralının ihlal edildiğini ileri sürerek, Japonya'nın XXIII.1(a)'dan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Amerika, Japonya'nın bu tutumunun fotoğraf filmleri için taahhüt ettiği gümrük imtiyazlarından doğan meşru beklentilerini boşa çıkardığını ve Anlaşmanın XXIII.1(b) maddesinin de ihlal edildiğini iddialarına eklemiştir. 31 Mart 1998 tarihinde kararını açıklayan Panel, Japon iç mevzuatının yerli ve yabancı şirketler arasında bir ayırım yapmadığı; bu hukuki düzenlemelerin gizli olmayıp Kodak'ın Japon pazarına girmesinden önce de var olduğunu bu yüzden XXIII.1(a) kapsamında bir ihlal olmadığını belirtmiştir. Ayrıca kararda, davacı Amerikan tarafının Japon hükümet "tedbirlerinin" madde XXIII.1(b) anlamında Anlaşmadan doğan hakları ortadan kaldırdığını veya zarara uğrattığını açıkça ispat edememesi nedeniyle hiçbir Amerikan tezinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Diğer yandan, 1997 senesine gelindiğinde DTÖ'ye üye 69 ülke telekomünikasyon sektörünün özelleştirmelerin ne şekilde yapılacağı konusunda genel bir mutabakata vararak, Referans Belgesi olarak da bilinen anlaşmayı imzalamışlardır¹⁸⁵. Hizmetlerin Ticareti Genel Anlaşmasının eki olarak kabul edilen 57 maddelik bu belge ara bağlantı hizmetleri, lisans dağıtımında şeffaflık, düzenleyici kurumların bağımsızlığı gibi prensipler doğrultusunda telekomünikasyon sektörünü rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan korumayı hedeflemiştir. Söz konusu belge ile sektörde hem ulusal rekabet etkin olarak sağlanmak istenmiş, hem de bu etkinliğin denetimi DTÖ'nün uyuşmazlıkları çözme mekanizmasının denetimi altına alınmıştır¹⁸⁶. İşte DTÖ'nün rekabet hukuku konusunda bugüne kadar verdiği en önemli karar da bu belgeye dayanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri ile Meksika arasında görülen bu davada, Amerikan tarafı yurtdışından gelen aramaların aktarılmasında hâkim durumdaki *Telex* şirketinin aldığı ücretlerin maliyeti yansıtmadığını ve Meksika rekabet otoritesinin tekel oluşumuna göz yumarak Referans Belgesini ihlal ettiğini öne sürmüştür. 12 Mart 2004'te kararını açıklayan Panel, Amerikan tezini haklı bularak Meksika hükümetinin ileri sürdüğü, mevcut hukuki düzenlemenin amacının yabancı şirketlerin Meksika telekomünikasyon piyasasını ele geçirerek tekel oluşturmalarını önlemek olduğu savunmasını reddetmiştir¹⁸⁷. Bu kararla artık ulusal rekabet hukuklarının yabancı şirketlerin piyasaya girişini engellemeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiğini ve ulusal

¹⁸⁵ Fourth protocol to the General Agreement on Trade in Services.

¹⁸⁶ BRONCKERS, Marco C.E.J. (1999), "Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom" (September 1999). FEEM Working Paper No. 68-99. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=200613> or DOI: 10.2139/ssrn.200613, s.2.

¹⁸⁷ Mexique - Mesures visant les services de télécommunication - 2 Nisan 2004 tarihinde kabul edilen Panel raporu, WT/DS204/R.

pazardaki rekabet koşullarının uluslararası hukukun da dikkate alınarak oluşturulması gerekliliğini ortaya koymuştur.

DTÖ Panel kararlarında rekabet hukukunun oynadığı rolü özetlememiz gerekirse, başlangıçta rekabet hukukuna GATT Anlaşmalarının çeşitli maddelerinin yorumlanmasında kavramsal olarak başvurulmuştur. Bununla beraber, üye devletlerin yabancılık unsuru taşıyan olaylarda tek taraflı olarak uygulanan tedbirler söz konusu olduğunda rekabet hukuku Anlaşmadan doğan yükümlülükleri korumak bağlamında ele alınmıştır. Ancak, bu kararlar uluslararası rekabet hukukunun ihtiyaçlarına cevap vermekten çok uzaktır. Ayrıca, tüm rekabeti kısıtlayıcı hareketlerin uluslararası ticareti etkilediğini veya bunun tam tersinin geçerli olduğunu ileri sürmek doğru değildir. Bu anlamda, GATT Anlaşmalarının tüm rekabet kısıtlamalarını kapsadığını iddia etmek güç gözükmektedir. Ayrıca, mevcut sistem uluslararası ticareti ve uluslararası rekabeti tehdit eden başlıca aktörlere, yani çok uluslu şirketlere karşı doğrudan bir yaptırım uygulamamaktadır. Bu durum, uluslararası rekabetin daha etkin şekilde düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

2.2. Uluslararası Hukukta Etkin Bir Rekabet Hukuku İçin Çözüm Arayışı

Ulusal rekabet hukuklarının uluslararası nitelikteki olaylara tek taraflı uygulanması, uluslararası işbirliği, bölgesel anlaşmalar ve en son olarak DTÖ mekanizmaları küresel pazarın ihtiyaç duyduğu uluslararası rekabet hukuku düzenini sağlamaktan çok uzaktır. İşte bu nedenle günümüzde küresel pazarda rekabet hukuku anlamında bir çıkmaz olduğu söylenebilir. Nitekim, hiçbir yaptırıma çarptırılmayan rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar küresel pazarın verimli işleyişini tehdit etmektedir. Uluslararası rekabet hukukunun yokluğunda gümrük tarifelerinin azaltılması ve hatta ortadan kaldırılması bir anlam taşımamaktadır. Çünkü bugün devletlerin ulusal pazarlarını korumalarından çok özel sektörün örtülü korumacılığı mevcuttur. Diğer yandan, ulusal şampiyonlarının küresel pazarda da hâkim durumda olmasını isteyen devletler, kimi zaman örtülü kimi zamansa açıkça korumacılık yapmaktadırlar. Mevcut şartlar altında var olan hukuki boşluğun tespit edilmesi, bu boşluğun uygun şekilde doldurulması için şarttır.

2.2.1. Mevcut Hukuki Boşluğun Tespiti

Ne ulusal rekabet kanunlarından ne de uluslararası ticaret düzenlemelerinden yaptırım görmeyen bazı davranışlar günümüzde küresel pazarın işleyişini tehdit etmektedir. Bu davranışlar ulusal veya uluslararası hukuk kurallarından hiçbirisinin kapsamına girmediklerinden etkin rekabeti tehdit eden bu davranışlara karşı bir yaptırım uygulanmamaktadır. Boykot, tekrar satış garantisi, yıkıcı fiyatlama, bağlı satışlar, tek satıcılık anlaşmaları gibi çeşitli şekiller alan

özel kişilerin uygulamalarının bir kısmı devletlerce hoş görülmemekte, bazıları devlet politikalarıyla desteklenmekte, bir kısmı ise devletlerce engellenmek istenmelerine rağmen yetersiz kanunlar veya uygulamadaki aksaklıklar nedeniyle engellenememektedir.

2.2.1.1. Ulusal Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Alanlar

Prensipde hükümetler ekonomik politikalarını belirlerken sadece iç pazarlarını dikkate alırlar. Bu politikaların diğer ülke pazarlarındaki etkileri ya da dünya pazarında doğacak sonuçlarını çok fazla dikkate almazlar. Küresel pazarın işleyişindeki bu boşluk nedeniyle bazı ülkeler menfaatlerini arttırmak gayesiyle, aynen bir ticari şirket gibi davranarak avantaj sağlamaya çalışmaktadırlar¹⁸⁸. Doğrudan devletlerin eylemde bulunmadığı ancak, ulusal çıkarların doğrultusunda yerel şirketlerin desteklenmesi gerektiğinde hükümetler bu yönde politik kararlar almaktadırlar. Ayrıca, özel sektör ve kamu çıkarları doğrultusunda elbirliği yaparak, küresel ekonomi için tehdit oluşturmakta, “ekonomik savaşları” tetiklemekte ve hatta sıcak çatışmaların önünü açabilmektedirler¹⁸⁹. Uluslararası rekabet hukukunun var olmadığı bir küresel pazarda devletler ulusal refahlarını korumak adına, diğer ülkeler için son derece yıkıcı olabilecek çeşitli politikaları uygulamaktan çekinmemektedirler. Bu politikalara kimi zaman açıkça cevaz veren devletler, kimi zamanda bu uygulamaları görmezden gelerek örtülü destek vermektedirler.

Hem uluslararası rekabet hukuku, hem de uluslararası ticaret için önem taşıyan pazara giriş-çıkış serbestisini zedeleyen ve devletlerin açıkça onay verdiği politikaların başında ithalat ve ihracat kartelleri gelmektedir. İthalat kartellerinde, bir malı veya hizmeti satın alan taraflar birleşerek alım güçlerinden kâr avantajı sağlamaya çalışırlarken, ihracat kartellerinde de hizmeti ya da malı satan taraf birleşerek aynı amacı gütmektedirler. Örneğin, otomotiv endüstrisinde izlenen politikalar otomobil endüstrisinde hem ithalat hem de ihracat kartellerinin oluşmasına doğrudan etkili olmuştur. Aynı şekilde bilgisayar endüstrisinde uygulanan politikalar neticesinde bilgisayar üreticileri ve bunlara parça tedarik eden, özellikle yarı-iletken çip sanayi kartelleşmiştir. 1977 yılından başlayıp, 90'lı yıllara gelene kadar bu iki kartel defalarca karşı karşıya gelmiş, en sonunda Japonya ile Amerika arasında diplomatik krize neden olmuştur¹⁹⁰. Bu duruma bir başka örnek vermek gerekirse, Amerikan kâğıt

¹⁸⁸ Sweeney (2004), s. 434.

¹⁸⁹ FARJAT Gérard (2000), «Les pouvoirs privés économiques», *Souveraineté étatique et Marté internationaux à la fin du 20e siècle*. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Philippe KAHN 'a armağan, Litec, s. 644.

¹⁹⁰ SIROEN Jean-Marc (2002), «Politique(s) de la concurrence dans une économie globale», *Les Nouvelles Approches de la Concurrence*, (dir.) BIENAYME Alain, Economica, Paris, s.129.

hamuru ihracatçılara karşı Japon kâğıt hamuru ithalatçılarının kurduğu karşılıklı karteller verilebilir. Uluslararası kâğıt pazarında ortaya çıkan bu durum sonunda Japon karteli Amerikan kartelini dava etmesine rağmen sonuç alamamış¹⁹¹, buna karşılık Japon karteli Amerikan otoriteleri iç hukuk mevzuatları doğrultusunda Japon kartelini cezalandırılmaya kalkınca yine bir diplomatik kriz ortaya çıkmıştır.

Yukarıda örneklerden anlaşılacağı üzere ithalat kartellerinin kurulması, ihracat kartellerinin kurulmasını veya tam tersine ihracat kartellerinin kurulması ithalat kartellerinin kurulmasını tetiklemektedir. Aslında ulusal rekabet hukuklarının kapsamına giren her iki kartel çeşidinin kurulması ulusal mevzuatlar çerçevesinde kanunen mümkün kılınmış ve rekabet hukuklarının uygulama alanından açıkça çıkarılmışlardır. Örneğin, küçük ve orta ölçekli şirketlerin güçlerini birleştirerek yabancı pazarları ele geçirmelerini teşvik eden, *Webb-Pomerene* yasasını daha da genişleten *Export Trading Company Act* Amerika Birleşik Devletlerinde bu şekilde çıkartılan yasalara örnektir. Buna karşılık, Avrupa Birliğinde ihracat kartellerini, rekabet hukukunun dışına çıkan uygulama içtihadı yoluyla olmuştur¹⁹².

Diğer yandan, prensip olarak ithalat ve ihracat kartelleri GATT/DTÖ Anlaşmaları kapsamına girmektedir. GATT Anlaşmasının XI. maddesinin ilk paragrafı uluslararası ticareti engelleyici sayısal olmayan gümrük tarifelerini yasaklamıştır. Örneğin ihracat için alt fiyat uygulaması veya ihracat izinlerinin çok geç verilmesi bu şekilde bir sınırlama olarak kabul edilmiştir¹⁹³. Buna karşılık üye devletlerin ithalat ve ihracat kartelleri hakkında soruşturmaya gitmemesi, bir ceza uygulamaması XI. madde kapsamında bir ihlal olarak kabul edilmemektedir¹⁹⁴. Oysa, bu kartellerin uygulamaları sayısal sınırlamalarla aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak, özellikle sanayileşmiş net ihracatçı ülkelerin ihracat kartellerini teşvik etmeleri, bu karteller aleyhinde bir düzenleme yapmamaları uluslararası ticarete zarar vermektedir. Aslında ithalat ve ihracat kartelleri genel endüstriyel politikaların bir parçasıdır. Japonya, Kore, Tayvan gibi ülkelerin 1950'li yıllarda uyguladıkları korumacı iktisat politikalarıyla ihracata yönelik olarak üretim yapan ulusal şirketler, kanunen birleşmeye mecbur edilmiş ve sektörde zorunlu yoğunlaşmalar yaratılmıştır. Dolayısıyla,

¹⁹¹ *Daishowa International v. North Coast Export Co* (1982). 1982-3 Trade Reg Rep (CCH) 64, 71, 785 (ND Cal, 1982).

¹⁹² *Suiker Unie et autres c. Commission* (1975), aff. C- 40 à 48 et 54 à 56/, 111, 113 et 114/74 du 16 Aralık 1975 JOCE, s. 2038.

¹⁹³ *Inde - Restriction quantitatives à l'importation de produit agricoles, textiles et industriels*, 6 Nisan 1999 tarihinde kabul edilen Panel raporu, WT/DS90/R, para.5.142.

¹⁹⁴ *Argentine - Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*. 19 Aralık 2000 tarihinde kabul edilen Panel raporu, WT/DS155/R, para. 11.52.

yıkıcı endüstriyel politikalar alanında uluslararası planda bir düzenleme yapılmadığı sürece hükümetler menfaatleri doğrultusunda politikalar üretmeye ve küresel pazarın etkin işleyişini bu doğrultuda yönlendirmeye devam edeceklerdir.

2.2.1.2. Uluslararası Hukukça Yaptırım Uygulanmayan Alanlar

Uluslararası hukukunun konusunu oluşturmasına rağmen ne uluslararası hukuk, ne de ulusal hukuk tarafından yaptırım uygulanmayan bazı davranışlar küresel ekonominin işleyişine zarar vermektedir. Günümüzde, küresel pazarın işleyişini bozan etkenlerin başında uluslararası karteller gelmektedir. Diğer yandan gönüllü ithalat - ihracat kısıtlamaları ve devletin ticari faaliyetleri de küresel pazardaki rekabeti olumsuz şekilde etkileyebilmektedir.

Uluslararası kartellerin küresel pazarda önemli rol üstlenmesi 1980'li yıllara rastlamaktadır. Bu tarihlerde başlayan özelleştirmeler, serbest ticaretin önündeki gümrük engellerinin kalkması, iletişimdeki teknolojik gelişmeler, sermaye hareketlerindeki kısıtlamaların azalması gibi faktörler güçlü şirketler için kârlı yeni pazarlar oluşturmuştur. Küreselleşme dünya pazarında kartellerin oluşumunda katalizör görevi görürken, ulusal rekabet otoritelerinin bunlarla mücadelelerini zorlaştırmıştır. Diğer yandan hükümetler de rekabet politikalarını uygulamaya koymakta güçlük çekmeye başlamıştır. Sonuç olarak dünya pazarı ve şirket politikaları küreselleşirken, rekabet politikaları ve düzenleyici otoritelerin ulusal ölçekte kalması uluslararası kartellerin lehine bir durum oluşturmuştur¹⁹⁵. Rakipleriyle anlaşmak suretiyle kâr marjı yüksek bu pazarları ele geçirme yarışına giren karteller¹⁹⁶ kısa zamanda büyük başarı kazanmışlardır¹⁹⁷. Örneğin, büyük elektrikli alet üretimi alanında faaliyet gösteren kartel elliye yakın üreticiyi bir araya getirmiş, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği haricinde kalan pazarları paylaşmış, kendisine katılmayan üreticileri yıkıcı fiyat politikaları ile iflasa sürüklemiştir¹⁹⁸. Aynı şekilde ağır metal sanayinde faaliyet gösteren Asyalı ve Avrupalı üreticiler, oluşturdukları kartel ile dünya pazarını Burma Anlaşması ile paylaşmış ve bu anlaşmaya uymayan üreticiler için çeşitli yaptırımlar uygulamışlardır¹⁹⁹. Bu duruma karşı, özellikle Clinton döneminde Amerika Birleşik Devletleri kartellerle, Japonya, Kore ve Avrupa Birliği rekabet otoritelerinin aksine yoğun

¹⁹⁵ Sweeney (2009), s. 60.

¹⁹⁶ Burada kartel, aynı üretim zinciri üzerinde yer alan teşebbüslerin, söz konusu pazardaki rekabeti azaltmak veya ortadan kaldırmak amacıyla anlaşarak ortak hareket etmeleri olarak kullanılmıştır.

¹⁹⁷ OMC (1997), Rapport au Conseil générale du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence du 28 Kasım 1997, (WT/WGTCP/1), s. 30.

¹⁹⁸ Jenny (2001), s. 446.

¹⁹⁹ *Ibid.*

bir mücadele vermiştir²⁰⁰. Ancak, uluslararası işbirliğinin yeterli olmaması nedeniyle fazla bir başarı sağlayamamışlardır. Obama dönemindeyse uluslararası işbirliği en üst seviyeye ulaşmıştır²⁰¹. Uluslararası düzenlemeler açısından incelendiğinde GATT/DTÖ düzenlemelerinin kartellerle mücadele konusunda etkisiz kaldığını gözlemlemekteyiz. Pazara girişte GATT/DTÖ hukuku anlamında engel oluşturmadıkları ve genelde hükümetlerle doğrudan bağlantılı olmadıkları için kartellere karşı DTÖ'nün uyusmazlıkları çözme mekanizmasının kullanılamamaktadır.

Diğer yandan hükümetler uyguladıkları politikalarla veya doğrudan ticari aktiviteleriyle uluslararası rekabet üzerinde kısıtlayıcı rol oynayabilmektedirler. Ulusal sanayilerini korumak isteyen hükümetler gümrük tarifelerini yükseltmedikleri, sayısal kotalar koyamadıkları için başka yöntemler geliştirmektedirler. İkili görüşmeler sonunda ihracatta gönüllü olarak kısıtlamaya gitmekte anlaşılan devletler aslında GATT/DTÖ Anlaşmalarının arkasından dolanmaktadır. İthalat kotalarına alternatif olarak ortaya çıkan gönüllü ihracat kısıtlamaları, doğrudan ihracatçı ülke tarafından uygulanmaktadır. Belirli bir süre için, yine belirli ürünlerin ihracatında kısıtlamaya giden ihracatçı ülke, buna karşılık ithalatçı ülkeden bir menfaat sağlamaktadır. Genelde bu menfaat, ithalat lisansı alan şirketlere ortak olunması yoluyla sağlanmaktadır. Gönüllü ihracat kısıtlamaları diğer ülke üreticileri için kısıtlama yapılan pazarda pay almaları için olanak yaratmakta, bu yüzden durumdan memnun olan üçüncü taraflar DTÖ uyusmazlıkların çözümü mekanizmalarına başvurmamaktadırlar.

Tarihte ilk gönüllü ihracat kısıtlaması anlaşması 1957 senesinde Amerikan tekstil sektörünü korumak amacıyla, Japon ve Amerikan hükümetleri arasında yapılmıştır²⁰². Bu kısıtlamalar Japon tekstil sanayinde ürün yelpazesinin değişimine neden olmuş, her seferinde ikili anlaşma müzakere etmekten yorgun düşen hükümetler, tekstil sektörünü GATT/DTÖ Anlaşmalarının dışına taşıyan çok taraflı tekstil anlaşmasını imzalamışlardır. Bu gelişme, gönüllü ihracat kısıtlamalarının sistemi nasıl geriye götürdüğünü ispatlamaktadır. Aynı şekilde, 1980'li yıllarda ortaya çıkan petrol krizi nedeniyle Japon otomotiv sektörü Amerikan pazarında önemli pay elde etmiştir. Ulusal otomotiv sanayiini korumak amacıyla Amerikan hükümeti yine gönüllü ihracat kısıtlaması yöntemini seçmiş ve 1981 senesinde Amerika Birleşik

²⁰⁰ SIROEN (2002), s. 124.

²⁰¹ SOKOL, Daniel D. (2009), "Change and Continuity in International Antitrust under an Obama Administration" (January 12, 2009). *Global Competition Policy Magazine*, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 2009-13, s. 11.

²⁰² TURNER Charlie (1983), "Voluntary Export Restraints on Trade Going to the United States", *Southern Economic Journal*, Vol. 49, No. 3, Ocak 1983, s. 797.

Devletleri ile Japonya arasında bu yönde bir anlaşma imzalanmıştır²⁰³. 1985 senesine kadar her sene yenilenen bu anlaşmalar nedeniyle Amerikan otomotiv sanayii rekabet gücünü kaybetmiş buna karşılık, üretimini Amerikan topraklarına taşıyan Japon otomobil üreticileri ise rakiplerini geride bırakarak pazarda hâkim konuma geçmişlerdir. Bu örnekten de anlaşıldığı üzere küreselleşen dünya ticaretinde koruma tedbirleri ile verimlilik sağlanmadan bir sektörün uzun süreli yaşatılması mümkün gözükmemektedir.

Gönüllü ihracat kısıtlamalarıyla aynı sonucu doğuran bir başka koruma tedbiri de gönüllü ithalat artırımlarıdır. Bu tip anlaşmalarda, önemli ihracat potansiyeli olan ülke, ithalatçı bir ülke ile belli miktarda mal veya hizmetin ithali konusunda anlaşılır. Sözü geçen anlaşmaların da ilk örneği yine Amerika Birleşik Devletleri ile Japonya arasında imzalanmıştır. Çeşitli sektörlerde Japon pazarına girişte engellemeler olduğunu ileri süren Amerikan hükümeti Japon hükümetinden yarı-iletkenler, otomobil, yedek parça, tıbbi malzeme alımlarında Amerikan mallarını seçmelerini istemiştir. Bu teklifi kabul eden Japonya iç pazar ihtiyacının belli miktarını Amerikan mallarından sağlamayı kabul etmiştir²⁰⁴. Söz konusu anlaşmanın Japon pazarında Amerikan mallarına avantaj sağladığını ileri süren Avrupa Birliği, bu iddiasını DTÖ'ye getirerek dava konusu yapmıştır²⁰⁵. Bu anlaşmalar da ihracat kısıtlamaları anlaşmaları gibi, serbest ticaretin normal akışını değiştirdiği, pazarın arz-talep ilişkisi doğrultusunda işleyişini engellediği için uluslararası ticaret ve rekabet açısından zararlı kabul edilmektedir. İşte bu yüzden imzalanan koruma tedbirleri anlaşmasıyla gerek gönüllü ihracat kısıtlamaları, gerekse gönüllü ithalat artırımları katı kurallara bağlanarak bu tip anlaşmalar GATT/DTÖ hukukunca yasaklanmıştır²⁰⁶.

Öte taraftan, uluslararası rekabeti kamu ihaleleri, kamu şirketleri gibi enstrümanlarla da etkilemek mümkündür. Devletin ticarete doğrudan etki ettiği bu iki aktivite uluslararası ticaret bakımından önem taşımaktadır. Özellikle kamu alımlarının büyük yer tuttuğu ekonomik ilişkilerde bu ihalelerin, yerli-yabancı firma farkı gözetmeksizin adil ve şeffaf şekilde yapılmaları gereklidir. Hükümetler kısa vadeli politik çıkarları doğrultusunda kamu ihalelerinde yerli

²⁰³ LOCHMANN Michael W. (1996), "The Japanese Voluntary Restraint on Automobile Exports: An Abandonment of the Free Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of the US Antitrust Law", *Harvard International Law Journal*, Vol.27, s.99-157.

²⁰⁴ ITOH Motoshige/NAGAOKA Sadao (1997), "VERs, VIEs and Global Competition", dans *Global Competition Policy*, GRAHAM Edward M. / RICHARDSON David J. (Eds). , Institute for International Economics, s. 485.

²⁰⁵ Japon - Commerce des semi-conducteurs (BISD 35S/116), Rapport du Groupe spécial (GATT), BISD 35S/116, 4 Mayıs 1988.

²⁰⁶ The Agreement on Safeguards ("SG Agreement") sets forth the rules for application of safeguard measures pursuant to Article XIX of GATT 1994.

sanayii kayırabilmekte, hatta bu konuda yasalar çıkarabilmektedirler²⁰⁷. Yakın zamana kadar kamu ihaleleri GATT/DTÖ hukukunca düzenleme dışı bırakılmıştır. DTÖ'yü kuran Marakeş Anlaşmasının 4. Ekini oluşturan çok taraflı kamu ihaleleri anlaşması sayesinde bu alanda, kısıtlı sayıda ülkenin katılımıyla da olsa, bir düzenleme yapılabilmektedir. Ancak, söz konusu anlaşmanın uluslararası ticaret ve rekabet alanında beklenen seviyede etkinlik sağladığını söylemek zordur. Diğer yandan, kimi zaman kamu işbirliklerine ithalat lisansı tekeli veren hükümetler, iç pazara yapılan ithal ürünlerin fiyatını çok yüksek tutarak ulusal üreticilere korumaktadırlar. Böylesi bir korumayı doğrudan sağlamak istemeyen hükümetlerse kamu işbirliklerini doğrudan sübvans ederek haksız rekabet yaratmaktadırlar. Bu alanda üyelerinin rekabeti ve uluslararası ticareti kısıtlayan aktivitelerini engellemeyi öngören DTÖ, GATT Anlaşmasının XVII. maddesinde konuyu ele almış ve kamu teşebbüslerinin özel şirketlerle aynı ticari kurallar çerçevesinde hareket etmesini sağlamayı amaçlamıştır. Ancak hem kamu ihaleleri, hem de kamu işbirlikleri uluslararası rekabet hukuku tarafından düzenlendiğinde piyasa açısından daha etkin bir işleyiş sağlamak mümkündür. Zira ulusal rekabet hukukları bu iki alanı kapsam dışına çıkarmakta, uluslararası hukuk ise pazarın işleyişi için gerekli etkin korumayı sağlamamaktadır.

Özetlemek gerekirse, ticaretin serbest işleyişinin önündeki gümrük tarifeleri ve buna bağlı engeller ortadan kalkmış olsa da, küreselleşmenin de etkisiyle, bu kez özel sektörün rekabete aykırı eylemleri dolayısıyla ticaretin serbest işleyişi sekteye uğramaktadır. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerdeki boşluklardan faydalanan çokuluslu şirketler rekabetin serbest işleyişini engelleyebilmektedirler. Ulusal pazarlarını koruma altına almak için çeşitli tedbirler öngören devletler de mevcut hukuki boşluk karşısında menfaatlerine en uygun tutum içinde hareket etmekte, küresel pazarda güçlü olanın hükmettiği bir düzen oluşturulmaktadır.

2.2.2. Global Pazarın Etkinliğinin Sağlanması İçin Reform Önerisi

İkinci Dünya Savaşı sonrası kademeli olarak küresel ekonominin temelleri atılırken, yapılan düzenlemelerde devletler hedef alınmıştır. Ancak günümüz dünya ekonomisinde özel teşebbüslerin, hatta kişilerin ekonomik aktiviteleri devletlerinkinden daha önemli yer tutar hale gelmiştir. Bu durumun sonuçlarından birisi de uluslararası rekabet hukukunun, diğer birçok hukuk dalı gibi, uluslararası planda düzenlenmesi ihtiyacıdır. Bu düzenlemenin etkili olabilmesi ve daha önceki projelerde olduğu gibi başarısızlığa uğramaması için cevaplanması gereken pek çok soru bulunmaktadır. Uluslararası rekabet

²⁰⁷ Örneğin 1933 tarihli *Buy American Act* bu yönde çıkarılmış yasalardan sadece birisidir.

hukukunun bağımsız yeni bir andlaşmayla mı, yoksa mevcut uluslararası organizasyonlardan birinin bünyesinde mi düzenlenmesi sorunu bu sorulardan bir tanesidir. Eğer mevcut uluslararası örgütlerden birinin içinde bu düzenleme yapılacaksa, o zaman en uygun örgütün saptanması gerekmektedir. Ayrıca yapılacak olan düzenlemenin içeriğinin ne olacağı projenin kabul görmesi ve etkinliği bakımından önem taşıyan bir başka sorunu oluşturmaktadır.

2.2.2.1. Uluslararası Rekabet Hukuku Anlaşmasının Nerede ve Ne Şekilde Düzenlenmesi Gerektiği Sorunu

Uluslararası rekabet hukukunu etkin olarak düzenlemek için ele alınması gereken seçeneklerden ilki otonom bir andlaşmadır. Müzakereler sonunda andlaşmanın gereklerini yerine getirmek üzere uyumsuzlukların çözümünü sağlayarak rekabet ihlallerini denetleyecek bir örgütün kurulması kaçınılmazdır. Diğer örgütlerden bağımsız olarak hareket edecek olan bu yeni kuruluş devletlerin ve özel kişilerin rekabet ihlalleri konusunda yetkili olacaktır. Etkin bir rekabet düzenlemesi getirebilmesi için işleyişinde uluslar-üstü özellikler taşıması gereken bu örgüt sadece rekabet konusuna odaklanacaktır. Rekabet ihlallerinin karmaşık ve çetrefilli yapısı düşünüldüğünde sayılan bu özellikler otonom bir andlaşmanın lehinedir. Ancak, gerçekçi olunması gerekirse kurulacak bu örgütün uluslar-üstü yapısı devletlerin egemenlikleri konusundaki hassasiyetleri nedeniyle kabul görmeyecektir. Ayrıca, kurulacak yeni bir örgütün maddi bakımdan getireceği yük fazla olacağından bu çözüm ekonomik olmaktan uzaktır. Otonom bir andlaşmayı teknik bakımdan irdelediğimizde mevcut durumun devamında çıkarı olan devletler uluslararası rekabetin düzenlenmesine karşı çıkmaları beklenilmelidir. Bu devletlerin her birisinin kayıplarını telafi edecek imkânlar sağlamak güçtür. Bütün bu ekonomik, politik ve pratik hususlar dikkate alındığında bağımsız bir anlaşma, her ne kadar etkin çözümü ortaya koysa da şu gün için gerçekleştirilmesi zor bir seçenektir. Bu durumda rekabet hukuku düzenlemesinin mevcut uluslararası örgütlerden birisinin bünyesinde yapılması daha gerçekçi bir çözümdür.

Rekabet hukuku alanında çalışmalar yapan uluslararası örgütlerin çeşitli projelerini yukarıda inceledik. Bunlardan OECD'ye genellikle sanayileşmiş ülkeler üye olduğundan, üye sayısı kısıtlıdır. OECD bünyesinde yapılacak muhtemel bir rekabet hukuku düzenlemesi sadece sınırlı sayıda ülkeyi kapsayacağından istenen etkinliği sağlayamayacaktır. Ayrıca OECD'nin bağlayıcı yaptırım mekanizmasının olmaması da bir diğer sorunu teşkil etmektedir. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Örgütü'nü (UNCTAD) ele aldığımızdaysa ülkeleri temsili açısından neredeyse evrensel niteliğe sahip bu örgüt de bağlayıcı karar mekanizmasından yoksun olduğundan aranan etkinlik yine gerçekleştirilemeyecektir. Buna karşılık, DTÖ içinde yapılacak düzenleme

pek çok avantajı barındırmaktadır. Örgütün 153 üyesi küresel pazardaki ticaretin neredeyse tamamını gerçekleştirmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere DTÖ ve GATT anlaşmalarının içinde rekabet ile ilgili bazı maddeler zaten yer almaktadır. Dolayısıyla örgüt bu konuya yabancı değildir. Ayrıca, uluslararası rekabet ile uluslararası ticaret arasında teorik ve pratik olarak pek çok ortak nokta bulunmaktadır. DTÖ'nü diğer örgütlerden ayıran temel iki özellikse uyuşmazlıkları çözme mekanizmasının zorunlu olması ve panel kararlarının karara konu üye ülkeler için bağlayıcı oluşudur. Öte yandan, anlaşmanın uygulanmasının başlangıç aşamasında dezavantajlı konumdaki üye devletleri imtiyaz mekanizması içinde ikna etmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla olası bir rekabet hukuku düzenlemesi için önceliğin DTÖ'ye verilmesi en uygun çözüm olarak gözükmemektedir.

Öte yandan, rekabet hukukunun sorunlarının işbirliği çerçevesinde çözüme kavuşturulabileceği çeşitli platformlarda dile getirilmiştir. Rekabet hukuku kapsamında işbirliği yükümlülüğü, birçok uluslararası belgede ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, yüzden fazla ülkeden rekabet kurumu yetkililerini ve/veya iş dünyasının, akademik muhitin ve bu çalışmalar boyunca danışma niteliğinde önemli katkıları bulunan DTÖ ve Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı gibi yetkili bazı uluslararası organizasyonların temsilcilerini toplayan Birleşik Devletler, yeni bir girişimde bulunmuştur²⁰⁸. Böylece, 2001'de New York'ta Uluslararası Rekabet Ağı (URA) kurulmuştur²⁰⁹. URA devletlerarasında yaratılan bir organizasyon olmayıp, kurucuları, küreselleşen ekonomide ve karşılıklı ihtiyaçlar doğrultusunda rekabetin sınırlandırıldığı hallerde ulusal rekabet kurumlarının çabuk ve etkin bir şekilde tedbir almasını sağlayan gayri resmi ve ihtiyari bir mekanizmadır²¹⁰. URA, oluşturulan çalışma grupları ve yıllık konferanslara üyeleri arasında işbirliğini sağlamaktadır. Ayrıca, karşılıklı fikir alış-verişi sonucu oluşturan yol haritaları ulusal rekabet otoritelerince uygulanabilecek ortak mevzuatların alt yapısını hazırlamaktadır. Böylece, rekabete aykırı uygulamalarla uluslararası mücadelede işbirliğinin gerekliliği üzerinde uzlaşan üyeler söz konusu problemlere, devletlerin ulusal egemenliklerine ve rekabet hukuklarındaki farklılıklara saygı göstererek, ulusal rekabet otoriteleri arasında işbirliği yolu ile bir çözüm aramaktadırlar²¹¹.

²⁰⁸ SOUTY François (2007), «Une commissaire canadienne à la tête du RIC: Sheridan Scott», *Concurrences* N° 3, s. 12.

²⁰⁹ www.internationalcompetitionnetwork.org.

²¹⁰ KAZZI Habib (2007), *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre les entreprises dans une économie mondialisée: Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, s. 564.

²¹¹ Jenny (2001), s. 452.

URA'nın tüm bu faydalarına karşın, DTÖ açısından, rekabet üzerine bir anlaşma yaratmaya çalışan ne bir rakip, ne de DTÖ'nün yerini alabilecek bir organizasyondur²¹². URA'nın tamamlayıcı ve yardımcı niteliği açık biçimde, URA'nın idari organı olan Steering Grubun eski başkanı tarafından da ortaya konmuştur²¹³. Dolayısıyla URA, daha çok rekabet hukukunun uygulama bulunduğu alanlarda rekabet otoritelerinin işbirliğini sağlayan ihtiyari bir mekanizmadır²¹⁴.

2.2.2.1.1. DTÖ Bünyesinde Rekabet Hukuku Anlaşmasının Müzakerelerine Dair Sorunlar

Doktrinde uluslararası rekabet hukukunun DTÖ bünyesinde düzenlenmesini destekleyen pek çok görüş vardır²¹⁵. Pratikteyse ulusal rekabet hukuku düzenlemesi yapan ülke sayısı her geçen gün artmaktadır. Küresel pazarda ülkelerin de birbirleriyle rekabet içinde olduğu düşünülürse, en fazla sermayeyi çekmek, yeni iş alanları yaratmak, mevcutları korumak için rekabet politikalarının nasıl uygulanacağı hayati önem kazanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri gibi küresel pazarı göreceli olarak kontrol eden ülkeler, uluslararası rekabet hukuku anlaşması ile bu avantajlarını kaybedeceklerinden çekinmektedirler. Ancak, küresel pazarda ekonominin ağırlık merkezinin doğuya kayması neticesinde gelişmiş olan ülkeler için pazarın işleyiş kurallarının belirlenmesi eskiye göre çok daha önem kazanmıştır. Ekonomik olarak güçlenen bu ülkeler artık Amerikan ya da Avrupa Birliği pazarına girmek ve bu pazarda rekabet için adil rekabet kurallarına ihtiyaç duymaktadırlar. Küreselleşme ve özellikle Çin'in yükselişi bu alanda da ibreyi tersine çevirmek

²¹² FINCKENSTEIN Konrad V. (2002), "International Antitrust Policy and the International Competition", in *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corp. L. Institute HAWK Barry (Ed.), s. 38.

²¹³ Ibid. URA'nın daimi bir sekretaryası olmasığından Steering Grubun dönemsel toplantılarıyla yönetilmektedir.

²¹⁴ Souty (2007), s.12.

²¹⁵ PETERSMANN Ernest-Ulrich (1997), "International Competition Rules for Governments and for Private Business: A "Trade Law Approach" for Linking Trade and Competition Rules in the WTO", dans *Public Policy and Global Technological Integration*, ABBOTT Frederick/GERBER David (Ed.), Kluwer Law International, Londra, The Hague, Boston, s. 222; MONTINI Massimiliano (1999), "Globalisation and International Antitrust Co-operation", FEEM Working Paper No. 69.99., Ekim 1999, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=200611> son ziyaret tarihi 29 Şubat 2009, s.12 ; RIOUX Michèle (1999), «Vers un droit mondial de concurrence ?», Cahiers de recherche-CEIM (99-08), Centre études internationales et mondialisation, Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC), Université du Québec à Montréal, Aralık 1999, s. 28; *A contrario* Fox (1999) DTÖ'nun rekabet hukukunun genel forumunu oluşturmasına şüpheyle yaklaşmaktadır. Ancak bu düşüncesini "International Antitrust and the Doha Dome", *Antitrust Bulletin*, vol. 43, no. 1, Mart 1998, s. 5 - 13. adlı makalesinde değiştirmiştir.; PONS Jean-François (2003), "Is it time for an international agreement on antitrust?", in *The future of transnational antitrust: from comparative to common competition law*, ed. by DREXL Josef, Staempfli, Berne, s. 351.

üzerebilir. Diğer yandan, gelişmekte olan ülkeler rekabet hukukunu ulusal pazarlarına zorla girmek, yerel sanayilerini ele geçirmek için gelişmiş ülkelere icat edilen yeni bir araç olduğu endişesini duymaktadırlar. İşte bu yüzden DTÖ içinde yapılacak olan müzakerelerde ekonomik analizlerin önem kazanmaktadır. Ticaretle ilgili fikri mülkiyet hakları anlaşmasının müzakereleri esnasında, gelişmekte olan ülkelere fikri mülkiyet haklarını koruma altına almalarına karşılık olarak bazı ticari alanlarda imtiyaz verilerek zararları giderilmiş, böylece anlaşmaya katılmaları sağlanmıştır. Rekabet hukuku alanında da yapılacak hesaplar sonunda aynı şekilde verilecek imtiyazlar ve tavizler yoluyla anlaşmaya katılacak tarafların sayısı artırılabilir.

Diğer bir önemli konu da, müzakere edilecek anlaşmanın *plurilateral* mı yoksa *multilateral* mi olacağı konusudur. DTÖ'nün bütün üyelerini bağlayacak olan *multilateral* bir uluslararası rekabet hukuku anlaşmasının müzakeresi zorlu bir süreçtir. Henüz tüm DTÖ üyeleri etkin ulusal rekabet hukuklarına sahip değilken uzun, maliyetli ve içerik bakımından tatminkâr olmayan *multilateral* anlaşmayı müzakere etmek risklidir. Anlaşmayı içerik bakımından zayıflatacak bu anlaşma şekli yerine sadece anlaşmaya katılan üye ülkeleri bağlayacak olan *plurilateral* bir anlaşmayı müzakere etmek gerçeğe daha uygun gözükmektedir. DTÖ bünyesinde rekabet hukukunu düzenleyecek bir anlaşmaya taraftar olan Avrupa Birliği ve Japonya'nın başını çektiği grup, gelişmekte olan ülkelerle geçiş dönemini sağlanacak teknik destek ve imtiyazlar hakkında anlaşır, desteklerini alabilirlerse, *plurilateral* bir anlaşmanın imzası mümkün gözükmektedir²¹⁶.

2.2.2.1.2. Uluslararası Rekabet Hukuku Anlaşmasının ve DTÖ Sisteminin Uyum

İmzalanacak uluslararası rekabet hukuku anlaşmasının yürütülmesinde DTÖ'ye düşecek görevler incelenmesi gereken bir başka konudur. Bu görevlerden ilki sekretarya faaliyetlerinin yürütülmesidir. DTÖ sekretarya kadrolarına takviye uzmanlar alınarak bu zorluk kolayca aşılabılır. İkinci olarak, üye ülkelerin anlaşmaya uygun davranmalarının denetlenmesi görevidir. Bu görev ise uyuşmazlıkların halli organı tarafından yerine getirilecektir. Söz konusu fonksiyon kapsamında karşılıklı görüşmeler, uzlaşma, sürekli uzmanlar grubu kurulması, teknik yardım, ulusal rekabet otoriteleri arasında sıkı işbirliği ve üye ülkelerin rekabet politikalarının incelenmesini de içine alan *peer review*²¹⁷ gibi

²¹⁶ TAYLOR Martyn (2006), *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press 2006, s. 421 ve 422.

²¹⁷ Dünya Ticaret Örgütü'nü kuran Marakeş Anlaşması ek. 3: Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması.

yöntemlere başvurulabilir. Ancak, üye ülkelerin anlaşmaya uymasını sağlayacak olan en önemli mekanizma uyuşmazlıkların giderilmesi için oluşturulacak panellerdir.

Uluslararası rekabet hukuku anlaşmasının, DTÖ hukukunun bir parçası olması benimsendikten sonra üye devletler iç hukuklarını ve politikalarını bu anlaşmayla uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına gireceklerdir. Ancak, uyuşmazlıkları çözme mekanizması prensipte sadece hukukilik denetimi yapmakta, yerindelik denetimi yapmaktan kaçınmaktadır. Böylece uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasının ulusal mercilerin kararlarının temyiz edildiği makam gibi davranmasının önüne geçilecektir. Bu sistem doğrultusunda oluşturulan paneller, ulusal rekabet otoritelerinin veya ulusal mahkemelerin kararlarının yerindeliğini denetlemeyerek *de facto* inceleme yerine sadece *de jure* inceleme yapacaktır. Zira *de facto* kontrolün kabulü, ulusal egemenlikleri konusunda hassas olan devletlerin anlaşmaya katılmalarının hızını kesecek, müzakerelerin tıkanmasına neden olabilecektir. Kısacası uyuşmazlıkların halli organı, anlaşmaya imza koyan üye devletin ulusal mevzuatını anlaşma ile uyumlu hale getirip getirmediğini, bağımsız otoritelerden oluşan gerekli denetim mekanizmalarını kurup kurmadığını ve devletin davranışlarının anlaşmadan beklenen makul sonuçların doğmasına engel olup olmadığını inceleyecektir. Öte yandan, rekabet hukuku ihlalleri dolayısıyla faillere verilen cezalar, bu kişilerin davranışlarını değiştirmeyi ve haksız davranışları dolayısıyla zarar gören rakiplerinin zararlarının tazminini öngörmektedir. DTÖ yaptırım sisteminde böyle bir uygulama şu an için mümkün değildir. Verilecek cezalar doğrudan üye devletleri hedef alacağından asıl failer cezasız kalabilecektir. Ulusal mevzuatlarda yapılacak düzenlemelerle rücu mekanizmaları kurulur ve devletin ödediği cezayı asıl sorumlulardan almasının yolu açılarak bu sakınca ortadan kaldırılabilir. Her halükarda uluslararası rekabet hukuku anlaşmasının yaratacağı genel refahın DTÖ yaptırım sisteminin verebileceği dolaylı zarardan daha fazla olması muhtemeldir.

2.2.2.2. Anlaşmanın İçeriği

Uluslararası rekabet hukuku anlaşması öncelikli olarak üye ülkeler arasında ortak rekabet politikalarının belirlenmesini ve böylece rekabeti kısıtlayan davranışları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bugün için DTÖ'nün sadece devletleri muhatap alan sisteminin dışına çıkılması söz konusu değildir. Diğer yandan anlaşma, içerik olarak minimum rekabet hukuku prensiplerini de içermelidir.

2.2.2.2.1. Üye Ülkelerin Rekabet Politikalarına Dair Genel Prensipler

Uluslararası rekabet hukuku anlaşmasına göre üye devletler rekabet politikalarını belirlerken beş temel prensibe uymalıdır. Bu prensiplerden ilki üye devletler arasında işbirliğidir. Üye ülkelerden biri rekabet politikalarının bir başka üye ülkeye zarar verdiği iddiası karşısında, bu iddiayı ileri süren ülke ile derhal görüşmelere başlayacaktır. Öte yandan, rekabeti kısıtlayıcı davranışlara karşı anlaşmaya taraf devletlerin ve ulusal rekabet otoritelerinin beraberce hareket etmesi için de bu prensip gereklidir. İşbirliği prensibi sayesinde ülkeler arası muhtemel ihtilaflar derinleşmeden çözülecek, rekabet otoriteleri arasında teknik işbirliği ve bilgilendirme gelişecektir.

Anlaşmanın içereceği ikinci prensip ayrımcılık yasağı prensibidir. Bu prensip sayesinde ulusal rekabet politikasının yabancı şirketlere yerli şirketlerden farklı davranması önlenmiş olacaktır. Ayrıca, bağlayıcı uluslararası bir anlaşma ulusal üretici veya tüketicileri korumaya yönelik popülist ve ayrımcı ulusal politikalara karşı denetleme mekanizması oluşturacaktır. Rekabet anlaşmasının üçüncü prensibi şeffaflık prensibidir. Ulusal rekabet hukukları açık, kolay anlaşılır ve kolay ulaşılabilir olmalıdır. Bu prensip ulusal rekabet otoritelerinin işlemleri, kararları ve soruşturmaları için de geçerlidir. Uluslararası rekabet hukuku anlaşmasının içermesi gereken bir diğer prensip, adil yargılama prensibidir. Hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olan bu kurala, hem üye devletlerin ulusal rekabet hukuklarında, hem de DTÖ nezdinde uyulması gerekmektedir. Dolayısıyla idari ve adli makamlar önünde adil ve tarafsız yargılama ile bu makamlarca alınan kararların temyiz edilebilmesi yolları ulusal ve uluslararası hukukta açık olmalıdır. Uluslararası rekabet anlaşmasında bulunması gereken prensiplerden sonuncusu ise gelişmekte olan ülkelere özel ve farklı muamele tanınmasıdır. Şu gün itibarıyla DTÖ Anlaşmalarında, gelişmekte olan ülkelere özel ve farklı muamelenin genişletilmesini öngören 145 değişik hüküm vardır²¹⁸. Bu hükümler, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin ticaretini kolaylaştıran önlemler almalarını, DTÖ Anlaşmaları tarafından getirilen yükümlülüklerin kabul edilmesinde esneklik sağlanması ve Anlaşmaları yürürlüğe koyabilmeleri için altyapılarının oluşturmalarında teknik yardım almalarını öngörmektedir. Rekabet anlaşması da gelişmekte olan ülkelere bu yönde özel ve farklı muamele hakkı tanımalı, böylece gelişmekte olan ülkelerin anlaşmaya katılımları sağlanmalıdır.

²¹⁸ OMC (2001), Implementation of Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions, WT/COMTD/W/77/Rev.1 21 Eylül 2001, s. 2 et 3.

2.2.2.2. Maddi Rekabet Hukuku Prensipleri

Uluslararası rekabet anlaşmasındaki maddi rekabet hukukunun kapsamı, büyük ölçüde hangi alanlarda yeknesaklık sağlanabileceğine bağlıdır²¹⁹. Buna karşılık, rekabeti kısıtlayıcı davranışların neler olduğu ve bunlara uygulanacak yaptırımların bir bölümü üzerinde fikir birliği varken, diğer bir kısmında ise derin görüş ayrılıkları mevcuttur. Anlaşmaya taraf üye devletlerin ulusal rekabet hukuklarını anlaşmayla uyumlu hale getirme zorunluluğu dolayısıyla anlaşmada ancak üzerinde uzlaşma (*consensus*) oluşmuş hükümler yer alabilecektir. Ayrıca, uyumlaştırma²²⁰ birçok masrafi beraberinde getirdiğinden bedeli ve getirileri iyice hesaplanmadan yapılmamalı; sadece uyumlu hale getirilmesinde büyük menfaat olan alanlar üzerinde durulmalıdır. Bu alanları tespit etmek amacıyla yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışmaları, uluslararası rekabet hukuku anlaşmasında yer alacak maddi rekabet hukuku maddelerinin tespiti için faydalı olacaktır²²¹. Bu bağlamda rekabeti kısıtlayan başlıca davranışların incelenmesi gerekmektedir.

Hemen hemen bütün ulusal rekabet hukukları rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların zararlı olduğu konusunda hem fikirdirler. OECD'nin 15 Mart 1998 tarihli tavsiye kararı da üye devletler rekabet hukuklarında bu tip anlaşmaların yasaklanmasını öngörmüştür²²². Dolayısıyla rakipler arasında fiyat belirleyen, üretimi kısıtlayan, pazar paylaşımında bulunan anlaşmalar *per se* yasaklanmıştır²²³. Ne var ki, aynı üretim hattındaki rakiplerin anlaşmasındaki bu görüş birliği, dikey anlaşmalar söz konusu olduğunda fikir ayrılığına dönüşmektedir. Üretim ve dağıtım hatlarında bulunan rakiplerin yaptığı anlaşmaların fayda ve zararları konusunda teorik tartışma devam etmektedir. Bu konuda DTÖ rekabet ve ticaret ortak çalışma grubunun tavsiyesi olan dikey anlaşma çeşitleri üzerinden yapılacak bir inceleme ile, üzerinde uzlaşılması en muhtemel dikey anlaşma çeşitleri belirlenerek anlaşmaya dahil edilmesi fikri kanaatimizce en uygun çözümü oluşturmaktadır²²⁴.

²¹⁹ Gerber (2010), s. 110.

²²⁰ Harmonisation.

²²¹ GRAHAM Edward M./RICHARDSON David J. (1997), "Conclusions and Recommendations", in *Global Competition Policy*, GRAHAM Edward M./RICHARDSON David J. (Eds). , Institute for International Economics, s.553-558; BRAULT Dominique (1995), *Droit de la concurrence comparé. Vers un ordre concurrentiel mondial?* , Economica, Paris.

²²² OCDE [C (98) 35/ FINAL; OCDE, Committee on Competition Law and Policy (1994), «Interim Report on Convergence of Competition Policies».

²²³ Abdelgawad (2001), s. 187.

²²⁴ OMC (2000), Rapport au Conseil générale du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 30 Kasım 2000, *op.cit.*, s. 9.

Rekabeti kısıtlayan anlaşmalar konusundaki göreceli uzlaşma hâkim durumun kötüye kullanılması konusunda mevcut değildir. Ekonomistlerin konuya farklı yaklaşımları nedeniyle hâkim durumun varlığının kanıtlanması kriterleri ve oluştuğu pazarın belirlenmesi, hangi davranışların kötüye kullanma olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda bir fikir birliği yoktur. Bu durum anlaşmaya taraf ülkelerin ortak bir paydada buluşmasına engel teşkil etmektedir. Tüm bu olumsuzluklara rağmen, üye ülkelerin hâkim durumun kötüye kullanılması alanında rakiplerden ziyade rekabetin kendisini korumayı hedefleyen genel bir düzenleme yapabileceği düşünülebilir. DTÖ rekabet ve ticaret ortak çalışma grubunun hâkim durumun belirlenmesinde ortak paydada buluşmak için tavsiyesi, kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek davranışların tamamının araştırılması ve ne zaman hâkim durum oluştuğuna dair detaylı bir çalışma yapılması yönündedir²²⁵.

Yoğunlaşmalar konusundaysa, ulusal rekabet hukukları arasında uygulanan maddi hukuk bakımından bazı ortak noktalar olsa da genel olarak büyük farklılıklar söz konusudur. Önemli farklılıkların başında yoğunlaşmanın inceleneyeceği pazarın belirlenmesi için ortak bir yöntemin geliştirilmemiş olması bulunmaktadır. Bu durumda aynı operasyon için farklı otoritelerin farklı sonuçlara varması olasılığı doğmaktadır. Ayrıca, yoğunlaşmaya dair kararlar tamamen rekabeti korumak için verilebileceği gibi sosyo-ekonomik nedenlerle de verilebilmektedir²²⁶. Yoğunlaşmalar alanında ortak normların yaratılabileceği alan özellikle yeknesak usul kurallarının düzenlenmesidir. Birleşme ve devralma başvurusu, incelemelerin süresi, ulusal rekabet otoriteleri arasında bilgi alışverişinin usulü konusunda uluslararası rekabet anlaşmasında bazı düzenlemeler yapmak faydalı olacaktır.

Anlaşmaya taraf olan üye ülke sayısını arttırmak amacıyla uzlaşma sağlanamayan alanlarda, uluslararası hukukun son zamanlarda çok kullandığı, *soft law* şeklinde düzenlemelere başvurulabilir. Uluslararası hukuk bakımından devletin sorumluluğunu gerektirmeyen bu düzenleme şekli yine de tam olarak yaptırımdan yoksun değildir. Düzenlemenin süjesi devlet anlaşmaya uymadığında hukuki olmasa da diğer başka yaptırımlardan zarar görebilmektedir. Böylece *soft law* sayesinde en azından bu alanlarda bir düzenleme yapılmış olacak ve ileriki tarihlerde oluşabilecek uzlaşma dâhilinde yeni düzenlemeler yapılmasına zemin hazırlanacaktır. Pratikte, özellikle

²²⁵ OMC (1998), Rapport au Conseil générale du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, 18 Aralık 1998, *op.cit.*, s. 28.

²²⁶ IDOT Laurence (2002), «Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence: le contrôle des concentrations», *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. XVI, No.2-3, s. 180.

ekonomik hukuk alanında *soft law* şeklinde yapılan düzenlemelere devletlerin andlaşmalarla aynı ölçüde uyduğu somut olarak ispatlanmıştır²²⁷.

Sonuç olarak, DTÖ'nün hâlihazırda rekabet hukuku ile doğrudan bağlantılı kararlar aldığını ve mevcut uyuşmazlıkları çözme mekanizmasına bazı alanlarda başvurmanın olanaklı olduğunu tespit etmekteyiz. Ancak, daha kapsamlı bir çözümün yine bu organizasyon içinde *plurilateral* bir uluslararası rekabet hukuku anlaşması ile sağlanabileceğini ve bu anlaşmanın müzakeresinin politik olarak mümkün olduğunu tespit etmekteyiz. Bu anlaşma akit devletlerin ulusal rekabet hukuklarında genel bir yeknesaklığa gitme yerine, sadece üzerlerinde uzlaşma sağlanan alanlarda uyumlaştırmayı öngörecektir, diğer alanlarda *soft law* şeklinde düzenlemeler içerecektir. Rekabet anlaşmasının DTÖ örgütü müktesebatı ile çatıştığı noktalarda ise uygun yorum metodu ile sorun giderilmeye çalışacaktır. Ayrıca bu çözüm önerisinin küresel pazarda faaliyet gösterecek supranasyonal bir rekabet otoritesinin çekirdeğini oluşturacaktır.

SONUÇ

Rekabeti kısıtlayıcı davranışların kontrolünün uluslararası platforma taşınması fikri uzun zamandır var olan, ancak üzerinde bir türlü mutabakat sağlanamayan bir düşüncedir. DTÖ ve GATT anlaşmaları sayesinde serbest ticaret önündeki kamusal engeller kaldırıldığında rekabet hukuku konusunda global bir düzenleme yapma zorunluluğu göz ardı edilmiş; Havana Şartı ile kurulması gereken küresel pazarda rekabeti kısıtlayıcı davranışların kontrolünü sağlayacak sistem kurulamamıştır. Ancak, küreselleşmenin ulaştığı boyut nedeniyle ulusal rekabet hukukları, ikili anlaşmalar ve bölgesel anlaşmalar küresel pazarda rekabeti kısıtlayıcı davranışları engellemekte yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, kimi ülkelerde ulusal rekabet hukuku mevzuatının bulunmaması, kimilerinde bulunmasına rağmen etkin şekilde uygulanmaması, devletlerin ekonomik çıkarları doğrultusunda adeta kâr amacı güden şirketler gibi politika üretmesi ve çok uluslu şirketlerin global pazarda lokal rekabet politikalarının yarattığı hukuki boşluktan faydalanma çabaları *Sherman Kanunu* öncesi Amerikan Birleşik Devletlerindeki kaotik ortamı anımsatmaktadır. Son zamanlarda yaşanan ve nitelik bakımından benzeri olmayan ekonomik krizler karşısında ulusal ve mevcut küresel politikalar kifayetsiz kalmaktadır. Egemenlikleri konusunda son derece hassas olan devletler, mevcut koşullarda *statu quo*'yu korumanın egemenliklerinde erozyona yol açtığını görmekte; ancak kısa vadeli politik çıkarlar nedeniyle aralarında anlaşım gerekli tedbirleri almamaktadırlar.

²²⁷ DAILLIER Patrick/PELLET Alain (2002), Droit international public, 7^e éd. LGDJ, Paris, s. 389.

Uluslararası örgütlerin rekabet alanında yaptığı çalışmalar, ileriki düzenlemelere ışık tutan çok değerli projelerdir. Diğer yandan DTÖ/GATT, anlaşmaların geniş yorumuyla ve uyuşmazlıkların halli mekanizmasıyla hukuki boşluğu biraz olsun doldurmuştur. Ancak tüm bu çabalara rağmen elde edilen sonuç yeterli değildir. Bu durumda uluslararası rekabet hukuku ile ilgili bir düzenleme yapılması kaçınılmazdır. Özellikle etkin uyuşmazlıkların çözümü mekanizması ile DTÖ, bu amaç için en uygun konumdaki uluslararası örgüttür. Uluslararası ticaret ile uluslararası rekabetin teorik ve pratik olarak uzlaşmasının yanında, uluslararası ticaretin sağlıklı işleyebilmesi, DTÖ ve GATT anlaşmaları ile ortadan kaldırılan kamusal pazara giriş engellerinin yerine bu kez özel kişilerce aynı işlevi gören engellerin oluşturulmasının önlenmesi DTÖ'nün kuruluş amacıyla bağdaşmaktadır. Ayrıca, bu örgüt bünyesinde *plurilateral* bir anlaşmanın müzakeresi, ülkeler arasında çeşitli ticari alanları içine alacak bir imtiyaz mekanizması sayesinde politik olarak mümkün olmaktadır. Serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu günümüzde kapitalizmin kapitalizmle rekabeti kurallarının belirlenmesi adaletin sağlanmasında önemli rol oynayacak, tüketiciler kadar üreticiler açısından da faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

ABDELGAWAD, W. (2001), «Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence: vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la lex economica», *RIDE*, 2001/2, s. 161-196.

ABRAHAM-FROIS, G. (2004), *Introduction à la micro-économie*, Economica, Paris.

BEGG, D., S. FISCHER ve R. DORNBUSCH (2002), *Micro économie*, 2ème ed. Dunod, Paris.

BERNIER, B. ve H.L. VEDIE (2005), *Initiation à la microéconomie*, Dunod 2e ed. Paris.

BORK, R. H. (1959), "Ancillary Restraints and the Sherman Act", 15 *ABA Antitrust Section* 211, s. 213-214.

BRADFORD (PIIOLA), A. (2007), "International Antitrust Negotiations and the False Hope of the WTO", *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, summer 2007, s. 383 - 440.

BRAULT, D. (1997), *Droit et la politique de la concurrence*, Economica, Paris.

BRAULT, D. (2004), *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, Paris.

BROBERG, M.P. (2000), "The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control The Court of First Instance's Judgment in *Gencor v. Commission*", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No. 1. (Jan.2000), s. 172-182.

CARREAU, D. ve P. JUILLIARD (2007), *Droit international économique*, Dalloz 3e édition, Paris.

CHABRIT, N. (2002), *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan.

CHAREYRE DE BEAUMONT, A. (2006), *Droit de la concurrence et globalisation*, Doktora Tezi, Paris II - Panthéon-Assas Üniversitesi, Fransa.

CLAUDEL, E. (2004), «Vers un droit international de la concurrence ?», dans *Droit de l'économie internationale*, DAILLIER P., de LA PRADELLE G., GHERARI H. (dir.), Editions Pedone, Paris, s. 405-420.

CNUCED (1996), *La politique de concurrence et les pratiques commerciales restrictives*, Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives, TD/B/RBP/INF.36, 29 Ocak 1996.

COASE, R. H. (1993), "Law and Economics at Chicago", *Journal of Law and Economics*, Vol.36, No.1, University of Chicago Press, s. 239 - 254.

COLIN, F. (2005), *Droit public économique*, Gualino, Paris.

COTTIER, T. ve N.S. KRISTA (1997), "Non-violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future", in *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, ed. PETERSMANN Ernst-Ulrich, Kluwer law International, London, s. 145-183.

DAILLIER, P. ve A. PELLET (2002), *Droit international public*, 7e éd. LGDJ, Paris.

DE LEON, I. (2002), "The Dilemma of Regulating International Competition under the WTO System", *International Economic Regulation*, Ed. KELSEY, Jane, Dartmouth, s.355-370.

DESAUTELS-STEIN, J. (2008), "Extraterritoriality, Antitrust, and the Pragmatist Style", *Emory International Law Review*, Vol. 22, s. 499 - 570.

DOMKE, M. (1955), "The United Nations Draft Convention on Restrictive Business Practices", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 4, No.1, s. 129-140.

DUNFEE, T.W. ve A.S. FRIEDMAN (1984), "The Extra-Territorial Application of United States Antitrust Laws: A Proposal for An Interim Solution", *OSLJ* Vol. 45, Fall 1984, s. 883 - 932.

EVANS, D.S. (2009), "Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules", *Chicago Journal of International Law*, Forthcoming, 16 Şubat 2009.

FARJAT, G. (2000), «Les pouvoirs privés économiques», *Souveraineté étatique et marché internationaux à la fin du 20e siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec, s. 613-661.

FARJAT, G. (2004), *Pour un droit économique*, PUF, Paris.

FINCKENSTEIN, K.V. (2002), "International Antitrust Policy and the International Competition", in *International Antitrust Law&Policy*, Fordham Corp. L. Institute HAWK Barry (Ed.), s. 37 - 46.

FOX, E.M. (1997), "Toward World Antitrust and Market Access", *American Journal of International Law*, Vol.91, No.1, s. 1 - 25.

FOX, E.M. (1999), "Competition Law and Millennium Round", *JIEL* Vol.2, Issue 4, s. 665 - 679.

FOX, E.M. (1998), "International Antitrust: Against Minimum Rules; For Cosmopolitan Principles", *Antitrust Bulletin*, vol. 43, no. 1, March 1998, s. 5 - 13.

FRIEDEL-SOUCHU, E. (1994), *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, LGDJ, Paris.

FRISON-ROCHE, A.-M. ve S. BONFILS (2005), *Les grands questions du droit économique*, Ed.PUF, Paris.

FRISON-ROCHE, A.-M. ve M. PAYET (2006), *Droit de la concurrence*, 1er éd. Dalloz, Paris.

GAVALDA, C. ve G. PARLEANI (2006), *Droit des affaires de l'Union européenne*, 5ème ed. Litec, Paris.

GERADIN, D. (2009), "The Perils of Antitrust Proliferation - The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behaviour", *Forthcoming in Chicago Journal of International Law*. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1327688>

GERBER, D.J. (2006), «Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence» dans *la Modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de CANIVET Guy, L.G.D.J. Paris, s.106-131.

GERBER, D.J. (2010), *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press.

GERBERT, P., V.-Y. GHEBALI ve M.-R. MOUTON (1996), *Le rêve d'un ordre mondial de la Société des Nations à Organisations des Nations - Unies*, éd. Imprimerie Nationale Paris.

GRAHAM, E.M. ve D.J. RICHARDSON (1997), *Global Competition Policy*, Institute for International Economics.

HEINEMANN, A. (2004), «La nécessité d'un droit mondial de la concurrence» *Revue International de Droit Economique*, s.293-324.

IDOT, L. (2002), «Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence: le contrôle des concentrations», *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. XVI, No.2-3, s. 175-205.

ITOH, M. ve S. NAGAOKA (1997), "VERs, VIEs and Global Competition", *Global Competition Policy*, GRAHAM E.M. ve RICHARDSON D.J. (Eds) . , Institute for International Economics, s.475-499.

JACKSON, J.H (1990), *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT press.

JACKSON, J.H. (1997), “Reflections on Constitutional Changes to the Global Trading System”, dans *Public Policy and Global Technological Integration*, ABBOTT F. ve GERBER D. (Ed.), Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, s.185-193.

JACKSON, J.H., W.J. DAVEY ve A.O. SYKES (2002), *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, 4th. Ed. American Casebook Series, West Group.

JACQUET, J.-M., P. DELEBECQUE ve S. CORNELOUP (2007), *Droit du commerce international*, 1e Dalloz, Paris.

JENNY, F. (2001), «L’environnement économique international et les autorités de concurrence», dans *Rapport Public 2001 - Les autorités administratives indépendantes*. La Documentation Française, Paris, s.441-462.

KARAKOÇ, O. (2003), *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KAZZI, H. (2007), *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre les entreprises dans une économie mondialisée: Contribution à l’étude de l’application internationale du droit économique*, Presse Universitaire d’Aix-Marseille.

KESKIN, A.C. (2003), *Les aspects communs et différents de droit de la concurrence américain et européen*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Istanbul.

KESKİN, A.C. (2007), «Evolution de la jurisprudence américaine et européenne vers la théorie de l’effet dans l’application unilatérale du droit de la concurrence», *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2007/1, s. 83 - 107.

KLEIN, J.I. (1996), “A note of Caution With Respect to a WTO Agenda on Competition Policy”, Presented at The Royal Institute of International Affairs Chatham House London, Kasım 18, 1996; <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/0998.htm>.

LE MIRE, P. (2006), *Droit de l’Union européenne et politiques communes*, 4ème éd. Dalloz Paris.

LEVASSEUR, A. (1994), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, Paris.

LIGNEUL, N. (2001), L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises, Bruylant, Bruxelles.

LOCHMANN, M.W. (1996), "The Japanese Voluntary Restraint on Automobile Exports: An Abandonment of the Free Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of the US Antitrust Law", *Harvard International Law Journal*, Vol.27, s. 99-157.

LUFF, D. (2004), *Le droit de l'Organisation mondiale du Commerce*, L.G.D.J. - Bruylant.

MATSUSHITA, M. (1993), *International Trade and Competition Law*, Oxford University Press, Oxford.

MERKT, B. (2000), *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence*, Editions Peter Lang, Neuchâtel.

MONTINI, M. (1999), "Globalisation and International Antitrust Co-operation", FEEM Working Paper No. 69.99., Eylül 1999, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=200611> visite dernier le 29 Şubat 2008.

MOUSSERON, J.-M., J. RAYNARD, R. FABRE ve J.-L. PIERRE (2003), *Droit du commerce international*, 3e ed. Litec, Paris.

PAASMAN, B. (1999), *Multilateral Rules on Competition Policy: An Overview of the Debate*, United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, Division of Trade and Development Finance, International Trade Unit.

OCDE (2003), «Les objectifs du droit et la politique de la concurrence», *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, Vol.5, no.1, s. 17.

OKIEMY, B. (2001), «L'O.M.C. face à la problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence», dans, *l'Organisation mondiale du commerce : Vers un droit mondial du commerce ?*, sous la direction d'OSMAN Filali, Bruylant Bruxelles, s. 61-86.

OMC (2004), *Le Rapport du Conseil consultatif à M.Supachi Panitchpakdi, Directeur général, Sutherland P., Bhagwati J., Botchwey K., Fitzgerlad N., Hamada K., Jackson J., Lafer C., Montbrial de T.*, OMC 2004.

PAYET, M.-S. (2001), *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Paris.

PETERSMANN, E.-U. (1997), "International Competition Rules for Governments and for Private Business: A "Trade Law Approach" for Linking Trade and Competition Rules in the WTO", dans *Public Policy and Global*

Technological Integration, ABBOTT F. ve GERBER D. (Ed.), Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, s. 221-255.

PIIOLA, A. (2003), "Assessing Theories of Global Governance: A Case Study of International Antitrust Regulation", *SJIL* Vol.39 s. 207-252.

PONS, J.-F. (2003), "Is it time for an international agreement on antitrust ?", in *The future of transnational antitrust : from comparative to common competition law*, ed. by DREXL J., Staempfli, Berne, s. 349-362.

PRAGER, J.-C. ve F. VILLEROY de GALHAU (2006), *18 leçons sur la politique économique : À la recherche de la régulation*, 2e ed. Seuil, Paris.

PRIETO, C. (2005), «Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », *Concurrences - Revues des droits de la concurrence*, No.1, s. 20-31.

RAHL, J. (1950), "Conspiracy and the Anti-Trust Laws ", *Illinois Law Review* No.44., s. 745 - 768.

RIOUX, M. (2004), «Culture de concurrence: Les limites de l'antitrust international face à la concurrence globalisée », *Cahiers de recherche-CEIM (04-04)*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC), Université du Québec à Montréal, septembre 2004.

RIOUX, M. (1999), «Vers un droit mondial de concurrence ?», *Cahiers de recherche- CEIM (99-08)*, Centre études internationales et mondialisation, Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC), Université du Québec à Montréal, décembre 1999.

ROSIK, P. (2003), *Les transformations du droit international économique*, L'Harmattan, Paris.

ROWLEY, W.J. ve O.K. WAKIL (2001), "The Internationalisation of Antitrust: The Need for a Global Competition Forum", article présenté lors de conférence organisée par le Bureau de la concurrence canadienne, *Canadian Competition Policy: Preparing for the Future* entre le 19 et 20 Haziran 2001, s. 11-12.

RUIZ FABRI, H. ve J.-M. SOREL (2005), «Organisation du commerce international», dans *le Traité de droit du commerce international*, dir. BEGUIN J./MENJUCQ M., Litec Paris, s.65-161.

SAADA, E. (2004), «La politique de la concurrence», dans *La politique économique et ses instruments*, dir. FERRANDON B., *Les notices de La Documentation Française*, s.73-79.

SAMUELSON, P.A. ve W.D. NORDHAUS (1995), *Micro-économie* 14e édition, les éditions d'organisation, Paris.

SCHERER, F.M. (1994), *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Brookings Institution Press, Washington DC.

SINGH, A. (2002), *Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions*, G-24 Discussion Paper Series, UNCTAD/GDS/MDPB/G24/18, Genève.

SIROEN, J.-M. (2002), «Politique(s) de la concurrence dans une économie globale», dans *Les Nouvelles Approches de la Concurrence*, (dir.) BIENAYME A., Economica, Paris, s.123-144.

SMITHERMAN, C.W. (2004), "The Future of Global Competition Governance: Lessons From the Transatlantic", *AUILR*, Vol.19, s.769-881.

SOKOL, D.D. (2009), "Change and Continuity in International Antitrust under an Obama Administration" (January 12, 2009). *Global Competition Policy Magazine*, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 2009-13, Ocak 2009.

SOUTY, F. (2007), «Une commissaire canadienne à la tête du RIC: Sheridan Scott », *Concurrences* N° 3, s.6-12.

SWEENEY, B. (2004), "Globalisation of Competition Law and Policy: Some Aspects of the Interface Between Trade and Competition", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.5 No.2, October 2004, s. 375-434.

SWEENEY, B. (2009), "International Competition Law and Policy: A Work in Progress", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.10, p. 58 - 70.

TAYLOR, M. (2006), *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press.

TERHORST, G. (2000), "The reformation of the EC Competition Policy on Vertical Restraints", *Northwestern Journal of International Law&Business*, Vol.21, s.343-378.

TRITELL, R. (1999), "Bilan de l'application de la législation antitrust américaine aux sociétés étrangères", *Perspectives économiques*, Vol. 4 No.1, Şubat 1999, s.14-17.

TURNER, C. (1983), "Voluntary Export Restraints on Trade Going to the United States", *Southern Economic Journal*, Vol. 49, No. 3, January 1983, s. 793-803.

ULRICH, H. (2003), «L'ordre concurrentiel : Rapport de synthèse ou variations sur un thème de Nice», ULLRICH H., «L'ordre concurrentiel: Rapport de synthèse ou «variations sur un thème de Nice», L'ordre concurrentiel - Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO, Editions Frison-Roche, Paris, s. 663-686.

VARIAN, H.R. (2006), Introduction à la microéconomie, 6e éd. De Boeck, Bruxelles.

YOUNG, M.K. (2001), “Lessons from the Battlefield: US-Japan Trade Wars and their Impact on the Multilateral Trading System”, George Washington International Law Review, Vol. 33, s. 753 - 789.

DTÖ Panel Kararları

- Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs, Rapport du Groupe spécial, WT/DS70/R, 14 avril 1999 et Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs, Rapport du groupe spécial, WT/DS46/R, 14 avril 1999.
- Japon - Commerce des semi-conducteurs (BISD 35S/116), Rapport du Groupe spécial (GATT), BISD 35S/116, 4 mai 1988.
- Japon - Les mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, (Fuji c. Kodak), WT/DS44/R, 31 Mars 1998.
- Mexique-Les mesures affectant les services de télécommunication, WT/DS204/R, 1 Haziran 2004.

**AVRUPA BİRLİĞİ REKABET KURALLARI KARŞISINDA
DVD BÖLGE KODU KORUMASI UYGULAMASI:
TEKNİK, EKONOMİK VE HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME**

*THE CASE OF DVD REGION PROTECTION CODE
VIS-À-VIS THE EU COMPETITION RULES:
A TECHNICAL, ECONOMICAL AND LEGAL ANALYSIS*

Ahmet Fatih ÖZKAN*

Öz

Görsel içeriğe sahip DVD'ler, 21. yüzyıl ev eğlenceleri arasında hızlı bir yükseliş göstermiş ve Betamax, VHS, VCD gibi medya formatlarını geride bırakarak, dünya çapında çok yüksek satış rakamlarına ulaşmıştır. DVD'lerin yakaladığı bu başarının nedenlerinden biri de önceki medya formatlarında bulunmayan "bölge kodu koruması" adlı bir sistemdir. Bu koruma sonucu DVD'ler sadece kendileri için tasarlanmış bölge koduna uygun bir oynatıcı cihazda çalıştırılabilmekte, farklı bir bölge koduyla donatılmış oynatıcı cihazlarda çalıştırılmak istendiğinde ise içeriklerine erişim imkanı vermemektedirler. Hollywood menşeli film şirketlerinin geliştirdiği ve DVD format ve logosunu ürünlerinde kullanabilmek için DVD oynatıcı cihaz üreticilerinin de lisans sözleşmeleri vasıtasıyla benimsemek durumunda kaldıkları bölge kodu korumasıyla dünya, coğrafi koşulların gerektirdiği hiçbir gerekçe bulunmadan, altı farklı bölgeye ayrılmıştır. Fiyat ayrımcılığı, ürün farklılaştırması ve telif hakları gibi iktisadi gerekçelerle gerçekleştirilen bu uygulamayla film şirketleri; dünya çapında sinema salonlarının varlıklarını devam ettirebilmelerinin sağlanabildiğini, filmlerin gösterime girmiş ülkelerden DVD'lerinin alınarak gösterime girmemiş ülkelerde izlenilmesinin engellenebildiğini ve filmler için getirilen sınıflandırma ve yaş sınırlamalarını içeren ulusal standartlara tam uyum sağlanabildiğini iddia etmektedirler. Henüz hiçbir rekabet otoritesi ya da mahkeme kararı ile bir rekabet ihlali olduğu kanıtlanmamış olsa da, bölge kodu korumasının önünde pazar, bölge ve

* LL.M. (Ekonomi Hukuku, Bilkent Üniversitesi); Ph.D. öğrencisi (Rekabet Hukuku, King's College London). Yazara ulaşmak için afatihozkan@gmail.com veya fatih.ozkan@kcl.ac.uk adreslerini kullanabilirsiniz. Makalenin yayımlanması sürecinde değerli katkılarından dolayı değerli editör sayın H. Gökşin Kekevi'ye teşekkür ederim.

müşteri paylaşımı, serbest ticaretin kısıtlanması, paralel ithalatın engellenmesi ve haksız rekabet olmak üzere birtakım yasal sorunların olduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: *DVD, Fiyat Ayrımcılığı, Telif Hakkı, Serbest Ticaret, Paralel İthalat*

Abstract

Nothing has impacted the home entertainment in 21st century quite like DVDs, by leaving behind the older media formats like Betamax, VHS, VCD and reaching tremendous amounts of worldwide sales. However, one reason behind the success of DVDs, inter alia, comes from its unique system called “region code protection”. As a consequence of this protection, DVDs shall only be played in a player that complies with their region code and does not allow access to their content when attempted to be played in players having a different region code. Developed by Hollywood based film studios and undertaken to be adopted by DVD player manufacturers through their license agreements, the world is divided into six major regions, in a way that lacks any geographical justification. Price discrimination, product differentiation and copyright comprise the economical grounds of region protection, with whose help the film studios contend that the cinemas are able to carry on their business, the theatrical exhibition of a film which has not yet been released in cinemas across that country is able to be prevented from imported DVDs and compliance with classification and age restriction standards is perfectly achieved. Although nothing has yet been proven before a competition authority or a court; region code protection amounts to the legal issues like market, territory and customer sharing, restriction of free trade, hindering of parallel import and unfair competition.

Keywords: *DVD, Price Discrimination, Copyright, Free Trade, Parallel Import*

GİRİŞ

21. yüzyıl ev eğlenceleri arasında hızlı bir yükseliş gösteren görsel içeriğe sahip DVD’ler, kısa zamanda yüksek pazar paylarına ulaşarak Betamax, VHS ve VCD gibi kendinden önceki medya formatlarını geride bırakmış ve yeni geliştirilen HD DVD ve Blu-Ray gibi medya formatlarının ise yaygınlaşmasını geciktirmiştir. DVD’lerin yakaladığı bu başarının arkasında eski medya formatlarında bulunmayan üstün görüntü ve ses kalitesi, tam zamanlı dublaj ve altyazı gibi dijital içerik olduğu kadar, yine eski medya formatlarında bulunmayan “bölge kodu koruması” adlı bir sistem de yer almaktadır.

Pek çok kimsenin belki de varlığından bile haberdar olmadığı bu sistem ile *Hollywood* menşeli film şirketleri, görsel içeriğe sahip DVD’lerin piyasaya

sürülmeye başlandığı 1997 yılından itibaren dünyanın farklı bölgelerindeki talep eğilimlerinden azami şekilde yararlanarak yüksek kârlar elde etmiş, serbest ticareti ve paralel ithalatları kısıtlamış, tüketici tercihlerini göz ardı etmiş ve zaman içerisinde farklı teknolojiler geliştirerek, bu sistemi ve etkilerini ortadan kaldırmak isteyen girişimler ile mücadele etmişlerdir. İşin ilginç tarafı ise tüketici refahı üzerinde birtakım olumsuz etkilere sahip bölge kodu koruması hakkında, aradan geçen bunca zaman boyunca dünya çapında hiçbir rekabet otoritesi tarafından bir rekabet ihlali tespitinin veya muafiyet yahut menfi tespit kararının ya da mahkemelerin bu uygulamanın sorumluları hakkında verdikleri bir mahkumiyet kararının bulunmamasıdır.

Konu ile ilgili olarak Türk hukukunda doğrudan hiçbir kaynağın ve Rekabet Kurulu'nun hiçbir kararının bulunmayışı sonucu, çalışmada daha çok uluslararası kaynak ve örneklerden yararlanılmış; bu yüzden 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un mehzasını oluşturan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın ve ilgili diğer mevzuatın rekabetle ilgili hükümleri esas alınarak, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa Komisyonu'nun konuyla ilgili sayılabilecek örnek kararları ışığında bir değerlendirme yapılmış, ancak görsel içeriğe sahip DVD pazarının niteliği itibariyle global bir pazar olması sonucu, bölge kodu korumasının doğrudan veya dolaylı olarak ele alındığı başka ülkelerin rekabet otoritelerinin ve/veya mahkemelerinin az sayıdaki kararlarına da yer verilmeye çalışılmıştır. Aynı zamanda bölge kodu kısıtlamalarının rekabet karşıtı etkilerinin daha belirgin bir şekilde incelenebilmesi açısından Türkiye coğrafi pazarından daha geniş bir coğrafi pazar olan Avrupa İç Pazarı seçilmiştir.

DVD bölge kodu korumasının birtakım teknik özelliklere sahip olması ve ekonomik gerekçelere dayanması sonucu ancak bunların bilincinde olunması halinde hukuk kuralları bir anlam ifade edecektir. Başka bir deyişle, konunun teknik boyutu ve ekonomik gerekçeleri hakkında yeterli bilgi sahibi olunmadan yapılacak bir hukuki değerlendirme, büyük olasılıkla sağlıklı olmayacaktır. Bu doğrultuda, çalışmada ilk önce görsel içeriğe sahip DVD'lerde bulunan bölge kodu uygulamasının ne olduğu ve işleyişi gibi teknik özellikleri ile doğuşu ve gelişimini içeren tarihçesi, daha sonra ise ekonomik gerekçeleri incelenmiş ve son olarak da bu uygulamanın önündeki yasal sorunlar ele alınmıştır. Sonuç kısmında ise bu uygulama hakkında yazarın değerlendirmelerine yer verilmiştir.

1. DVD BÖLGE KODU KORUMASI

1.1. Genel Olarak

Bölge kodu koruması (*region protection code, regional coding, regional lock out, regional playback control*), görsel içeriğe sahip¹ Sayısal Çok Yönlü Disk'lerin (*digital versatile disk, DVD*) tasarlandığı bölgeye uygun oynatıcı cihazlardan başka bir oynatıcı cihazda çalışmasını engelleyen bir sistemdir. Bu uygulama sonucu DVD'ler her oynatıcı cihazda çalışmayıp, yalnızca kendi bölge koduna sahip cihazlarda çalıştırılabilmektedir. Başka bir deyişle, görsel içeriğe sahip bir DVD'nin, DVD-ROM, DVD Player gibi bir oynatıcı cihazda çalışması için, kural olarak her ikisinin de aynı bölge koduna sahip olması gerekmektedir.

Bu koruma esasen, gişе hasılatına ek olarak DVD gelirlerini de ençoklaştırmak amacıyla yapılan bölgeler arası fiyat ayrımcılığını, yeniden satışları önleyerek kolaylaştıran ve böylece dünya çapında farklı bölgelerdeki farklı talep eğilimlerinden azami şekilde yararlanmak üzere *Hollywood* menşeli çok uluslu film şirketleri tarafından geliştirilen; DVD format ve logosunu ürünlerinde kullanabilmek için oynatıcı cihaz üreticilerin de lisans sözleşmeleri aracılığıyla benimsemek durumunda kaldıkları bir sistemdir. Bu özelliği sonucu bölge kodu koruması ihtiyari ve yapay bir uygulama olup, tekniğin gerektirdiği zorunlu bir durum değildir. Başka bir deyişle, görsel içeriğe sahip bir DVD'nin çalıştırılabilmesi açısından bölge kodu korumasının zorunlu olduğuna dair herhangi bir teknik sebep bulunmamaktadır.²

1.2. DVD Bölge Kodu Korumasının İşleyişi

Görsel içeriğe sahip her DVD için bir bölge kodu tasarlanmış ve söz konusu DVD'ye işlenmiştir.³ Piyasa sunulan her DVD'nin bir bölge kodu bulunmaktadır. Üreticinin, ürettiği DVD'ler için herhangi bir bölge kodu tasarlamadığı haller, başka bir deyişle bölge korumasız (*region free, code free*)

¹ Bu ibareyle kastedilen, içeriğini sinema filmi oluşturan DVD'lerdir. DVD içerikleri sadece görsel içerikten ibaret olmayıp, işitsel içeriğe sahip veya içeriğini bilgisayar programlarının veya oyunların oluşturduğu DVD'ler de bulunmaktadır. İşitsel içeriğe sahip veya içeriğinin bilgisayar programlarının oluşturduğu DVD'lerde bölge kodu koruması bulunmamaktadır. İçeriğini oyunların oluşturduğu DVD'lerde bölge kodu bulunmakla birlikte söz konusu DVD'lerdeki bölge kodu koruması bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

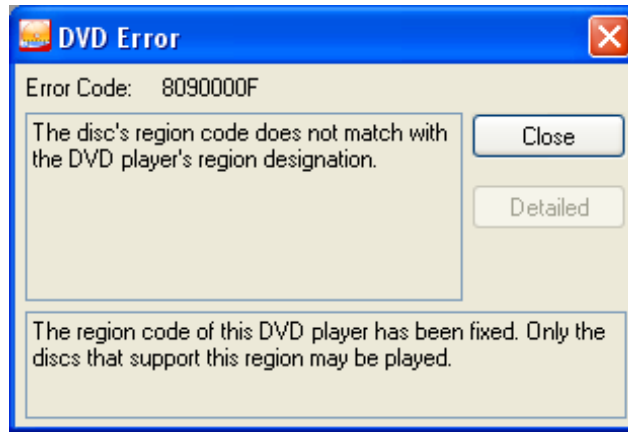
² DEMTSCHYNA, M. (2000), "Regional Code Enhancement and what it means for you when buying a DVD player", <<http://www.michaeldvd.com.au/Articles/RegionalCodeEnhancement/RCE.asp>>, Erişim Tarihi: 07.01.2010.

³ DVD bölge koduna ilişkin bilgi, görsel içeriğe sahip DVD'lerin içerisinde bulunan "VIDEO_TS.IFO" adlı dosyada saklandığı ifade edilmektedir. WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/DVD_region_code>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

DVD'ler bulunsa da, bunlara son derece ender rastlanılmaktadır. Yasal yollarla üretilmeyen DVD'ler veya yasal yollarla üretilen bir DVD'den yapılan sonraki kopyalar sonucu, söz konusu DVD'de bulunan bölge kodu kaldırılabilir. Bu yüzden bölge korumasız DVD'lerin büyük bir kısmı genellikle yasal yollarla üretilmemektedir.

Bölge kodu ile donatılan bir DVD, sadece bu bölge koduna sahip bir oynatıcı cihazda çalışmakta olup, kural olarak farklı bir bölge koduna sahip bir oynatıcı cihazda çalışmamaktadır. Dolayısıyla bölge kodu, hem görsel içeriğe sahip bir DVD'de, hem de DVD-ROM, DVD Player gibi bir oynatıcı cihazda bulunmaktadır. Oynatıcı cihaz ile DVD'nin bölge kodlarının eşleşmesi halinde, söz konusu cihazda o DVD'nin içeriğine erişilebilmektedir. Bölge kodlarının birbirini tutmaması halinde ise kullanıcı, Şekil 1'dekine benzer bir "bölge kodu hatası" (*wrong region*) ile karşılaşmaktadır.⁴

Şekil 1 - Bölge Kodu Hatası



Bölge kodu koruması uygulaması, kullanıcının inisiyatifine bırakılmamıştır. Bir başka deyişle kullanıcı, ilerleyen kısımlarda değinilecek olan uygulamalar bir kenara bırakılırsa, görsel içeriğe sahip bir DVD'ye

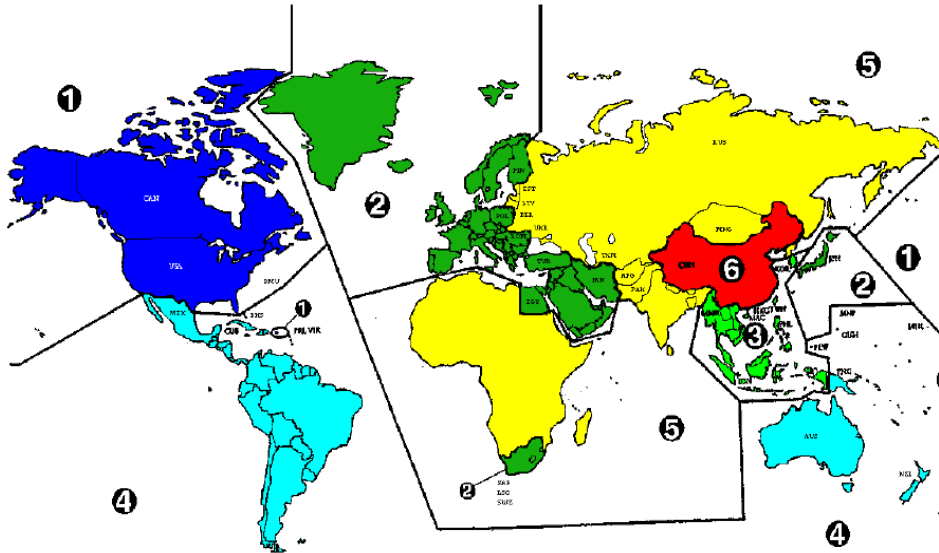
⁴ Bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazların bağlı bulunduğu bilgisayarların işletim sistemlerinde görülecek değişiklik veya yenilikler, tüketicinin kullandığı yazılımlar ve oynatıcı cihazının sistemi gibi her tüketicide bulunan donanım ve yazılımların farklı olabileceği hususu dikkate alındığında, yeknesak bir bölge kodu hatası uyarısının da olamayacağı gerçeği karşısında "benzer" ibaresinin kullanımı tercih edilmiştir. Ancak uyarı farklı da olsa veya hiçbir uyarı olmasa da sonuç değişmeyecektir. Aynı durum aşağıda "Geliştirilmiş Bölge Kodlama Sistemi" başlığı altında gösterilen Şekil 5 ve "Bölge Kodunu Kaldıran Yazılımlar ve Kodlar" başlığı altında gösterilen Şekil 6 için de geçerlidir.

yüklenen bölge kodunu devre dışı bırakmamakta veya başka bir bölge koduna çevirememekte ya da bölge korumasız hale getirememektedir.

1.3. Bölge Kodlarının Sınıflandırılması

Görsel içeriğe sahip her DVD, üretildikten sonra hangi bölgede çalışacağını belirleyen bir bölge kodu ile donatılmaktadır. DVD'lerin ait olduğu bölge, üretici tarafından belirlenmekte ve DVD'lerin üzerinde açıkça gösterilmektedir. DVD'lerde bulunan bölge kodlarının temelini oluşturan bölgeler birbirinden farklı olup, DVD bölge koruması açısından dünya aşağıdaki gibi 6 farklı bölgeye ayrılmıştır:

Şekil 2 - DVD Bölgeleri



Kaynak: <http://www.world-import.com/world_region_code_map.htm> Erişim Tarihi: 04.01.2010

Şekil 2'den görülebileceği üzere 1. bölgeyi Meksika hariç Kuzey Amerika Kıtası oluşturmaktadır olup, 1. bölgeye dahil ülkeler arasında ABD, Kanada ve Karayipler'de yer alan birkaç ülke bulunmaktadır.

2. bölgeyi (Letonya, Litvanya ve Estonya hariç) Avrupa Kıtası ve Ortadoğu ülkeleri ile münferiden Japonya ve Güney Afrika Cumhuriyeti oluşturmaktadır olup, 2. bölgeye dahil ülkeler arasında İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya, İspanya vb. Avrupa ülkeleri ile İran, Suudi Arabistan, Mısır vb. Ortadoğu ülkeleri ve Japonya ile Güney Afrika Cumhuriyeti bulunmaktadır. Türkiye de 2. bölgeye dahil ülkeler arasındadır.

3. bölgeyi Güneydoğu Asya ülkeleri oluşturmakta olup; Endonezya, Malezya, Tayland, Filipinler, Singapur, Vietnam, Hong Kong vb. 3. bölgeye dahil ülkeler arasında yer almaktadır.

4. bölge Orta ve Güney Amerika Kıtası ile Avustralya Kıtası'nı kapsamakta olup; Brezilya, Arjantin, Kolombiya, Şili, Panama, Meksika, Avustralya, Yeni Zelanda vb. 4. bölgeye dahil ülkeler arasındadır.

5. bölgeyi Asya Kıtası'nın büyük bir kısmı ve Afrika Kıtası oluşturmakta olup; Rusya, Hindistan, Türkmenistan, Fas, Cezayir, Senegal, Nijerya vb. 5. bölgeye dahildir. Rusya, Ukrayna, Letonya, Litvanya, Estonya, Azerbaycan, Türkmenistan gibi 5. bölgeye dahil edilen bazı ülkelerin aslında eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ni (SSCB) oluşturan ülkeler olduğu dikkati çekmektedir.

6. bölgede Çin yer almakta olup, bu bölge sadece bir ülke tarafından oluşturulmuş durumdadır. 6. bölgeye ek olarak 7. ve 8. bölgelerin de bulunduğu ifade edilmektedir. Ancak 7. bölgeye dahil hiçbir ülkenin olmaması sonucu bu bölgenin gelecek için ayrılması⁵ ve 8. bölgenin de hiçbir ülkenin sınırına girmeyen gemi, uçak gibi uluslararası platformlarda gösterimler için tasarlanması sonucu, pratik olarak 7. ve 8. bölge bir önem arz etmemekte, zaten piyasalarda da söz konusu bölgelere ait hiçbir görsel içeriğe sahip DVD bulunmamaktadır.

Bölge kodları, genellikle 1 cm eninde ve 0,5 cm boyundaki bir dünya haritası üzerinde ilgili bölge kodunun numarasının yer alması şeklinde gösterilmekte ve hem DVD'nin kendi üzerinde, hem de dış kutusunun arka tarafında kendine yer bulmaktadır. Şekil 3'de 6 farklı bölge kodunun numaraları görülmektedir:

Şekil 3 - DVD Bölge Kodları



⁵ Bugün itibariyle 7. bölgenin, henüz vizyona girmemiş filmlerin gala gösterimlerinin ya da özellikle Asya'da basına verilen ön gösterim versiyonlarını içeren DVD'lerde kullanıldığı iddia edilmektedir. WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/DVD_region_code>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

Belirtmek gerekir ki bölge belirlenmesinde coğrafi koşulların gerektirebileceği bir haklı neden bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, bir bölgeye dahil edilen ülkelerin o bölgeye dahil olmasının ya da o bölgeye dahil edilmeyen bir ülkenin o bölgeye dahil olmaması hususunda haklı bir coğrafi gerekçe bulunmamaktadır. Örneğin 2. bölgeyi genellikle Avrupa ülkeleri ile bazı Orta Doğu ülkeleri oluşturmaktadır, ancak söz konusu yerlerden çok uzakta olan Güney Afrika Cumhuriyeti ve Japonya da 2. bölgeye dahil edilmiştir. Benzer şekilde Avrupa Birliği (AB) üyesi olan ve Topluluk sınırları içerisinde bulunan Letonya, Litvanya, Estonya'nın, diğer üye devletler gibi 2. bölgeye dahil edilmesi yerine, 5. bölgeye dahil edilmesi de ülkelerin bölgelere dağıtılmasında hangi kriterlere göre karar verildiği sorusunu akıllara getirmektedir.

1.4. Oynatıcı Cihazlardaki Bölge Kodları

Görsel içeriğe sahip DVD'lerde olduğu kadar, söz konusu DVD'lerin içeriğine erişmeye yarayan oynatıcı cihazlar da bir bölge kodu ile üretilmektedirler. Başka bir başka, kural olarak oynatıcı cihazlar açısından da 6 farklı DVD bölgesi geçerlidir. Ancak DVD'lerin aksine, oynatıcı cihazlar açısından temel ikili bir ayrımın yapılması gerekmektedir: bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar ile televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar.

Bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar (*computer DVD optic drives*) ifadesi ile kişisel (*client*) ya da sunucu (*server*) bir bilgisayara bağlı olan ve bir işletim sistemi (*operating system*) aracılığıyla bilgisayar ortamında, görsel içeriğe sahip bir DVD'nin içeriğine erişim imkanı tanıyan cihazlar kastedilmektedir. DVD-ROM, DVD Multi Recorder, DVD Combo Writer, external DVD drives gibi cihazlar bu kategoriye girmektedir. Televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar (*standalone DVD players*) ifadesiyle ise bir televizyona bağlanan ve DVD içeriğinin söz konusu televizyonda gösterilmesine imkan tanıyan cihazlar anlaşılmalıdır. DVD Player, DVD Recorder, HD DVD Player, Blu-Ray Player, *Sony Playstation3*[®], *Microsoft Xbox 360*[®], *Nintendo Wii*[®] gibi cihazlar bu kategoriye girmektedir. Bu cihazlar, çalışmaları için herhangi bir bilgisayar gerektirmediklerinden, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar kategorisine girmemektedirler.

Böyle bir ikili ayrımın yapılmasının nedeni ise söz konusu iki temel kategoride olan cihazlarda, DVD bölge kodu korumasının farklılaşması ve hiçbir bölge kodu korumasının bulunmamasına göre birbirinden farklı sonuçların görülmesidir. Teknik özelliklerinin farklılaşması sonucu farklı kategorilerdeki oynatıcı cihazlardaki DVD bölge kodu korumasının uygulanış biçimi de değişmektedir. Örneğin bilgisayar ortamında olması sonucu bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlarda yer alan DVD bölgesi, bir yazılım (*software*)

vasıtasıyla değiştirilebilmekte veya bertaraf edilebilmekte iken, bu tür bir imkan televizyon tabanlı oynatıcı cihazlarda mümkün olmamaktadır.

Bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar, bir tür donanım (*hardware*) olarak bilgisayara bağlanmakta ve onun genel işleyişi altında çalışmaktadır. Ancak bu tür cihazların bağlı oldukları bilgisayarda yapılan değişikliklerden, DVD bölge kodları etkilenmemektedir. DVD bölge kodunun, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazların bağlı olduğu bilgisayarın kalıcı (*harddisk*) veya geçici hafızasında (*RAM*) değil de, bu tür oynatıcı cihazlarda bulunan çiplerde (*flash rom*) depolanması sonucu; cihazın bir bilgisayardan diğerine taşınması veya bağlı bulunan bilgisayarın ana kartında (*motherboard*) saklanan *BIOS*'unun (*basic input-output system*) değiştirilmesi ya da bağlı bulunan bilgisayarın hafızasının tamamen silinmesi (*format*) hallerinde bile bölge kodu bundan etkilenmemektedir. Benzer şekilde bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazların kendisinde meydana gelen değişiklikler de, örneğin bu tür bir cihaz için üreticinin piyasaya sürdüğu yasal bir “donanım gömülü yazılım”⁶ (*firmware*) kurulması, bölge kodunu etkilememektedir. Zira bu tür değişiklikler ile oynatıcı cihaza yapılan müdahaleler, cihaz için öngörülen üretim garantisini (*warranty*) hükümsüz kılabilir.⁷

Televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar ise genellikle daha basit bir işleyiše sahip olmakta ve bu cihazlarda, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazların aksine herhangi bir değişiklik yapılamamaktadır. Örneđin bu cihazlarda genellikle herhangi bir yazılım ya da donanım güncellemesi yapılamadığından, üretildikten sonra cihazların yapısı büyük ölçüde değiştirilememektedir. Ancak *Sony Playstation3*[®], *Microsoft Xbox 360*[®], *Nintendo Wii*[®] gibi yeni nesil oynatıcı cihazlarda bulunan “*Wi-Fi*” aparatları sonucu internet erişiminin mümkün hale gelmesi ile yazılım veya donanım güncellemeleri gündeme gelebilse de söz konusu cihazlardaki bölge kodları bundan etkilenmemektedir.

⁶ Türkiye Bilişim Derneği'nin (TBD) hazırladığı “TBD Bilişim Terimleri Karşılıklar Sözlüğü”ne göre “*firmware*” ibaresi, Türkçe'ye “bellenim” olarak da tercüme edilmektedir. Kaynak: TBD (2010), TBD Bilişim Terimleri Karşılıklar Sözlüğü, <<http://www.tbd.org.tr/>>, Erişim Tarihi: 20.01.2010. Bu ibare ile ifade edilmek istenen üretim aşamasında eklenen ve oynatıcı cihazın devresinde kayıtlı bulunan ilk yazılımdır.

⁷ LUH, J. C. (2001), “*Breaking Down DVD Borders*”, *Washington Post* 01.06.2001, <<http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A5310-2001May31?language=printer>> Erişim Tarihi: 08.01.2010.

Bölge kodunun bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazın çipinde saklanması sonucu, üretici tarafından onaylanmayan bir donanım gömülü yazılım vasıtasıyla bu bilgilerin kırıldığına (*hack*) ve böylece bölgesiz cihaz haline geldiğine rastlansa da, bu durum bilgisayar tabanlı oynatıcı cihaza donanımsal bir müdahale niteliği taşıdığından genellikle üretim garantisini de ortadan kaldırmaktadır.

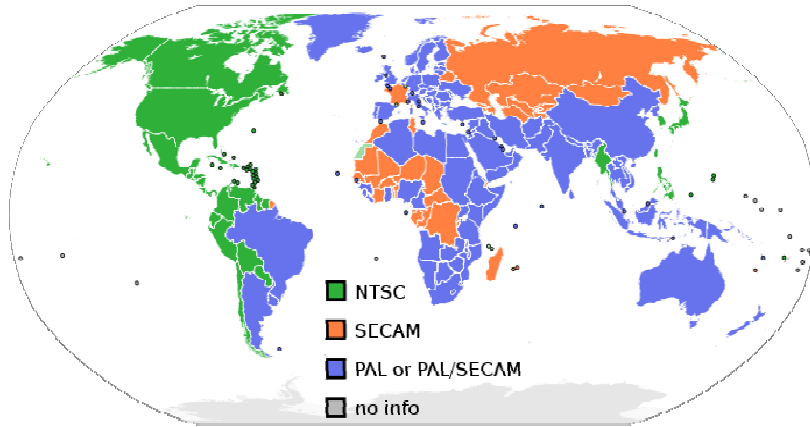
1.5. Bölge Kodu Bulunmayan Oynatıcı Cihazlar

Gerek bilgisayar tabanlı gerek televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar, kural olarak üretim aşamasında belli bir DVD bölge kodu ile donatılırlar ve aynı bölge kodunu taşıyan görsel içeriğe sahip bir DVD'nin içlerine takılması sonucu o DVD'nin içeriğine erişim imkanı tanılırlar. Ancak bu durumun istisnaları, bir başka deyişle herhangi bir bölge koduyla donatılmamış oynatıcı cihazlar da bulunmaktadır.

Herhangi bir bölge kodu içermeyen bir oynatıcı cihaz, içerisine takılan herhangi bir görsel içeriğe sahip DVD'nin içeriğine erişim imkanı sağlayabilmektedir. Bu tür oynatıcı cihazlara bölgesiz cihaz (*region free, region 0, chipped*) ya da çok bölgeli cihaz (*multi-region*) adı verilmektedir. Bölge kodu olmayan bir oynatıcı cihaz, içerisine takılan DVD'nin bölge kodu ne olursa olsun içeriğine erişme imkanı sağlamaktadır. Her ne kadar bölge kodu bulunmayan televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar, hangi bölge koduna sahip olursa olsun tüm görsel içeriğe sahip DVD'leri çalıştırabilse de, aşağıda değinileceği üzere, söz konusu oynatıcı cihazların yasal olarak üretimi mümkün değildir.

Ancak bu durum bölge koduna sahip olmayan bir oynatıcı cihazın, bölge koduna sahip bir DVD'nin içeriğine her halükarda erişim imkanı tanyacağı anlamına gelmemektedir. Niteliği itibarıyla yapay bir uygulama olan bölge kodundan bağımsız olarak, dünya çapında getirilen farklı standartlar gereği teknik özelliklerin birbirinden farklılaşması sonucu, özellikle televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar açısından sorunlar yaşanmaktadır.

Şekil 4 - Dünya Çapındaki Temel Televizyon Standartları



Kaynak: WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia,
<<http://en.wikipedia.org/wiki/NTSC>>, Erişim Tarihi: 13.01.2010

Şekil 4'ten görüleceği üzere, dünya çapında televizyon standartları açısından yeknesak olmayan bir durum görölmektedir. NTSC (*National Television Standards Commitee*), PAL (*Phase Alternating Line*) ve SECAM (*Séquentiel couleur à mémoire*, "Sequential Color with Memory") olmak üzere üç temel televizyon standardı bulunmaktadır. Bu standartlar farklı renk kodlama sistemlerine işaret etmektedirler. Örneğin NTSC sistemlerinin ortak özelliği 525 yatay hat (*vertical lines*) ve 60Hz yenileme oranı (*refresh rate*) olması; PAL'ın ortak özelliği 625 yatay hat, 50Hz yenileme oranı olmasıdır.⁸ Şekil 4'ten çıkan diğer bir sonuç ise DVD bölgelerinin, televizyon standartlarına göre belirlenmemiş olmasıdır.

Görsel içeriğe sahip DVD'ler bölge koduna ek olarak, renk kodlama sistemine de uygun olarak üretilmektedir. Böylece televizyon tabanlı oynatıcı cihazlarda bulunan renk kodlama teknik standardı sonucu, bölge koduna sahip olmayan bir oynatıcı cihaz dahi farklı bir renk kodlama sistemiyle üretilmiş DVD'nin içeriğini görüntüleyemeyebilmektedir.⁹ Örneğin bölge kodu 2 olan bir DVD'nin, genellikle 2. bölgeye uygun renk kodlama sistemi olan PAL uyumlu televizyon tabanlı oynatıcı cihazlarda çalışılabilir şekilde üretilmesi sonucu, herhangi bir bölge koduyla donatılmayan ancak NTSC renk kodlama sistemine dahil bir oynatıcı cihaz söz konusu DVD'yi çalıştırır da görsel renk kaybı (siyah beyaz görüntüleme) ya da farklılaşması yaşanabilmektedir.¹⁰

Bölge kodu bulunmayan bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazların durumu ise televizyon tabanlı oynatıcı cihazlardan farklı olup, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazın 2000 yılından önce veya sonra üretilmesine göre bölge kodu bulunup bulunmaması farklılık gösterecektir. 2000 yılından önce üretilen bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar *Regional Playback Control Phase I (RPC I)* adlı sisteme göre üretilmiş olup; bu sistemde oynatıcı cihazlarda herhangi bir bölge kodu koruması yer almamakta, böylece kullanıcılar hangi bölge koduna sahip

⁸ WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <<http://en.wikipedia.org/wiki/NTSC>>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

⁹ Ancak bölge kodu aynı olan oynatıcı cihazlarda dahi renk kodlama sisteminin farklı olabilmesi sonucu, görsel içeriğe sahip DVD'lerin çalıştırılmasında sorunlar yaşanabilmektedir. Örneğin İngiltere ve Japonya pazarı için üretilen oynatıcı cihazların her ikisinin de bölge kodu 2 olsa da, İngiltere'nin PAL, Japonya'nın ise NTSC sistemine adapte olmuş olması sonucu, 2. bölgede çalışmak üzere üretilmiş bir DVD dahi olsa içeriğine erişimde renk koduna dair sıkıntıların yaşanması teknik olarak mümkündür.

¹⁰ Teknik özelliklerinin farklılaşması sonucu, PAL uyumlu televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar NTSC uyumlu DVD'leri de genellikle çalıştırabilirken, NTSC uyumlu birçok televizyon tabanlı oynatıcı cihaz PAL uyumlu DVD'leri çalıştıramamaktadır. Bölge kodu uygulamasının yol açtığı kısıtlamaların hesaba katılmadığı varsayılırsa, NTSC uyumlu DVD'ler dünya genelinde %95 oranında çalışabilme oranına sahip iken, PAL uyumlu DVD'lerin çalışma oranı çok daha düşük olmaktadır. WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/DVD_region_code>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

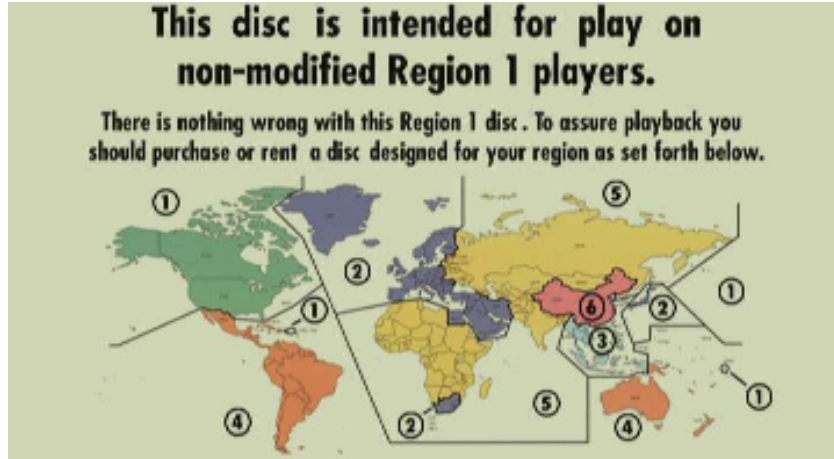
olursa olsun görsel içeriğe sahip tüm DVD'leri, *RPC I* e uygun olarak üretilmiş oynatıcı cihazlarında çalıştırılmekteydi. Ancak, aşağıda değinileceği üzere, bu sistem 01.01.2000 tarihinden itibaren sona ermiş ve yerini *Regional Playback Control Phase II (RPC II)*'ye bırakmış olduğundan, bu tarihten itibaren üretilen tüm bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar bir bölge kodu ile donatılmak zorundadır.¹¹

1.6. “Geliştirilmiş Bölge Kodlama” Sistemi

Bölge kodu koruması bulunmayan oynatıcı cihazların, hangi bölge koduna sahip olursa olsun tüm görsel içeriğe sahip DVD'leri çalıştırması karşısında, söz konusu DVD'lerin çalıştırılmasını önlemek ve bölge kodu koruma uygulamasının etkisini artırmak üzere “geliştirilmiş bölge kodlama” adlı bir sistem (*region code enhanced, regional coding enhancement, RCE*) geliştirilmiştir.

Geliştirilmiş bölge kodlama sistemi ile donatılan görsel içeriğe sahip bir DVD, sadece kendi bölge koduna uygun bir cihazda çalışmakta olup, bölgesiz oynatıcı cihazlarda genellikle çalışmamaktadır. Bu durumda, bölgesiz oynatıcı cihazların kullanıcıya tanıdığı DVD'yi çalıştırma imkanı da ortadan kalkmakta olup, olağan durumdaki gibi bölge kodlarının eşleşmesi halinde görsel içeriğe sahip bir DVD, bir oynatıcı cihazda çalıştırılmaktadır. Şekil 5'te RCE sistemiyle donatılmış bir DVD'nin, bölgesiz bir oynatıcı cihazda çalıştırılmak istenmesi halinde kullanıcıya verdiği uyarı görülmektedir:

Şekil 5 - Geliştirilmiş Bölge Kodlama Sistemi Uyarısı



Kaynak: <<http://www.dvdtalk.com/rce.html>>, Erişim Tarihi: 07.01.2010

¹¹ WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Regional_Playback_Control>, Erişim Tarihi: 13.01.2010; AFTERDAWN (2010), Glossary of Technology Terms & Acronyms, <<http://www.afterdawn.com/glossary/>>, Erişim Tarihi: 17.08.2010.

2000 yılından itibaren, görsel içeriğe sahip DVD üreticileri arasında bulunan *Hollywood* menşeli film şirketlerinden *Warner Bros* ve *Columbia Pictures*, ürettikleri DVD'lere (genellikle bölge kodu 1 olanlara) RCE sistemini eklemektedirler.¹² Böylece 1. bölgeye dahil olan Kuzey Amerika pazarındaki ülkelerde çalışmak üzere tasarlanan bu DVD'ler, 2. bölgeyi oluşturan Avrupa pazarında çalıştırılmamaktadır. RCE sisteminin, bölgesiz oynatıcı cihazların sunduğu seçme özgürlüğünü de ortadan kaldırması sonucu, 1. bölge DVD'lerinin ekonomik değeri, 2. bölgeye dahil ülkelerde daha düşük olacaktır.

Bu durumun yarattığı diğer bir sonuç ise 1. bölgeye dahil bir ülke menşeli bir DVD üreticisinin, 2. bölge DVD'leri 2. bölgeye dahil ülkelerin oluşturduğu pazara ihraç etmesi halinde, bu DVD'lerin tekrar 1. bölgeye paralel ithalatının ekonomik ve pratik bir önemi kalmayacak, zira 2. bölge DVD'lerinin 1. bölgeye sahip oynatıcı cihazlarda çalıştırılmasının kural olarak mümkün olmaması sonucu, paralel ithalat imkanı *de facto* ortadan kalkacaktır.

RCE sisteminin pek başarılı olmadığı ve 2007 itibarıyla, görsel içeriğe sahip bir DVD'nin bölge kodunu kendiliğinden veya kullanıcısı vasıtasıyla teşhis ederek, birçok bölgesiz oynatıcı cihazın RCE'nin getirdiği kısıtlamaları bertaraf ettiği ifade edilmektedir.¹³ Bu tür oynatıcı cihazlarda, çalıştırılmak istenen DVD'nin gerçek bölge kodunun kullanıcı tarafından girilmesi halinde, söz konusu DVD'nin içeriğine erişilebilmektedir. Buna rağmen RCE sistemi hala varlığını sürdürmekte ve bazı oynatıcı cihazlarda etkisini göstermekte olup, aynı zamanda teknolojiyle birlikte zaman içerisinde etkisini artırabileceği de ihtimal dahilinde olmaktadır.

1.7. Bölge Kodunu Kaldıran Yazılımlar ve Kodlar

Kural olarak herhangi bir bölge koduyla donatılmış cihazlarda, bu bölge kodunu ortadan kaldıracak bir imkan bulunmamaktadır. Ancak belli bir bölge koduyla donatılmış, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar için bölge kodunu kaldırarak, tıpkı bölgesiz cihaz gibi çalışma imkanı veren ve böylece hangi bölge koduna sahip olursa olsun tüm görsel içerikli DVD'in içeriğine erişim tanıyan yazılımlar (*DVD region killers*, *DVD region removers*); televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar için ise birtakım kodlar (*codes*) bulunmaktadır.

Bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar için öngörülen yazılımın yüklenmesiyle birlikte oynatıcı cihaz, geçici olarak bölgesiz hale gelmekte ve

¹² Kaynak: <http://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=502554> , Erişim Tarihi: 06.01.2010.

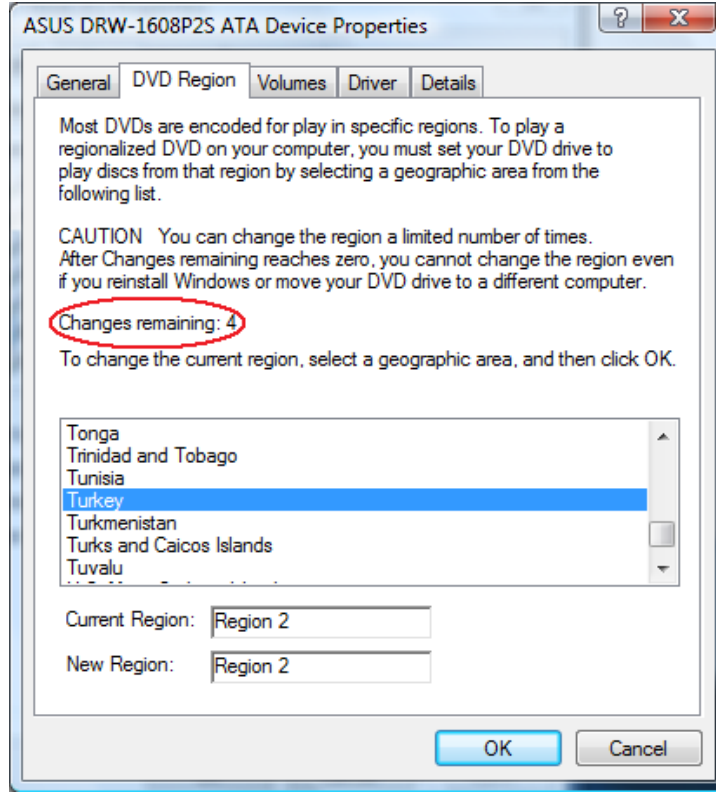
¹³ WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/DVD_region_code> Erişim Tarihi: 13.01.2010. Benzer bir görüş için bkz. <<http://www.dvdtalk.com/rce.html>>, Erişim Tarihi: 07.01.2010.

donatıldığı bölge kodundan farklı bir bölge koduna sahip bir DVD'yi çalıştırabilmektedir. Böylece oynatıcı cihaz, yazılım açık bırakıldığı sürece tıpkı bir bölgesiz oynatıcı cihaz olarak çalışabilmekte, yazılımın sonlandırılmasıyla birlikte eski haline dönmekte ve yine kendi bölge koduna sahip DVD'leri çalıştırmaktadır. Bölge kodunu kaldıran yazılımların başka bir faydası da, "bölge kodu seçim hakkı" tükenmiş bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar için yine geçici bir süre için tekrar bölge seçim hakkı tanınmasıdır.

Farklı bölgelere dahil ülkelerin pazarlarında satılmak üzere farklı bölge koduna sahip bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazların üretilmesinin maliyetli olması ve pratik olmaması sonucu, görsel içeriğe sahip DVD'leri üreten şirketler ile oynatıcı cihaz üreten şirketler bu yoldan vazgeçerek, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazın bölge kodunun ilk kullanımla birlikte belirlenmesi ve en çok kullanılacağı bölgeyi kullanıcının tercih etmesi için sınırlı sayıda bir bölge kodu seçim hakkı kavramı geliştirmişlerdir. "*Regional Playback Control Phase II (RPC II)*" olarak adlandırılan bu sistemin geliştirilmesiyle birlikte, kullanıcılar için "bölge kodu seçim hakkı" öngörülmüştür.

Bölge kodu seçim hakkı, yalnızca bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlarda bulunan ve kullanıcıya farklı bölge kodlarına sahip DVD'leri çalıştırma imkanı tanıyan, ancak kullanımı belli bir sayı ile sınırlandırılmış haktır. Bu hak genellikle beş kez kullanılabilen olup, beşten fazla kullanımı teknik olarak mümkün olmamaktadır. Kullanıcı, kendisine sınırlı sayıda tanınmış bu hakkını kullanmasıyla birlikte, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazında farklı bölge koduna sahip DVD'leri çalıştırabilmektedir. Ancak sınırlı sayıdaki seçim hakkının sona ermesiyle birlikte, söz konusu cihaz en son seçim hakkının kullanıldığı bölge koduna sabitlenmekte ve artık bu bölge kodundan başka bir bölge koduna sahip DVD'leri çalıştırmamaktadır.

Şekil 6 - Sınırlı Sayıdaki Bölge Kodu Seçim Hakkı



Şekil 6'da birçok DVD'nin sadece belli bir bölgede çalışmak üzere bölge koduyla donatıldığı, söz konusu DVD'nin bilgisayar tabanlı bir oynatıcı cihazda çalışması için ilgili cihazın da bölge kodunun DVD'nin bölge kodu ile aynı olduğu belirtildikten sonra bölge kodu seçim hakkından bahsedilmiştir. Buna göre bölge kodunun sınırlı sayıda seçileceği kaydedilmiş ve bu sınırlı sayı tüketildikten sonra, işletim sisteminin yeniden yüklenmesi veya bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazın başka bir bilgisayara taşınması halinde dahi bölge seçim imkanı kalmayacağı açıkça vurgulanmıştır.

Şekil 6'daki taranmış alan ise bölge seçim hakkının kaldığı adeti göstermektedir. Türkiye'nin dahil olduğu 2. bölgeden başka bir bölgede bulunan bir ülkenin seçimi halinde, bu taralı alandaki sayı üçe düşecek ve yeni bölge, seçilen ülkenin dahil olduğu bölge kodu olacaktır. Daha sonra başka bir ülkenin seçilmesiyle birlikte sayı tekrar düşecek ve bu şekilde sifıra ulaşana kadar, kullanıcıya seçme imkanı verecektir. Kalan sayı sıfır olduğunda ise hali

hazırdaki bölge bir daha değiştirilemeyecek ve sadece son bölge koduna uygun DVD'ler çalıştırılabilecektir.

Bu durumda kullanıcı artık tutsak (*locked-in*) hale gelecek ve farklı bir bölgeyi seçmek için oynatıcı cihazını değiştirmek zorunda kalarak geçiş maliyetlerine (*switching costs*) katlanmak durumunda olacaktır. Örneğin tüm DVD'leri 2. bölgeye dahil olan bir kullanıcı, eğer son kalan bölge seçim hakkında 1. bölgeye dahil bir DVD'yi çalıştırmış ise bundan sonra sadece 1. bölgeye dahil DVD'leri çalıştırabilecek ve 2. bölgeye dahil DVD'lerini o oynatıcı cihazda bir daha çalıştıramayacaktır. Yaratılan bu olumsuz şebeke dışsallığı etkisiyle¹⁴ (*negative network effects*) birlikte 2. bölgeye dahil DVD'leri satan teşebbüsler, 1. bölgeye dahil DVD'leri satan teşebbüslere göre rekabette dezavantajlı bir duruma düşebilecek; böylece DVD bölge kodu uygulaması, bir kalıcı piyasa aksaklığına dönüşebilecektir.

Bölge kodu seçim hakkının bitmesiyle birlikte oluşan durumun giderilmesi kural olarak mümkün olmamakla birlikte, bunun tek istisnası bölge kodunu kaldıran yazılımların kullanılmasıdır. Burada değinilmesi gereken bir husus da, bölge kodunu kaldıran programların tamamen yasal olması ve piyasada serbestçe satılmasıdır.¹⁵ Bu yazılımlar aracılığıyla bölge kodu sınırlaması dikkate alınmadan kullanıcılar, bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlarında, hangi bölge koduna sahip olursa olsun, görsel içeriğe sahip DVD'leri çalıştırabilmekte, bölge kodu korumasının yol açtığı olumsuz şebeke

¹⁴ Olumlu şebeke (dışsallığı) etkisinde piyasa aktörleri diğerleri üzerinde bir fayda yaratıp, bunun karşılığını alamazken; olumsuz şebeke (dışsallığı) etkisinde piyasa aktörleri diğerleri üzerinde zarara yol açarlar, ancak bunu maliyetlerine katmazlar (içselleştirmezler). ÖZKAN, A.F. ve AYGÜN, E. (2010), "Rekabet Kurulu'nun Anten AŞ. Kararı ve Regülasyon Perspektifinden Türkiye'de Karasal Dijital Televizyon Yayıncılığı", *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, No: 6 (22), s.428. Bölge kodunun bir şebekeye benzetilmesi mümkündür, zira bölge kodu seçim hakkının tükenmesiyle birlikte tutsak hale gelen tüketici, adeta farklı bir şebekeye geçmesine farklı bölge koduna sahip bir bilgisayar tabanlı oynatıcı cihaza yönelme eğilimi gösterebilmektedir. Farklı bir şebekeye geçmek yerine, mevcut şebekenin olumsuz etkilerini en aza indirmek için bölge kodunu kaldıran yazılımlara yönelmesi halinde ise, yine şebeke dışsallıklarıyla bağlantılı bir kavram olan "geçiş maliyetleri"ne katlanmak durumunda kalabilmektedir. Şebekeler arasında arabağlantının (*interoperability*) sağlanması halinde tüketicilerin elde edeceği faydanın da artacağı gerçeği göz önüne alınırsa (SPULBER, D. F. (2008), "Unlocking Technology: Antitrust and Innovation", *Journal of Competition Law and Economics*, No:4(4), s.947), farklı bölge kodları arasında geçiş yapılabilmesi halinde tüketicilerin faydalarında açık bir artış görülecektir.

¹⁵ Söz konusu yazılımlar üretici teşebbüsler tarafından genellikle belli bir ücret karşılığında tüketicilere sağlanmakta olup, bu tür yazılımların fiyatları - çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla-piyasada ortalama 30-50 ABD Doları arasında değişmektedir. Ücretli versiyonlarına ek olarak, aynı programlarının temel (*lite*) versiyonları da kimi zaman tüketicilere ücretsiz (*freeware*) olarak sağlanmaktadır.

dışsallığı etkisi giderilebilmekte ve geçiş maliyetleri büyük ölçüde azaltılabilmektedir.

Televizyon tabanlı oynatıcı cihazlarda bulunan bölge kodlarının, söz konusu cihazların uzaktan kumandasında yer alan tuşlar kullanılarak önceden belirlenmiş bazı kodların girilmesi vasıtasıyla ortadan kaldırıldığına rastlanmaktadır. Böyle bir kod, üretici tarafından üretim aşamasında televizyon tabanlı oynatıcı cihaza yüklenen (*factory-set*) bölge kodunu, başka bir bölge koduna çevirmekte veya cihazı bölgesiz hale getirmektedir.¹⁶ Bu şekilde televizyon tabanlı oynatıcı cihaza yapılan müdahalelerin, cihaz için öngörülen üretim garantisini hükümsüz kılıp kılmadığı ve yasal olup olmadığı tartışılabilir olsa da bazı teşebbüsler tarafından bu kodların veritabanı haline getirilerek tüketicilere bazen ücretsiz, çoğu zaman da belli bir ücret karşılığında sağlandığı görülmektedir.¹⁷

Burada son olarak değinilmesi gereken bir husus da, görsel içeriğe sahip DVD'lerin bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlarda çalıştırılabilmesi için kullanılan medya oynatıcı yazılımların (*media player softwares*), söz konusu cihazın bölge kodu üzerindeki etkileridir. Piyasada bulunan bazı yazılımlar, oynatıcı cihazın bölge kodunun yarattığı kısıtlamalardan etkilenmeyerek, bölge kodu seçim hakkı bitmiş bir oynatıcı cihazı dahi farklı bölge koduna sahip DVD'leri çalıştırır hale getirebilmektedir.¹⁸ Böylece tüketicinin kullandığı yazılıma göre de bölge kodu korumasının etkisi değişmekte olup, benzer bir yazılımın kullanılması halinde bölge kodu korumasının hiçbir anlamı kalmayacaktır.¹⁹

¹⁶ WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/DVD_region_code> Erişim Tarihi: 13.01.2010.

¹⁷ Kaynak: <<http://www.dvdxploder.com/multihacks.htm>>, Erişim Tarihi: 17.08.2010. Aynı kaynaktan söz konusu kodlar -çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla- ortalama 15-20 ABD Doları karşılığında tüketicilere sunulmakta ve bu tür uygulamaların televizyon tabanlı oynatıcı cihazın garantisini hükümsüz kılmadığı iddia edilmektedir. Benzer bir kaynak için bkz.

<<http://www.videohelp.com/dvdhacks>>, Erişim Tarihi: 18.08.2010.

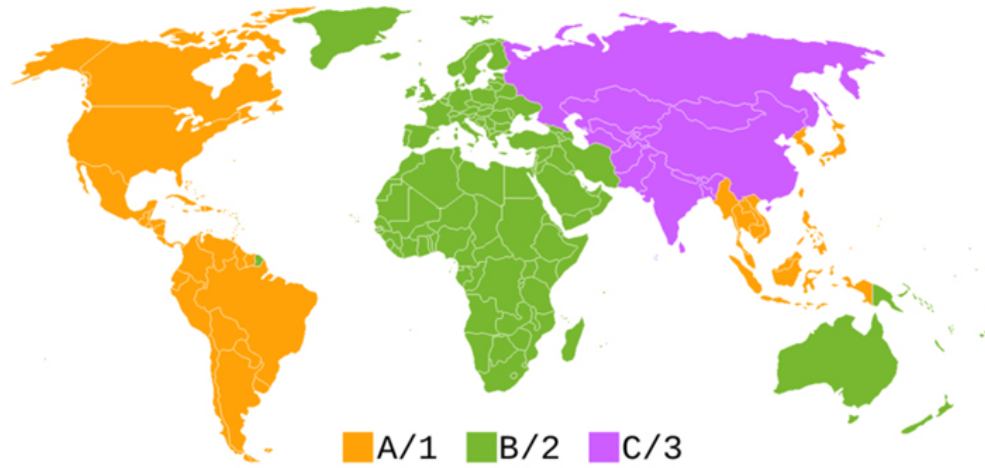
¹⁸ WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/DVD_region_code> Erişim Tarihi: 13.01.2010.

¹⁹ Başka bir kaynaktan ise bu tür medya oynatıcı yazılımların sadece *RPC I* sistemiyle üretilen bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlarda çalıştığı, bölge kodu seçim hakkının getirildiği *RPC II* sistemlerinde çalışmadığı iddia edilmektedir. WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/VLC_media_player>, Erişim Tarihi: 13.01.2010. Farklı kaynaklarda yer alan birbirine zıt bilgiler sonucu, bu durum yazar tarafından incelenmiş ve bölge kodundan etkilenmeden DVD'leri çalıştırdığı iddia edilen bir yazılım bizzat test edilmiştir. Bölge kodu seçim hakkı sona ererek 1. Bölgeye sabitlenen bir *RPC II* donanımlı bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazda, 2. bölge koduna sahip bir görsel içeriğe sahip DVD çalıştırılmak istenmiş ve iddia edildiği gibi, söz konusu yazılımın hiçbir bölge kodu kısıtlamasına uğramadan DVD'yi başarılı bir şekilde çalıştırdığı gözlemlenmiştir. Yine aynı koşullar altında, farklı iki medya oynatıcı yazılım denenmiş, ancak bu yazımlarda bölge kodu hatasıyla karşılaşılmasıdır. Dolayısıyla medya oynatıcı

1.8. DVD Dışında Diğer Medya Formatlarındaki Bölge Kodları

Bölge kodu koruması münhasıran DVD medya formatı için öngörülmemiş olsa da, DVD'lerin yüksek bir pazar payına sahip olması sonucu; oynatıcı cihazlar, bölge kodunu kaldıran yazılımlar, donanım gömülü yazılımlar, kodlar vb. tamamlayıcı ürünler (*supplementary goods*) genellikle DVD formatı için tasarlanmıştır. Ancak DVD dışındaki diğer bazı görsel içeriğe sahip medya formatları için de bölge kodu koruması öngörülmüş olup, bu bağlamda Blu-Ray medya formatı için de bölge kodu koruması geliştirilmiş ve uygulanmaktadır. Ancak Blu-Ray'ler için öngörülen bölge kodu koruması, DVD'lerin aksine altı bölge yerine sadece üç farklı bölgeyi öngörmektedir. Şekil 7 Blu-Ray bölgelerini göstermektedir:

Şekil 7 - Blu-Ray Bölgeleri



Kaynak: <http://www.world-import.com/world_region_code_map.htm>, Erişim Tarihi: 04.01.2010

Şekil 7'den görüleceği üzere, 1. bölgeyi (bazı Blu-Ray disklerde A bölgesi olarak da adlandırılmaktadır) tüm Amerika Kıtası ve Japonya, Güney Kore ile birlikte Güneydoğu Asya ülkeleri oluşturmaktadır, 2. bölgeyi (bazı Blu-Ray disklerde B bölgesi olarak da adlandırılmaktadır) Türkiye dahil Avrupa ve Afrika ile Avustralya Kıtaları oluşturmaktadır ve 3. bölgeyi de (bazı Blu-Ray disklerde C bölgesi olarak da adlandırılmaktadır) Güneydoğu Asya ülkeleri hariç Asya Kıtası oluşturmaktadır.

Blu-Ray bölge kodları; DVD'lerin aksine bölge kodu kullanmanın Blu-Ray içerik sağlayıcılar (*content provider*) (örneğin film şirketleri) açısından

yazılımların da bölge kodu koruması üzerinde açık bir etkisi olduğu ve farklı medya oynatıcı yazılımlar kullanan tüketicilerin farklı sonuçlarla karşılaşacağı ortaya çıkmıştır.

kesin olarak zorunlu olmaması,²⁰ bölge kodu ile donatılan görsel içeriğe sahip Blu-Ray'lerin belli bir süre sonra (örneğin 1 yıl) bölge kodu kaldırılarak piyasaya sürülmek zorunda olması,²¹ halihazırda piyasada bulunan Blu-Ray'lerin %70'inde bölge kodu korumasının bulunmaması²² vb. sonucu DVD bölge kodu korumasına göre apayrı bir uygulama alanı ve hukuki sonuçlara sahip olup, detaylı bir incelemesi çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

Geçmişte kalan Betamax ve VHS ile bugün için piyasalarda bulunan diğer medya formatlarından olan VCD (*Video Compact Disc*) ve HD DVD (*High Definition Digital Versatile Disc*) için ise herhangi bir bölge kodu koruması geliştirilmemiştir.²³ Ancak gerek VCD'lerin pazar payının gün geçtikçe azalması (hatta birçok AB ülkesinde piyasadaki tamamen kalkması) gerek HD DVD'lerin, Blu-Ray diskler ile olan 'format savaşını' (*format war*) kaybetmiş olması sonucu,²⁴ bölge kodu koruma sistemi geliştirilmiş DVD ve Blu-Ray'lerin pazar payı artmaktadır.

²⁰ Kaynak: <<http://www.blu-raydisc.com/en/Technical/FAQs/Blu-rayDiscforVideo.html>>, Erişim Tarihi: 14.07.2010. Blu-Ray format ve logosunu üreten, geliştiren ve bu logo ve formatın tek sahibi olan *Blu-Ray Disc Association*'ın (BDA) resmi internet sitesinde bu durum "*The usage of region coding on a Blu-ray Disc movie title is a publisher's option*" (Sinema filmi içeren Blu-Ray'lerde bölge kodu koruması kullanılmasının tercihi yayıncıya [içerik sağlayıcıya] aittir.) şeklinde ifade edilmiştir. Böylece görsel içeriğe sahip Blu-Ray'lerin içerik sağlayıcı tarafından bölge koduyla donatılmasının tamamen isteğe bağlı olduğu, zorunlu olmadığı görülmektedir. Benzer durumun DVD içerik sağlayıcıları için de geçerli olduğu hususunda net bir bilgi bulunmaktadır.

²¹ Kaynak: <<http://www.blu-raydisc.info/license-app/cpa-app.php>>, Erişim Tarihi: 14.07.2010. BDA'nın resmi internet sitesinde bu durum "*Region coded media shall not be further replicated for such countries after the expiration of such period (12 months after such media was replicated for the first time)*." (Bölge koduyla donatılan Blu-Ray diskleri, bazı ülkelerde ilk kez piyasaya sürülmesinden itibaren belli bir süre geçtikten sonra [piyasaya ilk kez sürülmesinden itibaren 12 ay geçtikten sonra] aynı piyasaya tekrar bölge kodu ile sürülemez.) şeklinde ifade edilmiş ve içerik sağlama anlaşması ile içerik sağlayıcı için bir edim yükümlülüğü haline getirilmiştir. Benzer bir uygulamaya DVD'lerde bugüne kadar hiç rastlanılmamıştır.

²² WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Blu-ray_Disc>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

²³ Kaynak: <http://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=502554>, Erişim Tarihi: 06.01.2010.

²⁴ *Sony, Hewlett Packard, Philips, Samsung* gibi oynatıcı cihaz üreticileri ve *Warner Bros, Walt Disney, Twentieth Century Fox, Sony Pictures* gibi görsel içeriğe sahip DVD üreticilerinin, HD DVD ile Blu-Ray disk rekabetinde Blu-Ray formatını desteklemesi ve HD DVD'nin en güçlü savunucusu olan oynatıcı cihaz üreticisi *Toshiba* ile *Apple*'in da tercihini Blu-Ray disklere kaydırması ile birlikte bu iki medya formatının rekabetinde resmen Blu-Ray diskleri galip gelmiştir. SANCAK, M. (2008), "Blu-ray, çarpışmayı kazandı ama asıl savaşı kaybedecek", Sabah 24.02.2008. HD DVD formatının Blu-Ray ile olan rekabeti hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. CHRIST, J. P. ve SLOWAK A. P. (2009), "Why Blu-Ray vs. HD-DVD is not VHS vs. Betamax: The Co-Evolution of Standard-Setting Consortia", FZID Discussion Papers,

2. DVD BÖLGE KODU KORUMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ

2.1. DVD Bölge Kodu Korumasının Doğuşu

Görsel içeriğe sahip DVD'ler için bir tür bölge kodu koruması getirilmesi kararı, bu format henüz gelişim aşamasındayken *DVD Forum* tarafından alınmıştır.²⁵ *DVD Forum*; ilk olarak 1995 yılında “*DVD Consortium*” adı altında Tokyo’da kurulan, ancak Ağustos 1997 tarihinde “*DVD Forum*” olarak ismini değiştiren, DVD medya formatının geliştirilerek standartlaştırılması ve dünya çapında yaygınlaştırılması amacını taşıyan ve üyeleri arasında gerek oynatıcı cihaz üreticileri, gerek görsel içeriğe sahip DVD üreticisi film şirketlerinin bulunduğu bir uluslararası dernektir.²⁶ Dernek Tüzüğü’nün (*Charter*) 13. maddesinde derneğin, yürürlükteki tüm hukuk kuralları, özellikle rekabet hukuku kuralları ile uyum içerisinde faaliyet göstereceği vurgulanmıştır.

DVD formatını ve logosunu ürettikleri oynatıcı cihazda kullanabilmek için üreticiler, bu formatın ve logonun münhasır sahibi olan ve 2000 yılında, *DVD Forum*’un ilk kurucuları tarafından müştereken kurulan DVD Format/Logo Lisanslama Şirketi ile (*DVD Format/Logo Licensing Corporation, LLC*) lisans sözleşmesi imzalamak zorundadırlar. Bir ticaret markası olan DVD logosunun tescilli sahibi bu şirketle, oynatıcı cihaz üreticileri lisans sözleşmesi imzalayarak DVD formatına uygun ve üzerinde DVD logosunun bulunduğu oynatıcı cihazlar üretebilmekte, bu şekilde üretilmeyen cihazlar ise yasal olarak DVD format ve logosunu taşımamaktadır. Lisans sözleşmesi bulunmadan söz konusu format ve logonun oynatıcı cihazda bulunması marka hakkına tecavüz olup hukuki ve cezai sorumluluğa sebep olabilir.

Bu noktada oynatıcı cihaz üreticilerinin, DVD formatını ve logosunu üretecekleri oynatıcı cihazlarda kullanabilmek için imzaladığı lisans sözleşmeleriyle bir bölge kodunu, üretecekleri cihazlara ekleyerek bölgesiz cihaz üretmeyeceklerini ve oynatıcı cihazlarını birden fazla bölge koduyla da donatmayacaklarını taahhüt ettikleri ve bu nedenle bölge kodu bulunmayan

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626224>, Erişim Tarihi: 02.02.2011, s.9-24

²⁵ FITZSIMMONS, C. (2001), “Restricting DVD's illegal: ACCC”, *The Australian* 27.03.2001, <<http://www.consensus.com.au/ITWritersAwards/ITWarchive/ITWentries02/C1CaitlinFitzsimmons.htm>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010. Bu kaynakta, ilgili kararın ne zaman alındığı belirtilmemiştir. DVD Forum’un resmi internet sitesinde, anahtar kelime aratılması ve eski dernek toplantı tutanaklarının incelenmesi sonucunda da bu kararın metnine ulaşılamamıştır.

²⁶ Daha fazla bilgi için bkz. <<http://www.dvdforum.org/about-mission.htm>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010. DVD Forum’un üyesi *Hollywood* menşeli film şirketleri ve oynatıcı cihaz üreticilerinin listesi için bkz. <<http://www.dvdforum.org/about-memberlist.htm>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010.

cihazlar üretmedikleri iddia edilmektedir.²⁷ Ancak *FLLC*'nin resmi internet sitesinde bir taslağı bulunan lisans sözleşmesinin hükümleri incelendiğinde, bölge kodu korumasının oynatıcı cihazlara eklenmesiyle ilgili hiçbir maddenin bulunmadığı görülmektedir.²⁸

Bölge kodu koruması, açıkça lisans sözleşmesi taslağında zikredilmemiş, onun yerine lisans sözleşmesinin eklerinden biri olan Ek A-1'de “*DVD Format Book*” başlığı altında değerlendirilmiştir. Bir nevi şartname olan *DVD Format Book* metninde, yasal olarak bir oynatıcı cihazda DVD format ve logosunu kullanabilmek için yerine getirilmesi gereken teknik özellikler (*specifications*) belirtilmiştir. Buna göre yasal olarak DVD format ve logosunu taşıyan ve görsel içeriğe sahip bir DVD'yi çalıştırabilecek bir bilgisayar veya televizyon tabanlı oynatıcı cihazın üretilebilmesi için gereken teknik özelliklerinden bir tanesi de, Haziran 1997'de getirilen “cihaz için bir bölge kodunun tanınması”na (*to clarify a Player Region code*) ilişkin “*OV-12*” kodlu teknik özelliktir.²⁹

Dolayısıyla, ayrıntılar bir kenara bırakılırsa, yasal olarak bir DVD oynatıcı cihaz üretmek ve bir endüstri standardı (*industry standard*) olan DVD formatını kullanabilmek için üretilecek cihazın, üreticinin takdirine bırakılan (tek) bir bölge koduyla donatılması gerekmektedir. Böylece üreticiler *FLLC*'yle imzalanan lisans sözleşmesi ve ekleri sonucu, oynatıcı cihazları bölgesiz ya da birden fazla bölgeyi üretmeyi taahhüt ederek bir edim yükümlülüğu altına girmektedirler. Ancak aşağıdan da görüleceği üzere söz konusu edim yükümlülüğününü kapsamı zamanla daha da ağırlştırılmıştır.

2.2. DVD Bölge Kodu Korumasının Gelişimi

Merkezi ABD'de bulunan DVD Kopya Koruma Şirketi'nin (*DVD Copy Control Association, CCA*) 16.12.1999 tarihli basın duyurusunda, 31.12.1999 tarihinden itibaren sadece *RPC II* sistemiyle donatılan oynatıcı cihazların üretilebileceği ve satılabileceği kaydedilmiş, böylece bölge kodu korumasını öngörmeyen *RPC I* sistemiyle donatılan oynatıcı cihazların artık üretilemeyeceği ima edilmiştir.³⁰ Söz konusu şirketin temel amacının DVD'lerde ve Blu-Ray'lerde kopya koruma sisteminin geliştirilerek, yasadışı kopyalama uygulamalarıyla etkin mücadelenin sağlanması olmasına rağmen, bölge kodu koruması da kopya koruma ile

²⁷ SMITH, T. (2001), “DVD Forum to stamp out region-crackable players”, The Register 24.07.2001, <http://www.theregister.co.uk/2001/07/24/dvd_forum_to_stamp_out/>, Erişim Tarihi: 14.01.2010. Benzer bir görüş için bkz. Luh 2001; Demtschyna 2000.

²⁸ Bkz. <<http://www.dvdfllc.co.jp/pdf/LicenseAgreementDraft.pdf>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010.

²⁹ *DVD Format Book* için bkz. <http://www.dvdfllc.co.jp/pdf/supple/DVD_Supple_History_Feb2009.pdf>, Erişim Tarihi: 14.01.2010.

³⁰ Kaynak: <<http://www.dvdcca.org/prior.html>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010.

bağlantılı olarak ele alınmıştır. DVD format ve logosunu ürünlerinde kullanmak isteyen üreticilerin, üretecekleri cihazların kopya koruma sistemlerini de içermesi zorunluluğu sonucu, *FLLC*'ye ek olarak *CCA* da konuyla ilgili bir lisans sözleşmesi hazırlayarak, üreticilerin oynatıcı cihazlarına (tek) bir bölge koduyla donatmalarını zorunlu hale getirmiştir.³¹

DVD Forum'un yönetim organı olan "*Steering Commitee*"in 16-17 Kasım 2005 tarihleri arasında düzenlenen 32. toplantısında, "*Steering Commitee*"ye bağlı olarak bir *RPC* alt komisyonunun kurulması bölge kodu koruma ile ilgili yeni çalışmalar yapması kararlaştırılmıştır.³² Daha sonra 22.02.2006 tarihindeki 33. toplantıda *RPC* alt komisyonunun; film şirketlerinden bölge kodu koruma sistemi hakkında güncel ve potansiyel bilgi istenmesi, DVD Forum'a bağlı bir organ olan ve DVD format ve logosunun oynatıcı cihazlarda usulüne uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetleyen "*Verification Policy Committee*"den bölgesiz cihazların pazar payları hakkında bilgi istenmesi ve *RPC* hakkında *CCA* ile temasa geçilmesi talepleri kabul edilmiştir.³³ Böylece kademeli olarak bölge kodu korumasının etkisi güçlendirilmeye çalışılmıştır.

Tarihsel süreçten görülebileceği gibi DVD oynatıcı cihaz üreticileri ile görsel içeriğe sahip DVD üreticisi film şirketleri arasında hassas bir denge bulunmaktadır. Oynatıcı cihaz üreticileri, cihazlarının satılmasının görsel içeriğe sahip DVD pazarına bağlı olduğunu, başka bir deyişle piyasada DVD'lerin sayısının azalması ya da hiç bulunmaması halinde bunun yeni oynatıcı cihaz satışlarını etkileyeceğini gözeterek film şirketlerinin çıkarlarını korumanın, aslında kendi satışlarıyla da dolaylı yoldan bağlantılı olduğunu farkında olmuştur. Benzer şekilde film şirketleri de, oynatıcı cihaz üreticilerinin üretecekleri cihazları bölge kodu koruması sistemi ile donatmamaları halinde, kendi ürünlerine getirdiği bölge kodlarının esasen hiçbir işe yaramayacağını gözeterek, oynatıcı cihaz üreticilerine bu sistemi benimsetecek veya bu sistemi kullanma konusunda zorlayacak yolları aramışlardır.

³¹ Bkz. *CSS Specifications Agreement Version 1.1 Section 6.2.1.4.*, s.12, <<http://cyber.law.harvard.edu/seminar/internet-client/readings/week2/02-08CSS.pdf>>, Erişim Tarihi: 24.02.2010.

³² Bkz. <<http://www.dvdforum.org/32scmtg-resolution.htm>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010.

³³ Bkz. <<http://www.dvdforum.org/33scmtg-resolution.htm>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010.

3. DVD BÖLGE KODU KORUMASININ İKTİSADİ TEMELLERİ

3.1. Fiyat Ayrımcılığı

Fiyat ayrımcılığı; bir teşebbüsün aynı ürünü farklı müşterilere, maliyetleri aynı dahi olsa farklı fiyatlardan satmaya yönelik uygulamalarını ifade etmekte^{34,35} ve ilgili pazarda elde ettiği kârı ençoklaştırmak için başvurduğu yeknesak (bir örnek) olmayan (*non-uniform*) bir fiyat politikasına işaret etmektedir.³⁶ Yeknesak olmayan fiyat politikasının uygulamada en sık rastlanan türü 3. derece fiyat ayrımcılığı (*third-degree price discrimination*) olup,³⁷ bu tür fiyat ayrımcılığında, birbirinden farklı tüketici grupları (kategorileri) bulunmakta ve her bir tüketici grubu için farklı fiyatlar belirlenmektedir.

Aslında teşebbüsler çoğu zaman fiyat ayrımcılığı yapmakta ve fiyat ayrımcılığı, rekabetçi olan pazarlarda dahi görülebilmektedir.³⁸ İlgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyat ayrımcılığı yapmalarının en temel nedeni, bir mal veya hizmet için tüketicinin ödemek isteyebileceği (*willingness-to-pay*) en yüksek bedel ile ödediği bedel arasındaki (pozitif) farkı ifade eden tüketici rantından (*consumer surplus*) olabildiğince faydalanmaktır.³⁹ Bir mal veya hizmet için ödemek istenebilecek en yüksek fiyatın tüketiciden tüketickiye değişmesi sonucu, üretici için önemli olan hangi tüketicilerin ilgili ürüne en yüksek fiyatı ödemek isteyebileceğini, yani en çok değer atfedeni belirleyebilmektir.⁴⁰

Marjinal maliyetlerde bir değişiklik olmadan, tüketici gruplarına göre farklı fiyatların belirlenebileceği koşullar altında fiyat ayrımcılığı yapmanın en elverişli olduğu düşünöldüğünde,⁴¹ fiyat ayrımcılığı özellikle DVD pazarında çok kolay uygulanabilecektir. Zira içeriğinin bir kez oluşturulmasından sonra

³⁴ POSNER, R. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, University of Chicago Press, USA, s.79-80; GERARD, D. (2005), "Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities", D. Geradin (der.) *GCLC Research Papers on Article 82 EC* içinde s. 106.

³⁵ "Fiyat ayrımcılığı, daha teknik bir ibareyle, fiyatın marjinal maliyete oranının her bir satışta farklı olacak şekilde satış yapmaktır." Posner 2001, s. 80.

³⁶ CARLTON, D. ve PERLOFF, J. (2005), *Modern Industrial Organization*, 4th Edition, Pearson Addison Wesley Press, USA, s. 290.

³⁷ Carlton ve Perloff 2005, s. 290.

³⁸ O'DONOGHUE, R. ve PADILLA, A. J. (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, s. 556-557.

³⁹ VISCUSI, W. K., HARRINGTON JR. J. E. ve VERNON, J. M. (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th Revised Edition, MIT Press, USA, s.82. Benzer bir tanım için ayrıca bkz. ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA (2010), Britannica Online Encyclopaedia, <<http://www.britannica.com/>>, Erişim Tarihi: 05.08.2010.

⁴⁰ Carlton ve Perloff 2005, s. 294.

⁴¹ STOLE, L. A. (2007), "Price Discrimination and Competition", M. Armstrong and R.H. Porter (der.), *Handbook of Industrial Organization Vol 3* içinde s. 2224.

her bir DVD'nin marjinal maliyetinin düşük olması, üreticiye fiyatlandırma politikasında bir esneklik imkanı verecektir. DVD bölge kodu korumasıyla üreticiler teorik olarak, DVD'lerin farklı pazarlarda farklı tarihlerde satılmasını sağlayarak ulaşabilecekleri en yüksek kârı elde edebileceklerdir. Bu sayede üreticiler, DVD'lere daha fazla değer atfeden kullanıcılara daha yüksek, daha az değer atfeden kullanıcılara ise daha düşük bir fiyat politikası benimseyebileceklerdir. Zira her tüketici bir mal veya hizmete aynı değeri atfetmeyeceğinden, bir tüketicinin bir mal veya hizmete ödemek isteyeceği bedel ile diğer tüketicinin aynı mal veya hizmete ödemek isteyeceği bedel farklı olabilecektir. Şüphesiz fiyat ayrımcılığının gerçekleştirilebilmesi için tüketici gruplarının birbirinden farklı talep yapıları olması gerekmektedir.

İlgili pazarda teşebbüsün belirli bir pazar gücüne sahip olması⁴² ve tüketicilerin ödemek isteyeceği en yüksek fiyatları bilecek bir durumda olmasına ek olarak fiyat ayrımcılığının diğer bir şartı da teşebbüs tarafından söz konusu ürünün, daha düşük bir fiyata alan tüketicilerin daha yüksek bir fiyata alan tüketicilere, teşebbüsün bu tüketici grubu için uyguladığı fiyatın daha altında yeniden satışının (*resale, arbitrage*) önlenbilmesidir, zira yeniden satışların çok kolay olması halinde fiyat ayrımcılığı başarıya ulaşamayabilecektir.⁴³ Bu yüzden yeniden satışların önlenmesi, teşebbüsler için hayati önem kazanacaktır.

Bunu bir örnek üzerinde açıklarsak, 2. bölgeye dahil İngiliz bir kullanıcı, 6. bölgeye dahil Çinli bir kullanıcıya göre görsel içeriğe sahip DVD'lere daha çok değer atfedebilir ve böylece daha fazla bir fiyat ödemeye razı olabilir. Çinli kullanıcının ise DVD'lere ödemek isteyeceği fiyat daha düşük olunca, İngiliz tüketici için öngörülen bir fiyatla Çin'de satış yapılması halinde daha düşük bir satış hacmi gerçekleşecektir. Dolayısıyla Çinli tüketicinin ödemek isteyeceği maksimum fiyatı belirleyebilen üreticiler Çin pazarı için satış fiyatını, İngiltere pazarından daha düşük belirleyeceklerdir. Bunun önündeki en temel sorun ise İngiliz tüketicilerin, düşük fiyatlı Çin pazarından söz konusu ürünü temin etmeye çalışmalarıdır. Dolayısıyla ürünün Çin pazarından İngiltere pazarına yeniden satışı halinde fiyat ayrımcılığı istenilen başarıya ulaşamayacaktır.

Tam bu noktada DVD bölge kodu koruması, bölgeler arası yeniden satışları çok büyük ölçüde önleyen, böylece fiyat ayrımcılığını pekiştiren bir işlev görmektedir. Bölge kodu koruması sonucu, bir bölgeden diğer bir bölgeye

⁴² Teşebbüslerin fiyat ayrımcılığı yapabilmesi için pazar gücüne gerek bulunmadığına dair bir karşı görüş için bkz. O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 556-557.

⁴³ GERADIN, D. ve PETIT, N. (2006), "Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?", *Journal of Competition Law & Economics*, No: 2(3), s.482; Viscusi vd. 2005, s.344; Gerard 2005, s. 107.

yeniden satış halinde DVD çalıştırılmayacak, böylece yeniden satışın da bir anlamı kalmayacaktır. Bölgesiz cihazlar ve bölge kodunu kaldıran yazılımlar ve kodlar bir kenara bırakılırsa, bölgeler arası yeniden satışların önü teknik olarak önlenmiş olacak ve fiyat ayrımcılığının önündeki bir engel de ortadan kaldırılmış olacaktır. Ancak kullanıcıların da bölgesiz cihaz veya bölge kodunu kaldıran yazılımlar ya da kodlar satın alma yoluna gitmeleri halinde ise, DVD'lerini çalıştırabilmek için işlem maliyetleri (*transaction costs*) artacaktır. Zira işlem maliyetlerinin yüksek olduğu durumlarda, yeniden satışlarda azalma gerçekleşebilecektir.⁴⁴

DVD bölge kodu kısıtlamalarının ekonomik etkilerinin incelendiği bir çalışmada, DVD bölge kodu korumasının geliştirilmesinin temel gerekçesinin uluslararası fiyat ayrımcılığını kolaylaştırmak olduğu, bölge kodu koruması sonucu bölgeler arası yeniden satışların önlenerek *Hollywood* menşeli film şirketlerinin her bölgedeki farklı talep eğilimlerinden (*demand pattern*) azami şekilde yararlanmalarının amaçlandığı belirtilmiştir.⁴⁵ Bölge kodlarının yarattığı kısıtlamaların ortadan kaldırılması halinde muhtemelen belirgin bir toplumsal refah (*social welfare*) artışı yaşanacaktır.⁴⁶

Fiyat ayrımcılığı, rekabet kuralları nezdinde genellikle bir *per se* rekabet ihlali olarak değerlendirilmemekte, bazı durumlarda belli müşteri grupları arasında fiyat ayrımcılığı yapmanın tüketici refahını artırabileceği ifade edilmektedir.⁴⁷ Farklı müşteri gruplarına, farklı fiyatlar uygulamak sonucu alım gücü daha yüksek olan gruba, alım gücü daha düşük olan gruba göre daha yüksek bir fiyat politikası benimsenebilir. Ramsey fiyatlama (*Ramsey pricing*) olarak da anılan bu uygulama ile teşebbüsler, üretim kapasitelerini ve kârlarını

⁴⁴ Carlton ve Perloff 2005, s.295; Geradin ve Petit 2006, s. 482.

⁴⁵ DUNT, E., GANS, J.S. ve KING, S.P. (2001), The Economic Consequences of DVD Regional Restrictions, Library of University of Melbourne, <<http://www.mbs.edu/home/jgans/papers/dvd.pdf>>, Erişim Tarihi: 21.08.2010, s. 6.

⁴⁶ Dunt vd. 2001, s. 1.

⁴⁷ Geradin ve Petit fiyat ayrımcılığının faydalı yönlerinin de bulunduğunu, örneğin farklı talep eğilimlerinin görüldüğu bölgelerin tümünde yeknesak bir fiyat politikası benimsenmesinin tüketici refahını olumsuz etkileyecek dağılım (tahsis) etkinsizliklerine yol açabileceğini belirtmiş, ancak rekabet otoritelerinin bölgeler arası yeniden satışları önlemeye yönelik eylemlere dikkat etmeleri gerektiğini de ekleyerek, bu tür eylemlerin AB'de tek pazar entegrasyonunun sağlanması açısından bölgeler arası ticarete büyük sekte vurabileceğini vurgulamıştır. Geradin ve Petit 2006, s. 529. Piyasaya giriş engellerinin bulunmadığı koşullarda, fiyat ayrımcılığının tüketici refahını artıracığına dair bir görüş için bkz. Stole 2007, s. 2292. Yüksek ilk yatırım maliyetlerinin bulunduğu piyasalarda, teşebbüslerin maliyetlerini karşılayabilmeleri (*fixed costs recovery*) açısından fiyat ayrımcılığı yapmasının etkin fiyatlandırma politikalarına yol açacağına dair bir görüş için bkz. Gerard 2005, s. 111.

ençoklaştırabilmektedir.⁴⁸ Nitekim bu duruma uygulamada da sıkça rastlanmaktadır (örneğin birçok durumda öğrenciler için, yetişkinlere oranla daha düşük bir fiyat politikası izlenmektedir).

Bir görüşe göre fiyat ayrımcılığı, eğer belli bir gruba (genellikle alım gücü düşük olan gruba) diğerlerinden farklı olarak fiyat ayrımcılığı yapılmadığı takdirde hizmet verilemeyecek ise tüketici refahını artırabilmektedir.⁴⁹ Ancak düşüncemize göre, benzer bir ekonomik gerekçeyle DVD bölge kodu korumasının alım gücü düşük bölgelere, alım gücü yüksek bölgelere oranla daha düşük bir fiyat politikası izlemek için kullanıldığını savunmak güçtür. Örneğin 4. bölgede kişi başına düşen milli gelirin, 1. bölgede kişi başına düşen milli gelirin neredeyse üçte biri olduğu görülse de,⁵⁰ 1. bölge DVD'lerin ortalama 15-20 ABD Doları, 4. bölge DVD'lerin ise ortalama 20-25 ABD Doları olduğu, böylece 1. bölge DVD'lerin genellikle daha ucuz olduğu kaydedilmiştir.⁵¹ Dolayısıyla bu durum, bölge kodlarının tüketici refahını artırdığı savunmasına başvurabilecek olan teşebbüsler için açık bir çelişki oluşturabilecektir.

Rekabet hukuku uygulamasında teşebbüsler tarafından fiyat ayrımcılığının haklı bir gerekçesi olarak sıkça ürünler arasındaki maliyet farklılığı gösterilse de, uygulamada bu savunmayı kabul ettirmek hemen hemen imkansızdır.⁵² Görsel içeriğe sahip DVD pazarı açısından duruma bakıldığında, DVD'lerin farklı bölgelere ait ülkelerde farklı fiyatlara satılmasının gerekçesi olarak maliyet farklılığının gösterilmesi düşüncemize göre kabul edilebilir bir savunma değildir, meğerki taşıma maliyetleri arasında ciddi boyutlara ulaşan maliyet farklılıkları bulunsun. Farklı bölgelerde satılsa da DVD'lerin içerikleri hemen hemen birbiriyle aynıdır, örneğin görsel içerik (film) zaten aynı olacağından, en fazla dublaj ve altyazının hazırlanması bir maliyet gerektirecektir. Filmin bir kez üretilmesinden sonra, DVD formatına aktarılarak üretim yapılması halinde DVD üreticisi teşebbüs ölçek ekonomilerinden (*economies of scale*) yararlanacak ve bir DVD daha üretmenin marjinal maliyeti de (*marginal cost*) neredeyse sıfır olacaktır. Aynı durum DVD üretimi

⁴⁸ Posner fiyat ayrımcılığını tamamen yasaklamanın bizzat bir rekabet ihlali olabileceğini, hatta fiyat ayrımcılığı yapmamanın teşebbüsler arası kartel oluşumunu dahi kolaylaştıracağını vurgulamıştır. Posner 2001, s. 86.

⁴⁹ Geradin ve Petit 2006, s. 484.

⁵⁰ Dunt vd. 2001, s. 94.

⁵¹ SWEETING, P. (2001), "Probes into regional DVD imperils studio strategy", Variety 03.06.2001, <<http://www.variety.com/article/VR1117800545.html?categoryid=1001&cs=1>>, Erişim Tarihi: 14.01.2010.

⁵² Viscusi vd. 2005, s. 344.

aşamasında içeriğin bir kez hazırlanmasından sonra, farklı bölge kodlarının eklenmesi işlemi için de geçerlidir.⁵³

3.2. Ürün Farklılaştırması

Tam rekabet piyasasının varsayımlarından bir tanesi pazarda satılan ürünlerin homojen (*homogenous*) olması ise de günlük hayatta birçok sektörde ürünlerin heterojen (*heterogenous*) olduğu, yani teşebbüsler tarafından farklılaştırıldığı ya da tüketiciler tarafından farklı olarak algılandığı görülmektedir.⁵⁴ Bir ürünün gerçek olan veya alıcılar tarafından algılanan kalite, görünüm gibi fiziksel niteliklerinde veya tüketicilere sunulduğu coğrafi alanda farklılıklar oluşturulduğunda, ürün farklılaştırılmasından (*product differentiation*) bahsetmek mümkündür.⁵⁵

Ürün farklılaştırılması halinde, farklı teşebbüsler tarafından ilgili piyasada satılan ürünler tüketici tarafından aynı kefeye konulmamakta ve tüketicinin tercihini etkilemektedir. Rekabet iktisadının yapı-davranış-performans (*structure-conduct-performance*) paradigması altında incelenen yapının (piyasa yapısı) önemli bir parçası da sadece mevcut durumda ürünlerin ne derece farklılaştırıldığı olmayıp, farklılaştırmayı devam ettirme imkanındır.⁵⁶

Görsel içeriğe sahip DVD'lerde esasen birçok açıdan ürün farklılaştırması görülmektedir. Görsel içeriğe sahip bir DVD'de görsel menü, dublaj, altyazı, sahne seçimi gibi esaslı unsurların yanında; yönetmenin yorumu, kesilmiş ya da uzatılmış sahneler, çekim hataları, fragmanlar gibi yan unsurlar da bulunmaktadır. İçeriğine ek olarak DVD'nin bizzat fiziksel yapısında da ürün farklılaştırması görülmektedir. Bazı DVD'ler tek katmanlı (*single layer*) olup, 4,7 GB veri kaydedilme imkanı verirken; bazı DVD'ler ise çift katmanlı (*double layer*) olup, 8,5 GB veri kaydedilme imkanı vermektedir. Daha yüksek veri kaydedilme imkanı ile birlikte, DVD'nin içeriğinin artırılması, örneğin birçok dilde altyazı ya da birçok yan unsur eklenmesi mümkün hale gelebilecektir. Bu durum aynı zamanda DVD içeriğinde daha net görüntü elde edilmesini de mümkün kılabilen kalitede bir artış görülecektir.

⁵³ Maliyet farklılığının görülebileceği bir durum ise DVD'lerin kabı için yapılan bir takım maliyetlerdir. Örneğin bazı görsel içeriğe sahip DVD'lerin kabı (klasik DVD'lerdeki plastik kabın aksine) metal olarak tasarlanmakta ve bunlar koleksiyon versiyonu (*collector's edition*) olarak sınırlı sayıda üretilmektedir. Bu gibi hallerde maliyet farklılığının olduğu açıktır, ancak bu durumun bölge kodlarıyla bir ilişkisinin olmamasına ek olarak, bu tür DVD'lerin toplam üretimde sınırlı bir oranı oluşturması sonucu, söz konusu türden olmayan DVD'ler açısından fiyat ayrımcılığı yapılmasının haklı bir gerekçesi sayılmamalıdır.

⁵⁴ Carlton ve Perloff 2005, s.200-202.

⁵⁵ REKABET KURUMU (2010), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı, Ankara, s. 40.

⁵⁶ Viscusi vd. 2005, s. 65.

İçeriksel ve fiziksel olarak farklılaştırılabilen DVD'ler bir de bölge kodu açısından birbirinden farklı pazarlar için üretilebilmektedir. Yapay bir uygulama olan bölge kodu korumasıyla birlikte içeriği veya fiziksel özellikleri aynı da olsa, bölge kodu açısından DVD'ler farklılaştırılabilir. Bu noktada DVD'nin içeriğinin aynı, ancak bölge kodunun farklı olması halinde, farklı bölge koduna sahip DVD'lerin ayrı ürünler mi olduğu, yoksa birebir ikame mi (*perfect substitute*) olduğu sorusu akıllara gelmektedir. Zira farklılaştırılmış ürünlerin yer aldığı pazarlarda bu ürünlerin aynı ilgili pazara dahil edilip edilmeyeceği hususu önem kazanmakta ve ilgili pazar tanımı daha geniş bir incelemeyi gerektirebilmektedir.⁵⁷ Farklı bölge koduna sahip ancak içeriği aynı olan DVD'ler için ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın incelendiği herhangi bir rekabet otoritesi kararı bulunmamaktadır.

Düşüncemize göre içeriği aynı olsa da gerek esaslı unsurlar, gerek yan unsurlarda (hatta aynı bölgede yer alan fakat farklı dillerin konuşulduğu ülkelerin de olduğu düşünülürse) bölgeler arası farklılıkların ciddi boyutlara varması hususuna ek olarak, DVD'lerin bölgeler arası çalışmasını engelleyen bölge kodu koruması suretiyle yapılan bu ürün farklılaştırılmasıyla birlikte farklı DVD'lerin birbirine birebir ikame oldukları söylenemez. Dolayısıyla ilgili pazarda farklı bölgelerde satılan DVD'lerin farklı özelliklere sahip olması kaçınılmazdır.

Ürünler, teşebbüsler tarafından genellikle daha yüksek kâr ve/veya satışlarda artış elde etmek amacıyla farklılaştırılabilen ise de bu yola başvurulmasında farklı gerekçeler de, örneğin yasal düzenlemeler, söz konusu olabilmektedir. Bu noktada görsel içeriğe sahip DVD üreticileri, farklı ülkelerde uygulanan yaş kısıtlamalarına, cinsellik ya da şiddet içeren sahnelerin sansürü gibi yükümlüklere uyum sağlamak kolaylık yaşamak ve DVD içeriğini buna göre tasarlamak için bölge kodu koruması suretiyle ürün farklılaştırması yoluna gittikleri savunmasını yapmaktadırlar.⁵⁸

Gerçekten de filmlerin sınıflandırılması, yaş kısıtlamaları, film içeriğine dair uyarıların açıkça belirtilmesine ilişkin farklı ülkelerde, farklı standartlar bulunmaktadır.⁵⁹ Örneğin Birleşik Krallık'ta, filmlerin sınıflandırılmasından yasal olarak sorumlu organ olan İngiliz Film Sınıflandırma Komitesi (*British Board of Film Classification, BBFC*) filmin içeriğine göre, Şekil 8'den

⁵⁷ Rekabet Kurumu 2010, s. 40.

⁵⁸ WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Regional_lockout>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

⁵⁹ Farklı ülkelerde uygulanan yaş kısıtlamalarına dair ulusal standartlar için bkz. WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Motion_picture_rating_system>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

görülebileceği üzere “U”, “PG”, “12”, “15”, “18”, “R18” gibi standartların DVD diski ve dış kabı üzerine konulmasına karar vermekte olup, BBFC tarafından sınıflandırılmayan DVD’lerin piyasaya sunulması yasaktır. Dolayısıyla Birleşik Krallık sınırları içerisinde piyasaya sunulacak DVD’ler için BBFC’nin sınıflandırması yasal bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Şekil 8 - Ulusal Film Standartlarının Bir Örneği



Kaynak: WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <[http://en.wikipedia.org/wiki/British Board of Film Classification](http://en.wikipedia.org/wiki/British_Board_of_Film_Classification)>, Erişim Tarihi: 13.01.2010⁶⁰.

Düşüncemize göre bölge kodu korumasının, ulusal sınıflandırma standartlarının getirdiği yükümlülöklere uyum sağlamayı kolaylaştırmak için geliştirildiği iddiası gerçekten uzaktır. Zira aynı bölgeye genellikle çok sayıda ölkeler dahil olduğundan, bu ölkelerin hepsinin aynı ulusal standartlara sahip olduğunu söylemek gerçekten uzaktır. Böylece aynı bölgeye dahil ölkeler için dahi farklı standartlar olabileceğinden, her ölkeler için birbirinden farklı DVD’lerin üretilmesi gerekecektir. Örneğin Birleşik Krallık ile birlikte; Türkiye,⁶¹ Güney Afrika ve Japonya da 2. bölgeye dahil olmasına rağmen birbirinden farklı hukuk sistemlerine sahip bu ölkeler için farklı standartların da öngörülebileceği açık olduğundan, bölge kodu korumasının ulusal standartlara uyum ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

DVD’lerin esaslı ve yan unsurlar açısından farklılaştırılabilmesi karşısında, tüketici tercihlerinin birbirinden farklı olması sonucu, bazı unsurlara

⁶⁰ Şekil 8’de görölen sınıflandırma standardı sembollerinden herbiri farklı izleyici kitleleri için öngörülmüştür. Örneğin üzerinde “U” sembolü bulunan DVD’ler, her yaş grubu tarafından seyredilebilirken, “PG” sembolü çocukların ebevyenleri ile birlikte seyretmesi gereken filmleri; “12A” sembolü ise 12 yaşından küçük çocukların ancak bir yetişkin eşliğinde izleyebileceği filmleri işaret etmektedir. “12” sembolü sadece 12 yaşından büyüklerin, “15” sembolü sadece 15 yaşından büyüklerin, “18” sembolü sadece 18 yaşından büyüklerin izleyebileceği filmler üzerinde bulunmaktadır. “R18” ise yine sadece 18 yaşından büyüklerin izleyebileceği filmleri işaret etmekteyse de genellikle cinsel içeriğe sahip filmler için kullanılmaktadır. WIKIPEDIA (2010), The Free Encyclopedia, <[http://en.wikipedia.org/wiki/British Board of Film Classification](http://en.wikipedia.org/wiki/British_Board_of_Film_Classification)>, Erişim Tarihi: 13.01.2010.

⁶¹ Türkiye sınırları içerisinde satışa sunulan görsel içeriğe sahip DVD’lerin taşıması zorunlu sınıflandırma bilgileri ve işaretleri için bkz. 21.07.2004 tarih ve 5224 sayılı *Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun* m.7 ve 13 ile bu Kanunla dayanılarak çıkarılan, 18.02.2005 tarih ve 25731 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan *Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* m.9 vd.

diğer unsurlardan daha fazla değer atfeden tüketicilerin, kendi bölgeleri için öngörülen DVD'lerin bu unsurlara sahip olmaması halinde kendi bölgesi için öngörülen DVD'den elde ettiği fayda (*utility*) düşebilecektir. Böylece tüketici, bölge kodu farklı da olsa kendi tercihine uygun unsurları içeren farklı bölge koduyla donatılan DVD'leri satın alma yoluna gidebilecektir. Ancak bu halde işlem maliyetlerine de katlanacaklardır.

Örneğin bölge kodu korumasının 1. bölge kullanıcıları için pek bir sorun oluşturmadığı, zira dünya çapında 1. bölge DVD'lerin diğer bölgelere göre ilk önce piyasaya sürüldüğü ve genellikle de yan unsurlar açısından en iyi seçimi sunduğu ifade edilmiştir.⁶² Böylece tüketiciler, kendi bölgeleri için öngörülen DVD'leri almak yerine, 1. bölge DVD'leri almayı tercih edebileceklerdir. Bu durumda, bölge kodu koruması olmasaydı tüketiciler tercihlerine uygun DVD'yi dünyanın neresinden olursa olsun alabileceklerdi ve bunun sonucunda da üreticilerin satışları artabilecekti.

Gerek bölge kodu korumasıyla, gerek esaslı ve yan unsurlardaki değişikliklerle yaratılan ürün farklılaştırmasının, tüketici refahı açısından olumsuz sonuçlar doğurması mümkündür. Ürün farklılaştırması, tüketicinin ödemek isteyeceği fiyatın artmasına ve üreticinin, rekabet ortamında fiyat alıcı teşebbüslerin karşılaştığı talep eğrisinden farklı olarak aşağı eğimli bir talep eğrisine sahip olmasına yol açabilmektedir.⁶³

3.3. Telif Hakkı

Telif hakkının (*copyright*) konusunu oluşturan eserlerin çoğunun başarısız denemelerden oluşan süreçlerden geçtikten sonra ortaya çıkması, böylece yaratılış süresinin uzun ve masraflı olması ancak bir kez ortaya çıktıktan sonra taklit edilmesinin ise bu masraflar ile karşılaştırıldığında önemsiz ölçüde düşük bir maliyetle mümkün olması sonucu, fikri çaba sahiplerinin korunarak yeni eserlerin ve yaratıcılığın teşvik edilmesi için yaratıcılarına, eserleri üzerinde telif hakkı tanınmak suretiyle belli bir süreliğine münhasırlık (*exclusivity*) tanınmaktadır.⁶⁴ Telif hakkı sonucu, koruma süresince rekabetçi bir piyasada fiyat alıcı bir teşebbüsün gerçekleştiremeyeceği bir davranış olan fiyatların marjinal maliyetlerden yüksek belirlenmesine ($P > MC$) izin verilerek, fikri hak sahibinin ilk yatırım maliyetlerini karşılmasına imkan tanınmaktadır.

⁶² Luh 2001.

⁶³ Carlton ve Perloff 2005, s.205.

⁶⁴ FAULL J. ve NIKPAY, A. (2007), *The EC Law of Competition*, 2nd Edition, Oxford University Press, Great Britain, s.1235; GOVAERE, I. (1996), *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law*, Sweet & Maxwell Ltd, Great Britain, s.24.

Bir film üzerindeki telif hakkının, o filmin yapımcısı olan film şirketine ve 1994 yılından itibaren de 93/98/EEC sayılı Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Direktifi uyarınca yönetmenine ait olduğu ifade edilmektedir.⁶⁵ Telif hakkı film şirketlerine; ürünün satılması, çoğaltılması, ihraç edilmesi, dağıtılması, umuma açık yerlerde gösterilmesi, kiraya verilmesi⁶⁶ gibi çeşitli mali haklar vermekte, böylece film şirketleri bir haklar demetine (*bundle of rights*) sahip olmaktadır. Bölge kodu koruması sayesinde film şirketleri, filmlerin özellikle dağıtım ve kiraya verilmesine yönelik telif haklarının daha etkin olarak korunduğunu ve böylece filmlerin yasadışı kopyalanarak haksız kullanımının engellendiğini ifade etmektedirler.⁶⁷

ABD’de 2003 yılında “*Telif haklarının ihlal edilmesini engelleyen teknolojik önlemlerin işleyişini bozan yasak uygulamalara getirilecek muafiyetler*” konulu görüşme ile Amerikan Telif Hakkı Kanunu’ndaki (*Digital Millennium Copyright Act 1998*) muafiyetlerin içeriğinin değiştirilmesine yönelik çalışmalar sırasında,⁶⁸ DVD bölge kodu korumasını ortadan kaldıran yazılımların⁶⁹ veya bölgesiz oynatıcı cihazları kullanmanın telif hakkı ihlali

⁶⁵ CORNISH W. R. ve LLEWELYN, D. (2007), *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks & Allied Rights*, 6th Edition, Sweet & Maxwell, London, s.432 ve 522-524

⁶⁶ *Case 158/86 Warner Bros and Metronome Video ApS v Christiansen [1988] ECR 2605*. Bu kararda, telif hakkı konusu eserin evlerde gösterilmek üzere perakende satışının, hak sahibi tarafından söz konusu eserlerin diğer tüketicilere kiralanması hakkını “tüketmediği” kabul edilmiştir. Aynı yönde bkz. *Case 61/97 Foreningen af danske Videogramdistributører v Laserdisken [1998] ECR I-5171*. Bu kararlardan görülebileceği üzere telif hakkı, hak sahibine birbirinden farklı haklar tanımakta ve perakende satışa ek olarak, farklı faaliyetlerden de gelir elde etmesini sağlamaktadır.

⁶⁷ Fitzsimmons 2001. Örneğin film şirketleri yasal yollarla üretilmeyen DVD’lerin nispeten fazla olduğu Çin ve Güneydoğu Asya ülkeleri için, dünyanın kalan kısmından farklı bölge kodları (sırasıyla 6 ve 3) tasarlandığını iddia etmişlerdir. Gerçekten de 6. bölgenin sadece Çin için öngörülmesi ve 3. bölgeye dahil ülkelerin sayısının da diğer bölgelere göre nispeten düşük olması gerçeği karşısında bu durumun yasal olmayan DVD ile mücadelede bir kolaylık olabileceği düşünülebilse de Çin’in dünya ekonomisindeki önemsenemez rolü ve nüfusunun bir hayli kalabalık olması sonucu, bu büyük pazar için ayrı bir bölge kodu tasarlanmış olma ihtimali gözden kaçırılmamalıdır. Benzer şekilde 1. bölgedeki ülkelerin sayısının, 3. bölgeye göre daha düşük olması da, ülke sayısının az tutularak yasal olmayan DVD oranının düşük tutulduğu iddiasını geçersiz kılmakta, zira görsel içeriğe sahip DVD üreticilerinin merkezlerinin bulunduğu ABD’nin, Kanada ile birlikte 1. bölgeyi oluşturdukları düşünüldüğünde, yasal olmayan DVD oranının düşük düzeylerde seyrettiği bu bölge için ülke sayısının neden az tutulduğu bu iddia ile açıklanamamaktadır.

⁶⁸ Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. U.S. COPYRIGHT OFFICE (2006), “The Recommendation of the Register of Copyrights: Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies”, <http://www.copyright.gov/1201/docs/1201_recommendation.pdf>, Erişim Tarihi: 19.01.2010.

⁶⁹ Ancak söz konusu Kanunun 1201 (a) (1) (A) maddesinde, DVD’lerde bulunan kopya koruma sistemlerinin (*Content Scramble Systems, CSS*) işleyişine müdahale ederek bunların işleyişini bozan şifre çözücü programlar (*DeCSS*) birer telif hakkı ihlali olarak düzenlenmiştir. Bu konu

olmayacağına (*non-infringing use*) dair bir hükmün muafiyet listesine konulması tartışılmış, ancak Amerikan Telif Hakkı Ofisi'nin telif hakkı sahiplerini koruyan bir tutum takınması sonucu, böyle bir hüküm taslakta yer alamamıştır. Her ne kadar toplumun bir kısmı bundan memnun olmasa da, DVD'lerdeki teknik önlemler sonucu piyasada bulunan DVD'lerin sayısının arttığını belirten Telif Hakkı Ofisi, film şirketlerinin geliştirdiği bölge kodu korumasını haklı çıkaran pek çok nedeninin olduğunu iddia etmiştir.⁷⁰

Bu nedenlerden bir tanesi de filmlerin dünya çapında gösterilmeleri ve tüm ülkelerde farklı tarihlerde gösterime girmeleri sonucu, bir ülkede gösterime girmeden önce, gösterime girmiş başka bir ülkeden o filmin DVD'sinin ithal edilerek henüz gösterime girmeyen bölgede gösteriminin önüne geçilmesi ve sinema salonlarının bundan olumsuz etkilenmesi olarak gösterilmiştir.

Üyelerini ağırlıklı olarak *Hollywood* menşeli film şirketlerinin oluşturduğu, Amerikan Film Yapımcıları Derneği (*Motion Picture Association of America, MPAA*); günümüz teknolojisiyle filmlerin dünyanın her bir tarafında aynı anda gösterime girmesinin imkansız olduğundan ülkeler arası gösterim tarihlerinin birbirinden büyük ölçüde farklılaşabileceğini belirterek, DVD bölge kodu koruması sayesinde gösterime girmiş ülkelerde çoktan piyasaya sürülmüş DVD'lerin satın alınarak, gösterime girmeyen ülkelerde izlenilmesinin önüne geçilebileceğini; böylece film şirketlerinin ve sinema salonu işletmecilerinin uğrayabileceği gelir kaybına engel olunduğunu,⁷¹ hatta bu uygulamanın sinema

hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GONZALEZ, A.G. (2002), "Trouble with Prime Numbers: DeCSS, DVD and the Protection of Proprietary Encryption Tools", *Journal of Information, Law and Technology*, No: 3, <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-3/guadamuz.html>>, Erişim Tarihi: 28.01.2011.

⁷⁰ U.S. COPYRIGHT OFFICE (2003), "Rulemaking Hearing: Exemptions from Prohibitions on Circumvention of Technological Measures That Control Access to Copyrighted Works", <<http://www.copyright.gov/1201/2003/hearings/transcript-may15.pdf>>, Erişim Tarihi: 19.01.2010, s. 284. Benzer bir düzenleme AB hukukunda da söz konusudur. 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Bazı Yönlerinin Uyumlaştırılması Direktifi'nin (*Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*) 6. maddesi; telif hakkı sahiplerinin, ihlallere karşı haklarını "teknolojik önlemler" vasıtasıyla (*technological measures*) korumasına imkan veren ve bu türden önlemlerin işleyişini bozan eylemlere (*circumvention*) karşı üye devletlere, hak sahipleri için hukuki koruma sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Ancak söz konusu Direktifte, DVD bölge kodlarına ilişkin bir düzenleme, örneğin bölge kodlarının birer "teknolojik önlem" olup olmadığı veya bölge kodlarının işleyişine müdahalenin bir telif hakkı ihlaline yol açıp açmayacağı vs. bulunmamaktadır.

⁷¹ Belirtmek gerekir ki sinema salonu işletmecilerinin uğrayacağı gelir kaybı, doğrudan film şirketlerinin elde edeceği gişe hasılatını etkileyecektir. Aynı zamanda filmin sinemalarda gösterimi, daha sonra piyasaya çıkacak olan DVD'sinin kapısını açacaktır. Sinema filmlerinin ticari amaçla dağıtım pazarının işleyişine göre sinema filmleri, film şirketleri tarafından üretildikten sonra dağıtım şirketleri tarafından, izleyicilere gösterimi yapılmasını teminen sinema

salonlarının kapanmasını ve orada çalışan işçilerin işleri kaybetmelerini de önlendiğini savunmuştur.⁷²

Gerçekten de DVD'ler üzerinde telif haklarına sahip olmaları sonucu, film şirketlerinin veya temsilcilerinin izni olmaksızın bir DVD'nin bir ülkeye ilk kez ihraç edilmesi⁷³ bir telif hakkı ihlali olup, hukuki ve/veya cezai sorumluluğa sebep olabilir. Bu bağlamda 1. bölge DVD'leri kişisel amaçla temin ederek, film şirketlerinin veya yerel dağıtım şirketinin iznini olmaksızın kiraya veren Almanya'da bir mağaza, telif hakkı ihlali dolayısıyla mahkum edilmiştir.⁷⁴

Ancak üretimin ve yaratıcılığın ödüllendirilmesi, yeni üretimin teşviki ve sürdürülmesi için fikri mülkiyet haklarının, bu arada telif hakkının korunmasına sıcak bakılsa da bu hakların kullanım biçimi rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabilmektedir.⁷⁵ Bu nedenle fikri mülkiyet haklarının, hakkın verdiği asıl korumanın (*specific subject matter*)⁷⁶ dışına

salonu işletmecilerine ulaştırılmaktadır. Filmlerin gösteriminden elde edilen hasılat sinema salonu işletmecisi ile dağıtım şirketi arasında belli bir oranda (örneğin % 70'e % 30) paylaşılmaktadır. Dağıtım şirketi de kendi elde ettiği hasılatın yine bir kısmını (örneğin % 50) film şirketi ile paylaşmaktadır. Bu sisteme genel olarak "hasılat paylaşımı" (pursantaj) adı verilmektedir. Dolayısıyla sinema salonu işletmecilerinin elde edeceği gelirin düşmesi halinde bu durumdan doğrudan film şirketleri etkilenecek olduğundan, film şirketleri sinema salonu işletmecilerinin gelir kaybına uğramalarını önlemek istemektedirler. Daha fazla bilgi için bkz. Rekabet Kurulu'nun 07-19/192-63 sayı ve 08.03.2007 tarihli Warner Bros kararı, s.7 vd; 10-44/765-248 sayı ve 17.06.2010 tarihli United International Pictures (UIP) kararı, s.4.

⁷² Bu açıklama MPAA'nın resmi internet sitesinden alınmıştır. Bkz.

<http://www.mpaa.org/DVD_FAQ.asp>, Erişim Tarihi: 17.01.2010.

⁷³ Avrupa Birliği Adalet Divanı ("Adalet Divanı") bir kararında, telif hakkının hak sahibine tanıdığı haklardan bir tanesinin de ürünü piyasaya ilk kez sürme hakkı (*the right to decide on the first placing of a work on the market*) olduğunu ifade etmiştir. *Joined Cases 55 and 57/80 Musik-Vertrieb Membran GmbH v GEMA [1981] ECR I 47*. Daha sonraki bir kararında da Adalet Divanı, bu hakkın üye devletlerin ulusal düzenlemeleri ile ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir. *Case 479/04 Laserdisken ApS v Kulturministeriet [2006] ECR I-8089*.

⁷⁴ HU, B. (2007), "Closed Borders and Open Secrets: Regional Lockout, the Film Industry, and Code-Free DVD Players", *Mediascape: Journal of Cinema and Media Studies*, UCLA, <http://www.tft.ucla.edu/mediascape/Spring06_ClosedBordersAndOpenSecrets.pdf>, Erişim Tarihi: 12.01.2010, s. 3.

⁷⁵ BELLAMY, C. ve CHILD, G. (2008), *European Community Law of Competition*, 6th Edition, Oxford University Press, Great Britain, s. 814.

⁷⁶ Adalet Divanı'na göre hakkın verdiği asıl korumanın amacı, hak sahibinin eseri üzerindeki manevi ve mali haklarının korunmasının sağlanmasıdır. Hak sahibi veya bir başkası tarafından, hak sahibinin manevi veya mali hakları için yasal olandan daha geniş bir korumanın yaratılmak istenmesi halinde bu davranışın etkilerinin incelenerek, hakkın sağladığı münhasırlık yetkisinin, münhasırlığın olmadığı alanlara teşmil edilip edilmediğinin ortaya çıkarılması gerekmektedir. *Joined Cases 92 and 326/92 Phil Collins v Intrat, and Patricia and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola [1993] ECR I-1985*.

çıkacak bir biçimde kullanılmaması gerekecek, aksi takdirde rekabet kuralları nezdinde incelenmesi gündeme gelebilecektir.⁷⁷

AB Komisyonu'nun rekabetten sorumlu eski üyesi Mario Monti; DVD fiyatlarının, ABD pazarına göre AB pazarında daha yüksek olduğu yolunda pek çok tüketicinin AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü'ne (*DG COMP*) şikayette bulunmaları sonucu; film şirketleriyle görüşüldüğünü, film şirketlerinin telif hakkı savunmalarında bulunduğunu, ancak telif hakkıyla sağlanan hukuki korumadan daha geniş bir korumanın hedeflenmesi halinde, böyle bir uygulamanın fiyatların yapay olarak artırılmasına ya da tüketici tercihlerinin göz ardı edilmesine neden olabileceği sonucu buna izin verilmeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁸

Avustralya Federal Mahkemesi'nin bir kararında, *Playstation*[®] oyun konsolundaki bölge kodunun bir çip (*chip*) takılmak suretiyle kaldırılarak farklı bölge kodunu taşıyan oyun DVD'lerinin çalışmasına imkan verilmesi eyleminin, oyun konsolu sahibinin telif hakkını ihlal edip etmediği tartışılmıştır. Mahkeme oyun DVD'lerindeki bölge kodlarının, telif hakkı ihlallerini önlemekle bir ilgisinin bulunmadığını bu yüzden de Avustralya Telif Hakkı Kanunu'nu (*Copyright Act 1968*) ihlal etmediğine karar vermiş ve söz konusu kanunun, tüketicilerin farklı bölge kodlu oyunları oynamasını yasaklamadığını, sadece bu oyunların hukuka aykırı bir şekilde kopyalamalarını ya da ticari olarak dağıtmalarını engellemeye çalıştığını belirtmiştir.⁷⁹ Bu kararında mahkeme, açık bir şekilde kopya koruması ile bölge kodu korumasını birbirinden farklı olarak değerlendirmiş, sadece kopya koruma sistemine yapılacak müdahalelerin telif hakkı ihlallerine yol açabileceğini belirtmiştir.^{80 81}

⁷⁷ Faull ve Nikpay 2007, s.1237.

⁷⁸ MONTI, M. (2001), "Content, Competition and Consumers: Innovation and Choice", Third European Competition Day, Stockholm, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/275&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>>, Erişim Tarihi: 12.01.2010, s. 4.

⁷⁹ Bu kararın özeti için bkz. ACCC (2002), "Consumer Express July 2002", <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/815699>>, Erişim Tarihi: 11.01.2010, s. 1-2.

⁸⁰ Bu husus benzer şekilde üye devletlerde incelenmiş olsa da, bu incelemelerde kopya koruması ile bölge kodu koruması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Örneğin konuyu inceleyen İngiliz Yüksek Mahkemesi (*High Court*) *Sony Computer Entertainment Inc. v Ball [2004] EWHC 1738 (Ch)* kararında, *Playstation2*[®]lerde bulunan kopya koruma sisteminin, üretilen ve pazarlanan bir çip suretiyle etkisiz hale getirilmesini Sony'nin telif haklarının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu kararın bir değerlendirmesi için bkz. MACCULLOCH, A. (2005), "Game Over: the 'Region Lock' in Video Games", *European Intellectual Property Review*, No:27(5), s.176-183. Aynı mahkeme *Sony Computer Entertainment Inc. v Owen [2002] EWHC 45 (Ch); [2002] E.C.D.R. 27 (Ch D)* kararında da, oyun konsollarındaki bölge kodu ve kopya koruma sistemlerinin bir çip suretiyle etkisiz hale getirilmesi sonucu, oyunların yasadışı kopyalarının çalıştırılabilir hale geleceğini, bunun yasadışı kopyaların artmasına yol açacağını, bu hususu davalıların da bildiğini belirtmiş ve

İtalyan Bolzano Ceza Mahkemesi bir kararında, bir çip suretiyle *Playstation2*[®] oyun konsollarının işleyişine müdahale edilmesi eyleminin Sony'nin telif haklarını ihlal etmediğini, bu eylem sonucu ilgili pazarda tekeli rekabetin (*monopolistic competition*) dahi önlenebileceğini ve söz konusu cihazın kullanım oranının artabileceğini belirtmiş; aksi taktirde bu durumun “*Fiat*'ın, ürettiği ve sattığı otomobilleri Avrupalı olmayan sürücüler tarafından veya Avrupa şehirlerinin dışında kullanılmasını yasaklaması” kadar “saçma” olduğunu kaydetmiştir.^{82 83}

Bu kararlar, DVD bölge kodu koruması için de emsal teşkil edebilecek nitelikte olmasından dolayı önem taşımaktadır. Oyun DVD'leri ve oyun

bu eylemi hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir. Bu kararın bir değerlendirmesi için bkz. ROBINSON, A. (2002), “‘Mod chipped’ despatched with Additional Damages”, *Entertainment Law Review*, No:13(4), s.83-86. Ancak aynı eylem, İspanya'da, telif hakkı kanununda bu konuda net bir hüküm olmadığından dolayı, bir telif hakkı ihlali olarak değerlendirilmemiş ve hukuka aykırı olarak nitelendirilmemiştir. BELL, I. (2004), “Console Mod-chips Ruled Legal in Spain”, *Digital Trends* 29.04.2004, <<http://www.digitaltrends.com/gaming/console-mod-chips-ruled-legal-in-spain/>>, Erişim Tarihi: 23.01.2011.

⁸¹ Belirtmek gerekir ki Amerikan hukukunda gerek kopya koruma gerek bölge kodu koruma sistemlerinin işleyişine yapılacak müdahaleler *Digital Millennium Copyright Act 1998* uyarınca birer telif hakkı ihlali olarak değerlendirilmektedir. Amerikan 2. Bölge Mahkemesi (*US District Court, 2nd Circuit*) *Sony Computer Entertainment America Inc. v GameMasters 87 F. Supp. 2d 976 (N.D. Cal. 1999)* kararında *Playstation*[®] oyun konsolunda bulunan bölge kodu korumasının bir çip suretiyle etkisiz hale getirilmesi eyleminin, söz konusu Kanun uyarınca bir telif hakkı ihlali olduğunu doğrulamıştır. Bu kararın bir değerlendirmesi için bkz. ROTCHILD, J. (2005), “Economic Analysis of Technological Protection Measures”, *Oregon Law Review*, No: 84, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742864>, Erişim Tarihi: 06.02.2011, s. 509.

⁸² SMITH, T. (2004), “Italian court rules mod chips legal”, *The Register* 24 January 2004, <http://www.theregister.co.uk/2004/01/24/italian_court_rules_mod_chips/>, Erişim tarihi: 12.02.2011.

Kararı inceleyen Arezzo, mahkemenin tespitleri sonucu Sony'nin pazarlama stratejisinin kopya ve bölge kodu korumaları suretiyle oyun DVDleri pazarını kendi oyun konsolu pazarına bağlama (tying) olduğunu, bu şekilde de tüketici talebini artırmak amacıyla ucuza (bazen maliyetini dahi karşılamadığı halde) sattığı oyun konsollarından uğradığı zararı, lisanslı oyun DVD'lerinin görece yüksek fiyatları sonucu elde ettiği kardan sübvansе ettiğini ifade etmiş, ancak bu kararın ceza hukuku açısından alındığını, böylece bir rekabet soruşturması olmadığından dolayı daha ayrıntılı bir değerlendirme yapılmadığını vurgulamıştır. AREZZO, E. (2009), “Video Games and Consoles between Copyright and Technical Protection Measures”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 40(1), s. 83-84.

⁸³ Belirtmek gerekir ki Amerikan hukukunda gerek kopya koruma gerek bölge kodu koruma sistemlerinin işleyişine yapılacak müdahaleler *Digital Millennium Copyright Act 1998* uyarınca birer telif hakkı ihlali olarak değerlendirilmektedir. Amerikan 2. Bölge Mahkemesi (*US District Court, 2nd Circuit*) *Sony Computer Entertainment America Inc. v GameMasters 87 F. Supp. 2d 976 (N.D. Cal. 1999)* kararında *Playstation*[®] oyun konsolunda bulunan bölge kodu korumasının bir çip suretiyle etkisiz hale getirilmesi eyleminin, söz konusu Kanun uyarınca bir telif hakkı ihlali olduğunu doğrulamıştır. Bu kararın bir değerlendirmesi için bkz. ROTCHILD, J. (2005), “Economic Analysis of Technological Protection Measures”, *Oregon Law Review*, No: 84, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742864>, Erişim Tarihi: 06.02.2011, s. 509.

konsolları için öngörülen bölge kodlarının, telif haklarını korumak için geliştirilmediği ve bu yüzden de telif hakkını koruyan kanunlar nezdinde himaye göremeyeceği göz önüne alınır, görsel içeriğe sahip DVD'ler ve oynatıcı cihazlar için öngörülen bölge kodu koruması için de (kopya koruması açısından olmasa da) yapılabilecek bir telif hakkı savunması ciddiye alınmamalıdır. Ayrıca oyun konsollarının aksine DVD oynatıcı cihazlar, yasadışı yollarla üretilmiş DVD'leri zaten herhalükarda çalıştırmakta olup, bölge kodunun böyle bir amaçla söz konusu cihazlarda bulunduğunu ileri sürmek *a priori* mümkün olmayacaktır.

Düşüncemize göre bölge kodu koruması, telif haklarının fikri mülkiyet hukukundan doğan hukuki koruma ve tekel yetkisi sınırlarının (münhasırlık), rekabet hukukunu ihlal edecek bir düzeye ulaştıran bir uygulamadır.⁸⁴ Bu sistem telif haklarını korumaktan ziyade *Hollywood* menşeli film şirketlerinin, filmlerinin başkaları tarafından başka bölgelerde gösterilerek 2009 sonu itibarıyla dünya çapında 29,9 milyar ABD Doları'na ulaşan⁸⁵ sinema filmleri üretimi pazarında kâr kayıplarına engel olmayı amaçlayan ve bölgeler arası yeniden satışları teknik olarak önleyerek DVD satışı pazarında fiyat ayrımcılığını güçlendiren yapay bir uygulamadır.⁸⁶

Hatta bölge kodu korumasının yasal olmayan DVD'leri azaltmak yerine, bunların artmasına sebep olabileceği de (*adverse effects*) düşünülebilir. Örneğin kendi oynatıcı cihazının bölge kodundan farklı bir bölge koduna sahip bir DVD'yi yasal yollardan satın alan bir tüketici, bu DVD'yi sahip olduğu oynatıcı cihazda çalıştıramaması ve bu cihazın bölge koduna sahip bir DVD'yi de piyasada bulamaması sonucu, aynı filmin yasa dışı kopyasını almak yolunda bir tercihe yönelebilir. Zira yasal olmayan DVD'lerde bölge kodunun olmaması, üstelik bu DVD'lerin fiyatlarının çok daha düşük olması sonucu tüketici bir

⁸⁴ “Eğer biz fikri mülkiyet haklarını öyle ya da böyle, bir şekilde ihlal edebilecek durumları engelleyecek gerekçesiyle, gerçekten ne için öngörüldüğünü tam olarak bilmeden tüm teknik önlemlere mutlak bir hukuki koruma sağlanmasına izin verirsek; fikri mülkiyet hakkı sahibinin haklarının korunması yerine, bu tür önlemlerin komşu piyasalarda rekabetin bozulması için kullanımının teşvik edilmesiyle karşılaşabiliriz.” Arezzo 2009, s. 95.

⁸⁵ MPAA (2010), *Theatrical Market Statistics*, <<http://www.mpa.org/Resources/091af5d6-faf7-4f58-9a8e-405466c1c5e5.pdf>>, Erişim Tarihi: 15.02.2011, s. 3.

⁸⁶ Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin (*US Court of Appeals*) *Universal City Studios v Reimerdes* 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001) kararına göre; yüksek pazar payına sahip *Hollywood* menşeli film şirketlerinden biri olan *Warner Bros Inc.*'in dünya çapında yıllık cirosu'nun %60'ını sinema filmlerinin gösterimlerinden elde edilen gelirler; kalan %40'ını ise DVD (ve önceki teknoloji olan VHS) satışları oluşturmaktadır. Bu rakamlar, film şirketlerinin DVD satışlarından elde ettiği gelirin, neredeyse söz konusu filmlerin sinemada gösteriminden elde ettikleri gelir (hasılat) kadar olduğunu göstermektedir.

homo economicus olarak, kendi faydasını ençoklaştırmak yoluna giderek yasal olmayan DVD'leri tercih edebilecektir.

Fikri mülkiyet haklarının henüz uluslararası yeknesak bir düzenlemeye tabi tutulamaması sonucu hak sahipleri, pazar paylaşımı yaparak ve farklı pazarlarda farklı fiyatlarla ürünlerini satarak bu durumdan yararlanabilmektedirler.⁸⁷ Zira fikri mülkiyet haklarının, hak sahiplerinin pazar paylaşımı hedeflerini kuvvetlendirmesi sonucu, mahkemeler hak sahiplerinin haklarını korumak ile tüketicilerin rekabetçi bir fiyattan ürünlere ulaşması arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadırlar.⁸⁸

4. DVD BÖLGE KODU KORUMASIYLA BAĞLANTILI YASAL SORUNLAR

4.1. Pazar, Bölge ve Müşteri Paylaşımı

Teşebbüslerin faaliyet alanlarını belirleyerek aralarında pazar paylaşımı (*market sharing*) yapmaları çoğu zaman rekabeti kısıtlama amacı taşıdığından veya kısıtlama etkisine yol açtığından rekabet kuralları ile yasaklanmaktadır. Tek pazar entegrasyonu ve rekabete dayanan serbest pazar ekonomisinin benimsenmesi sonucu AB'nin en önemli hedeflerinden biri de üye devletlerden oluşan tek ve ortak bir pazar (*single market*) oluşturmak olduğu göz önüne alınırsa,⁸⁹ pazar paylaşımına yönelik anlaşma veya uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararları bu hedefe ulaşmayı engelleyebilecektir. Zira bu türden anlaşmalar, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın temel amaçlarını

⁸⁷ VINELLI, R. (2009), "Bringing Down the Walls: How Technology Is Being Used to Thwart Parallel Importers Amid the International Confusion Concerning Exhaustion of Rights", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, No: 17(1), s.102. Yazara göre dünya çapında fikri mülkiyet haklarının geliştirilmesi ve korunması hakkında çeşitli kurallar içeren TRIPS'in (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) hazırlanması sırasında hakların tükenmesi ilkesi ve paralel ithalat konuları hakkında yeknesak bir düzenleme getirilmeye çalışılmış, ancak sonuç olarak bundan imtina edilerek, bu konu bilinçli bir şekilde kapsam dışında bırakılmıştır. Vinelli 2009, s.113.

⁸⁸ CRAMPES, C., ENCAOUA, D. ve HOLLANDER, A. (2005), "Competition and Intellectual Property in The European Union", <<http://idei.fr/doc/wp/2005/crampes.pdf>>, Erişim Tarihi: 18.01.2010, s.5.

⁸⁹ KILIAN, W. (2008), *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, s. 79

boşa çıkarmakta ve ağır bir 101. madde (eski 81. madde)⁹⁰ ihlali oluşturmaktadır.⁹¹

Rakiplerin; müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri, ürünleri veya ticaret kanallarını paylaşmak konusunda uzlaşması pazar paylaşımı kapsamında değerlendirilmektedir.⁹² Pazar paylaşımı, rakip teşebbüsler arasındaki rekabetin ortadan kalkması, alıcı veya tüketicilerin ticaret ve seçim özgürlüğünün sınırlanması gibi son derece zararlı etkiler doğurmaktadır.⁹³ Sıklıkla görülen pazar paylaşımına yönelik anlaşmalar, fiyat anlaşmalarını güvence altına almak için fiyat kartellerine ek olarak yapılabilir de;⁹⁴ tüm kartel üyelerince ortak tek bir fiyatın belirlenmesi gibi zorlukları içermediği için fiyat anlaşmalarına göre daha etkin sonuçlar doğurabilmektedir.⁹⁵ Komisyon, bu tür davranışlar içine giren teşebbüslere karşı hassas bir yaklaşım sergilemekte ve genellikle de yüksek oranlarda ceza verme eğilimi göstermektedir.⁹⁶ Gerçekten de pazar paylaşımına yönelik anlaşmalara yüksek miktarlarda para cezaları verilmektedir.⁹⁷ Bu tür anlaşmaların muafiyet kapsamında değerlendirilmesi de güçtür.⁹⁸

DVD’ler için altı farklı bölgenin öngörülmesi olması, bu uygulamayı gerçekleştirenler tarafından sınırları tüm dünya olarak belirlenmiş ilgili coğrafi pazarın, daha küçük parçalara bölünerek birtakım amaçlara ulaşmak için

⁹⁰ Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girdiği 01.12.2009 tarihinden itibaren Roma Antlaşması’nın ismi ‘Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’ (*The Treaty on the Functioning of the European Union*) olarak; benzer şekilde Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın (ATAD) ismi de ‘Avrupa Birliği Adalet Divanı’ (“Adalet Divanı”) olarak değiştirilmiştir.

⁹¹ Bellamy ve Child 2008, s.342. Adalet Divanı bir kararında, İç Pazarın paylaşımı sonucunu doğurabilecek anlaşmalara karşı “özel ilgi” gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Case 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm [1976] ECR 235*.

⁹² KEKEVİ, H.G. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 15, Ankara, s.8.

⁹³ SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara, s.109.

⁹⁴ MESTMÄCKER, E. ve SCHWEITZER, H. (2004), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, s.304.

⁹⁵ WHISH, R. (2008), *Competition Law*, 6th Edition, Oxford University Press, Great Britain, s.513

⁹⁶ JONES, A. ve SUFRIN, B. (2010), *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 4th Edition, Oxford University Press, Great Britain, s.811.

⁹⁷ Mestmäcker ve Schwitzer 2004, s.647; MONTI, G. (2007), *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Great Britain, s.198. Pazar paylaşım anlaşmalarına karşı yüksek para cezaları verilen örnek Komisyon ve Adalet Divanı kararları için bkz. Whish 2008, s.514-516.

⁹⁸ RITTER, L. ve BRAUN, W.D. (2004), *European Competition Law: A Practitioner’s Guide*, 3rd Edition, Kluwer Law International, Great Britain, s.189; Bellamy ve Child 2008, s.346. AB rekabet hukukunda pazar paylaşımına yönelik anlaşmalara karşı, Amerikan antitrust hukukunun bir terminolojisi olan “*per se*” benzeri bir yaklaşım sergilenmektedir. Sanlı 2000, s.170.

paylaşılması ihtimalini akıllara getirmektedir. Ancak bu noktada DVD bölge kodu korumasının; *Hollywood* menşeli film şirketleri tarafından ticari faaliyet alanına rakip teşebbüslerin girişinin engellenmesi, paylaşımı yapılan pazarların bir kısmının bir teşebbüse diğer kısmının başka bir teşebbüse özgülenmesi, bu teşebbüslerin kendi pazarında tekeli fiyatlandırma (*monopoly pricing*) yaparak fiyatları rekabetçi düzeyin üzerine çekmesi ve kendilerine özgülenmemiş pazarlara satış yapmalarının yasaklanması vb. açısından bir rolü bulunmamakta, bu noktalar açısından bir rekabet ihlaline yol açtığı görülmemektedir.

DVD bölgelerinin kabul edilmesindeki temel amaç, farklı bölgelere dahil ülkelerde görülen farklı talep eğilimlerin bir sonucu olarak oluşacak tüketici rantlarından azami şekilde yararlanmaktır. Talebin fiyat esnekliğinin (*price elasticity of demand*) düşük olduğu pazarlarda yüksek fiyat; yüksek olduğu pazarlarda ise düşük fiyat uygulamak suretiyle fiyat ayrımcılığı yaparak, tüketici rantından azami şekilde faydalanabilmek amacıyla *Hollywood* menşeli film şirketleri, buna uygun olarak birbirinden farklı büyüklükteki ülke ekonomilerindeki kişi başına düşen milli gelirleri (*per capita income*) baz alarak dünyayı altı farklı bölgeye ayırmışlardır.⁹⁹ Unutmamak gerekir ki fiyat ayrımcılığının başarıya ulaşabilmesi için teşebbüslerin piyasayı farklı alt

⁹⁹ Dunt vd. 2001, s.8-9. Aynı kaynakta ABD ve Kanada'nın bulunduğu 1. bölgenin kişi başına düşen milli gelirinin 29.000 ABD Doları; İngiltere, Avrupa Birliği üyeleri ve Japonya'nın bulunduğu 2. bölgenin 20.000-24.000 ABD Doları; Endonezya, Malezya, Tayland vb. ülkelerin bulunduğu 3. bölgenin 6.700-8.100 ABD Doları; Avustralya ve Güney Amerika ülkelerinin bulunduğu 4. bölgenin 10.300 ABD Doları; Rusya, Hindistan ve Afrika ülkelerinin bulunduğu 5. bölgenin 1.700 ABD Doları; Çin'in bulunduğu 6. bölgenin ise 3.100 ABD Doları olduğu ifade edilmiştir. Ancak, gerek aynı kaynakta gerek farklı kaynaklarda sıkça rastlanan bir bilgi olarak, bölge 1 DVD'lerinin diğer bölgelere göre genellikle daha ucuz olması sonucu kişi başına düşen milli gelir sınıflandırması ile bölgelerin belirlendiği iddiası eksik kalacaktır. Zira bu taktirde bölge 1 DVD'lerin, dünya pazarındaki en yüksek fiyatlarla satılması gerekmektedir. Düşüncemize göre bu durumun nedeni, ABD pazarında arz edilen DVD sayısının diğer ülkelere göre fazla olması ve film şirketleri arasında etkin bir rekabetin (*effective competition*) bulunmasıdır. Farklı pazar paylarına sahip birçok film şirketinin ABD pazarında faaliyet gösteriyor olması sonucu düşük pazar payına sahip film şirketleri, yüksek pazar paylarına sahip film şirketleri ile rekabet etme noktasında DVD'lerin fiyatlarını aşağı çekerek, tüketicinin kendi ürünlerini tercih etmesini sağlayabileceklerdir. Çok sayıda DVD'nin bulunması sonucu geniş bir ürün yelpazesine karşılaştıran tüketici için de, farklı film şirketlerinin çektiği fimler birbirine ikame olarak görebilecek, böylece DVD'ler, tüketici nezdinde talep esnekliği yüksek (*price elastic*) ürünler haline gelebilecektir. Ancak ABD pazarı dışında, genellikle ABD pazarında yüksek pazar payına sahip film şirketleri, kendilerine bağlı ya da bağımsız bir dağıtım şirketi aracılığıyla faaliyet gösterdiklerinden, ABD pazarındaki aksine rekabet baskısından uzak hale gelebileceklerdir. Dünya sinemasında *Hollywood*'un yadsınamaz rolü sonucu, birçok ülke için sinema filmleri sonuç olarak ithal nitelikte bir ürün olduğundan, yerli ürüne göre fiyatların yüksek olması imkan dahilindedir.

pazarlara (segmentlere) bölmesi ve bölgeler arasında gerçekleştirilecek paralel ithalatları önlemeleri gerekmektedir.¹⁰⁰

Ticari hayatta teşebbüsler, kendi kontrolünde bir dağıtım ağı kurarak dikey bütünleşik bir şekilde veya bağımsız bir teşebbüs ile dağıtım anlaşması yapmak suretiyle, ürettikleri ürünleri son tüketiciye ulaştırmaya çalışırlar. Özellikle uluslararası pazarlarda ürünlerinin dağıtımının sağlanmasını isteyen teşebbüsler ise, dikey bütünleşme yerine yerel dağıtım şirketlerinden yararlanmayı tercih edebilirler.¹⁰¹ DVD dağıtım pazarında ise *Hollywood* menşeli film şirketleri üretim ve dağıtım pazarında dikey bütünleşik bir şekilde faaliyet göstermekte ve çeşitli ülkelerde, kendilerine bağlı teşebbüsler aracılığıyla dağıtım kanallarını elinde tutmakta, kimi zaman küçük ölçekteki yerel dağıtıcılara yayma ve çoğaltma haklarını lisans yoluyla vermektedirler.¹⁰²

ABD filmlerinin ve DVD'lerinin AB pazarına dağıtılması; genellikle yüksek pazar payına sahip *Hollywood* menşeli film şirketlerinin, AB ülkelerindeki yavru şirketleri (*subsidiary*);¹⁰³ bazen yüksek pazar payına sahip *Hollywood* menşeli film şirketleri ile AB ülkelerindeki dağıtım şirketlerinin kurduğu ortak girişimler (*joint ventures*) ve nispeten daha düşük pazar payına

¹⁰⁰ Vinelli 2009, s. 109.

¹⁰¹ Dikey anlaşmaların teşebbüslere faydaları için bkz. KORAH, V. ve O'SULLIVAN, D. (2002), *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford, s.27-38; Whish 2008, s.616-618. Dikey anlaşmaların Avrupa İç Pazar'ında bütünleşmenin önünde bir engel oluşturabileceğine dair Komisyon görüşü ve AB'de dikey anlaşmaların ele alınışı hakkında daha fazla bilgi için bkz. ILICAK, A. (2009), "ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi", K.C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar*, XII Levha Yayınları, İstanbul içinde s. 61-69.

¹⁰² Örneğin yüksek pazar payına sahip bir *Hollywood* menşeli film şirketi olan *Warner Bros Entertainment Inc.*, DVD'lerini uluslararası pazarlarda dağıtmak üzere kendisine bağlı *Warner Home Video* ile dikey bütünleşik şekilde faaliyet göstermektedir. Benzer şekilde *Twentieth Century Fox Film Corporation*, *Twentieth Century Fox Home Entertainment Video* ile; *Paramount Pictures Corporation*, *Paramount Home Entertainment* ile; *Sony Pictures Entertainment Inc.*, *Sony Pictures Home Entertainment* ile dikey bütünleşik şekilde faaliyet göstermektedirler.

¹⁰³ Örneğin *Warner Bros Entertainment Inc.*'in yavru şirketi ve *Warner Bros Home Video*'nun İngiltere şubesi olan *Warner Bros Home Entertainment UK Ltd.*, AB pazarına film ve DVD dağıtımını gerçekleştirmektedir. Aynı zamanda bu teşebbüs, farklı coğrafi pazarlarda bulunan dağıtım şirketlerine DVD'lerin yayma ve çoğaltma haklarını da lisans yoluyla devretme hakkına sahiptir. Bu doğrultuda Türkiye pazarında faaliyet gösteren ve %99 hissesi *Warner Bros Entertainment Inc.*'e ait olan *Warner Bros (Türkiye) Film ve Video Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, *Warner Bros Home Entertainment UK Ltd.* ile distribütörlük anlaşması imzalayarak *Warner Bros Entertainment Inc.*'e (ve onun dağıttığı diğer film şirketlerine) ait filmlerin Türkiye haklarını satın almıştır. Daha fazla bilgi için bkz. Rekabet Kurulu'nun 07-19/192-63 sayı ve 08.03.2007 tarihli *Warner Bros* kararı, s. 14.

sahip film şirketlerinin¹⁰⁴ filmlerinin dağıtımını ise adı geçen yavru şirketler veya ortak girişimler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. 2003 yılı itibarıyla 300'e yakın küçük ölçekli yerel DVD dağıtım şirketinin bulunduğu Avrupa İç Pazarı'nda, herhangi bir *Hollywood* menşeli film şirketiyle özel anlaşması bulunmayan büyük bir dağıtım şirketi bulunmamaktadır.¹⁰⁵

Bu bilgiler ışığında DVD bölge kodu kısıtlamaların yol açtığı diğer bir yasal sorun da, dikey anlaşmalarda yer alan pasif satışların¹⁰⁶ (*passive sales*) engellenmesine yönelik hükümleri yasaklayan (grup muafiyeti kapsamında çıkararak) rekabet hukuku kurallarının devre dışı bırakılmasıdır. Yerel dağıtım şirketlerinin, diğer dağıtım şirketlerine tayin edilmiş dağıtım bölgelerine aktif satış yapmalarının dikey anlaşmalar yoluyla kısıtlanabilmesi mümkün ise de pasif satış yapmalarının kısıtlanmasına izin verilmemekte,¹⁰⁷ zira pasif satış imkanlarının (paralel ithalata ek olarak), tüketicilerin istedikleri yerden ürün temin edebilme özgürlüğünün korunması açısından gerekli olduğu ileri sürülmektedir.^{108,109} DVD bölge kodları sonucu, bir dağıtım bölgesinde satışa

¹⁰⁴ Örneğin sinema filmi üretimi pazarında yüksek pazar payına sahip *Walt Disney Company*'nin yavru şirketi olan *Walt Disney Studios Home Entertainment*, aynı pazarda nispeten daha düşük pazar paylarına sahip *Touchstone Pictures*, *Miramax Films* ve *Hollywood Pictures* şirketlerinin filmlerini de dağıtmaktadır. Kaynak: <<http://corporate.disney.go.com/corporate/overview.html>>, Erişim Tarihi: 27.08.2010.

¹⁰⁵ LANGE, A. ve NEWMAN-BAUDAIS, S. (2003), *The Fragmented Universe of Film Distribution Companies in Europe*, European Audiovisual Observatory, *Distribution of European Films Workshop*, 29-31 August 2003, <http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/filmdistcompanies.pdf.en>, Erişim Tarihi: 29.07.2010, s. 7-9.

¹⁰⁶ Başka bir alıcının (dağıtım şirketi) bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, malın teslimatı müşterinin adresine götürülerek yapılsa dahi "pasif satış" anlamına gelmekte; medya aracılığıyla ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar, internet aracılığıyla yapılan satışlar "pasif satış" olarak değerlendirilmektedir. Rekabet Kurumu 2010, s.75. AB Komisyonu'nun aktif satış ve pasif satış yorumu için bkz. EUROPEAN COMMISSION (2010), *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ C 130/01 (19.05.2010), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2010:0411:FIN:EN:PDF>>, Erişim Tarihi: 25.08.2010, prg. 51.

¹⁰⁷ Yakın tarihli bir kararında Adalet Divanı; oyun konsolu ve oyun DVD'leri üreticisi olan Nintendo'nun, Avrupa İç Pazarı'nda faaliyet gösteren 7 distribütörü ile aralarındaki dağıtım anlaşmalarının "münhasır dağıtım sistemi" öngördüğünü, söz konusu anlaşmalarda dağıtım bölgeleri arası aktif satışların yasaklanmasına ek olarak pasif satışların da *de facto* yasaklanması konusunda üretici ve distribütörler arasında irade uyumu (*concurrence of wills*) bulunduğunu kaydetmiş ve bunun da 101. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir. *Case 260/09 Activision Blizzard Germany GmbH v Commission [2011]* (henüz yayımlanmamıştır)

¹⁰⁸ Bellamy ve Child 2008, s.439. Burada kastedilen pasif perakende satış (*retail sale*) olup, pasif toptan satışların (*wholesale*) kısıtlanması, dikey anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarmamaktadır. Bkz. 330/2010 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü, madde 4b(ii) (*Commission Regulation (EU) 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty*

sunulan bir DVD'nin başka bir dağıtım bölgesine satışı, dağıtım bölgelerinin farklı bölge koduna dahil edilmiş ülkelerde olması halinde, kısıtlanabilecektir.

Örneğin Avrupa İç Pazarı sınırları içerisinde bulunan 2. bölgeye dahil Tallinn'de (Estonya) bulunan bir dağıtım şirketine ait DVD'lerin bölge kodunun (Estonya'nın 5. bölgeye dahil olması sonucu) 5 olması ve hemen yakınında yine Avrupa İç Pazarı sınırları içerisinde bulunan 2. bölgeye dahil Helsinki'de (Finlandiya) bulunan başka bir dağıtım şirketine ait DVD'lerin de bölge kodunun 2 olması sonucu, bölge kodu kısıtlamalarının tüketici tercihleri üzerindeki etkisi yüzünden Tallinn'deki teşebbüsün Helsinki'nin dahil olduğu dağıtım bölgesinden gelebilecek pasif satışlardan *de facto* mahrum kalması muhtemeldir. Bölge kodu kısıtlamalarının olmadığı alelade bir ürün için ise (örneğin taşınabilir flash bellek) 5. bölgeden, 2. bölgeye pasif satış yoluyla satılması halinde benzer bir teknik kısıtlama söz konusu olmayabilecektir.

Bu bağlamda bölge kodu koruması film şirketlerine, DVD'lerin dağıtım konusunda coğrafi kontrol imkanı veren bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır. Zira film şirketlerinin savunmalarında, bölge kodu sayesinde filmlerin dünyanın farklı yerlerinde farklı tarihlerde dağıtımının sağlandığı ifade edildiğine göre bölge kodu, film şirketlerine dünya çapında bir coğrafi kontrol imkanı vermektedir. Bu imkan doğrultusunda film şirketleri pazarı bölerek, farklı pazarlardaki farklı talep eğilimlerinden azami şekilde yararlanmaya yönelik uygulamalar içerisine girmişler ve DVD bölge kodlarını da geliştirerek bu uygulamayı daha sağlam hale getirmişlerdir. Ekonomik açıdan bakıldığında pazar paylaşımının oluşumunu kolaylaştıran bir husus da, serbest ticaretin kısıtlanarak paralel ithalatın engellenmesidir.

4.2. Serbest Ticaretin Kısıtlanması

AB'nin kuruluş nedenlerinden biri de, *inter alia*, üye devletler arasında malların serbest dolaşımını sağlamak ve gümrük vergisi, kota vb. uygulamalar ile Topluluk içi ticaretin kısıtlanmasının önüne geçebilmektir.¹⁰⁹ Bu bağlamda Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 34. maddesinde (eski 28. madde) üye devletler arası ihracatta, 35. maddesinde (eski 29. madde) ise üye devletler arası ithalatta miktar kısıtlamaları veya eş etkili önlemler yasaklanarak, Topluluk sınırları içerisinde serbest ticaretin güvence altına alınmasına

on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices).

¹⁰⁹ "Aktif satış ve pasif satış ayrımı, Komisyon'un dikey anlaşmaların yararları (bedavacılık sorunun ortadan kalkması) ile potansiyel zararlarını (yüksek fiyatlar) dengeleyebilmesi açısından yaratıcı bir yöntemdir." Monti 2007, s. 364.

¹¹⁰ Üye devletler arası serbest ticaretin kısıtlanmamasının önemi için bkz. Mestmäcker ve Schwitzer 2004, s. 129.

çalışılmıştır. Ancak 36. madde (eski 30. madde) ile üye devletlerin, keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı olmadığı sürece, ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerinin istisnalarından biri olarak “fikri ve sınaî mülkiyet haklarının korunması” gerekçesini göstermelerine izin verilmiştir.

Zira fikri mülkiyet hakları ile hak sahibine belli konularda münhasırlık tanınmasıyla birlikte serbest ticaretin önünde bazı engellerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Fikri mülkiyet hakları için ulusallık prensibinin öngörülmüş olması sonucu, Topluluk sınırları içerisinde birtakım ulusal sınırların yaratılarak pazar paylaşımı yapılmasına Adalet Divanı sessiz kalmamış ve bu durumun önlenmesi için fikri mülkiyet haklarının varlığı (*existence*) ile kullanılış biçimlerini (*exercise*) birbirinden ayrı olarak değerlendirmiştir.^{111 112}

Consten Grundig kararında Adalet Divanı, fikri mülkiyet haklarının esasen Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 345. maddesiyle¹¹³ (eski 295. madde) güvence altına alındığını ve 36. maddeyle de, keyfi bir ayrımcılık yapılmadığı ve kötüye kullanılmadığı taktirde, malların serbest dolaşımı ilkesinin bir istisnasını oluşturduğunu vurgulamış, ancak bu hakların kullanılış biçiminin 101. ve 102. madde (eski 81 ve 82. maddeler) ışığında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹¹⁴ Böylece bizzat bu hakların varlığının serbest ticaretin kısıtlanmasına yol açmadığının, ancak hakların kullanılış biçiminin serbest ticaretin kısıtlanması sonucunu doğurabileceğinin altı çizilmiştir.¹¹⁵ Daha sonraki kararlarında Adalet Divanı’nın, fikri hakların yenilikleri ve yaratıcılığı artıran rolünün farkına vararak, ekonomik analize

¹¹¹ CRAIG, P. ve DE BURCA, G. (2003), *EU Law Texts Cases and Materials*, 3rd Edition, Oxford University Press, Great Britain, s.1028; McCORMICK J. (1999), *The European Union Politics and Policies*, 2nd Edition, Westview Press, London, s.2; Ritter ve Braun 2004, s.732. Adalet Divanı’nın fikri mülkiyet haklarının varlığı ile kullanılış biçimleri şeklinde bir ayırım benimsemesi eleştiren Jones ve Sufrin bu hakların, sahiplerine üçüncü kişilerin ihlallerini önleme imkanı tanıdıklarını, ancak AB rekabet hukukunun bu tür hak ihlallerini önlemek açısından hak sahibinin yetkilerini kısıtlaması halinde, hakların varlığının da bir anlamının kalmayacağını altını çizmiştir. Jones ve Sufrin 2010, s.714, dn. 33.

¹¹² Esasen Adalet Divanı’nın fikri mülkiyet haklarına yaklaşımı zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. İlk önce hakların varlığı ile kullanılış biçimi arasında bir ayırım yaparak, kullanılış biçimi açısından rekabet hukuku kurallarına tabi olacağına dair kararlar vermiş, daha sonra hakkın verdiği asıl koruma (*specific subject matter*) doktrinini benimseyerek hukuka uygun kullanım (*normal use*) ile sınırlarını aşarak kötüye kullanım (*misuse*) arasına bir çizgi çekmeye çalışmış, günümüzde ise son olarak “hakların tükenmesi” ilkesi uyarınca kararlar verme eğilimi göstermiştir. Govaere 1996, s.100-101.

¹¹³ Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 345. maddesi, söz konusu Antlaşmanın üye devletlerdeki mülkiyet rejimine hiçbir şekilde halel getirmeyeceğini vurgulamıştır. Böylece Adalet Divanı, fikri mülkiyet haklarını da klasik mülkiyet hakları arasında zikretmiştir.

¹¹⁴ *Joined Cases 56 and 58/64 Consten and Grundig v Commission* [1966] ECR 299.

¹¹⁵ *Case 24/67 Parke Davis Co. v Probel and Centrafarm* [1968] ECR 55. Benzer bir karar için bkz. *Case 119/75 Terrapin Ltd v Terranova Industrie C. A. Kapferer and Co* [1976] ECR 1039.

yöneldiği ve daha çok fikri mülkiyet haklarının korunması yönünde kararlar verdiği ifade edilmektedir.¹¹⁶

Bu noktada DVD bölge kodu koruması; fikri mülkiyet haklarının, ortak pazarın bölümlere ayrılması suretiyle keyfi bir ayrımcılık yapılacak şekilde kullanılmasına güzel bir örnektir. Örneğin 01.05.2004 tarihinden itibaren Letonya, Litvanya ve Estonya'nın, AB'ye üye devlet haline gelerek Topluluk sınırları içerisine dahil olmasına rağmen, daha önceden 5. bölgeye dahil edilmiş olması, diğer üye devletler tarafından 2. bölge DVD'lerin söz konusu ülkelere satışının önüne geçilmesi sonucunu doğurduğundan malların serbest dolaşımı ilkesine ciddi bir aykırılık teşkil etmektedir.

DVD'lerin Topluluk sınırları içerisinde serbest dolaşım ilkesinden yararlanacağına kabul edilmiş olmasına rağmen¹¹⁷ bölge kodu koruması, tek pazar entegrasyonu hedefinin sağlanması ve malların serbest dolaşımı ilkesinin hayata geçirilmesini engellemekte, bunun sonucunda Topluluk içindeki tüm DVD'leri çalıştırabilmek için tüketicilerin ya bölgesiz cihaz kullanmaları ya da hem bölge 2, hem de bölge 5 koduyla donatılan iki farklı oynatıcı cihaz almaları gerekmektedir.¹¹⁸ Topluluk sınırları içinde tek pazar politikası, malların serbest dolaşımını ve buna bağlı olarak yapılan fiyat ayrımcılığının da ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir.¹¹⁹

Ancak Blu-Ray'ler için öngörülen bölgelerde söz konusu ülkeler, yukarıda şekil 7'den görüleceği üzere BDA tarafından diğer AB üyeleri ile aynı bölgeye (bölge 2\B) dahil edilmişlerdir. Düşüncemize göre bu durum, bölge kodu korumasından fayda sağlayan teşebbüslerin, mal ve hizmetlerin Avrupa İç Pazarı içerisinde serbestçe dolaşımı ilkesine ve tek pazar politikasına

¹¹⁶ Bellamy ve Child 2008, s.817; Crampes 2005, s.2. Ancak bu konuda karşıt görüşler de bulunmaktadır. Govaere'ye göre önceki yıllarda fikri mülkiyet haklarının amacı ve gerekliliği dikkate alınarak etkin bir şekilde korunmaları söz konusu iken günümüzde bu korumanın yerini, bu hakların diğer hukuk kurallarına (özellikle rekabet hukuku) uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti almıştır. Govaere 1996, s.1.

¹¹⁷ *Joined Cases 60 and 61/84 Cinéthèque v Fédération Nationale des Cinémas Français [1985] ECR 2605*. Bu kararda her ne kadar sinema filmlerinin video kaset versiyonları (VHS, Betamax vb.) ele alınmış ise de, DVD'leri de kapsayacak şekilde yorumlanması mümkündür.

¹¹⁸ HANSEN, H. S. (2004), "Hollywood puts 3 Baltic countries into a 'Second Class' of the European Union - or Hollywood does not recognize EU's single market from May First 2004", <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105673>, Erişim Tarihi: 26.10.2009, s. 2. Ancak görsel içeriğe sahip DVD üreticileri; Letonya, Litvanya ve Estonya'nın 5. bölgeden çıkarılarak 2. bölgeye dahil edilmesi yerine, İç Pazara hem bölge 2, hem de bölge 5'de çalışmak üzere (2 ayrı bölge koduna sahip) DVD'ler sürerek bu sorunu aşma eğilimi göstermektedirler. Dolayısıyla bir DVD'nin birden fazla bölge koduna sahip olması mümkün iken, oynatıcı cihazın ancak bir bölge koduna sahip olduğu (bölgesiz cihazlar müstesna) ortaya çıkmaktadır.

¹¹⁹ Cornish ve Llewelyn 2007, s.38.

aykırılıktan dolayı Komisyon ile Adalet Divanı tarafından verilebilecek ihlal kararlarının ve olası ağır para cezalarının ciddiyetinin farkına vardıklarına dair bir gelişme olup, serbest ticaretin kısıtlandığını zımnen kabul ettiklerini göstermektedir.

DVD bölge kodu koruması sonucu, kullanılmış (2. el) DVD satış pazarında da serbest ticaret kısıtlanmaktadır. Zira bu pazarda faaliyet göstermek isteyen bir satıcı, bölge kodu koruması sonucu alıcının sahip olduğu oynatıcı cihazın bölge koduna uygun bir DVD'yi tedarik etmek durumunda kalacaktır. Bölge kodu hakkında üreticiler ile tüketiciler arasındaki bilgi asimetrisi (*asymmetric information*) sorununun farkında olan alıcıların da farklı bölge kodlu DVD'leri almama eğilimi göstermeleri halinde bu pazarda faaliyet göstermek zorlaşacağından, bölge kodları serbest ticaretin önünde *de facto* bir engel oluşturacaktır.

4.3. Paralel İthalatın Engellenmesi

AB hukukunda ilk defa *Deutsche Grammophon* kararında¹²⁰ detaylı bir şekilde ortaya konularak telif hakkı için de uygulanabilir nitelikte olan¹²¹ ve fikri mülkiyet haklarının korunması ile serbest ticaret arasında bir denge kurmaya çalışılması sonucu ortaya çıkan¹²² “hakların tükenmesi ilkesi” (*exhaustion of rights*) ile bağlantılı bir kavram olan paralel ithalat; fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izniyle bir başkası tarafından hakkın konusunu oluşturan malların, hak sahibinin bulunduğu ülkeye ek olarak başka bir ülkede piyasaya sürülmesi halinde, hak sahibinin iznine gerek olmaksızın bu ülkeden hak sahibinin bulunduğu ülkeye ithal edilmesidir.¹²³ Paralel ithalatı, normal ithalattan ayıran unsur fikri mülkiyet hakkı sahibinin, mallarının yetkili distribütör dışında başka biri tarafından başka bir ülkeye ithal edilmesini arzu etmemekle birlikte bu duruma katlanmasıdır.¹²⁴

¹²⁰ Case 78/70 *Deutsche Grammophon v Metro* [1971] ECR 48.7.

¹²¹ Bellamy ve Child 2008, s. 846; Ritter ve Braun 2004, s. 736.

¹²² GÜÇER, S. (2005), *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:13, Ankara, s. 60.

¹²³ Cornish ve Llewelyn 2007, s. 48; KAYHAN, F. (2000), “Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi”, *FMR*, No:1(1), s. 51. Adalet Divanı bir kararında marka hakkı sahibinin rızası olmadan marka hakkı konusu malların Avrupa İç Pazarı'na (Avrupa Ekonomik Alanı'na) ilk kez sürülmesi halinde bunun marka hakkı ihlaline yol açacağını belirtmiş, somut olayda hak sahibinin rızasının örtülü olarak alındığına yönelik iddiaları reddederek bunun açık bir şekilde belirtilmesini gerektiğini ifade etmiş; söz konusu malların İç Pazar'a hak sahibinin açık veya belli şartlar altında örtülü rızası ile bir kez sürüldükten sonra ise marka hakkı savunmasıyla paralel ithalatının önlemeyeceğine hükmetmiştir. *Joined Cases 414 and 416/99 Zino Davidoff SA v A&G Imports Ltd and Levi Strauss & Co. v Tesco Stores Ltd* [2001] ECR I-8961.

¹²⁴ STOTHERS, C. (2007), *Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing, Oxford, s. 2.

Paralel ithalatın olmadığı bir dünya düzeninde telif hakkı sahibi, hiçbir rekabet baskısı hissetmeksizin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak ürünün dağıtılması açısından bir pazarı istediği gibi bölerek farklı pazarlarda farklı fiyat politikaları uygulayabilir.¹²⁵ Aynı zamanda paralel ithalatın olmadığı bir durumda, teşebbüslerce yapılan pazar paylaşımı sonucu tüketiciler, sadece kendileri için öngörülen bölgedeki ürünleri almak durumunda kalacağından tüketicilerin seçme özgürlüğü de zedeleneyecektir.¹²⁶ Paralel ithalatın engellenmesiyle birlikte çeşit sayısının azalabileceği ve kalitenin düşebileceği de ileri sürülebilir. Örneğin 4. bölgeye dahil Avustralya’da 2000 yılının başında 720 adet görsel içeriğe sahip DVD piyasalarda bulunmakta iken, 1. bölgeye dahil ABD’de bu rakam 5000’dir.¹²⁷ Benzer şekilde 2. bölgeye göre, 1. bölge DVD’lerin sayısının daha fazla olduğu, daha erken piyasaya sürüldüğü ve daha fazla yan unsurları içerdiği belirtilmektedir.¹²⁸

Paralel ithalatın asıl önemi, ürünün piyasaya sunulduğu iki ülkede anlamlı bir fiyat farkının olduğu durumlarda yaşanmaktadır.¹²⁹ Bu durumda paralel ithalatçılar tarafından fiyatı ucuz olan ülkeden alınan mal, fiyatı pahalı olan ülkeye ithal edilebilecek,¹³⁰ böylece İç Pazar içerisinde yüksek fiyatlar varlığını devam ettiremeyeceklerdir.¹³¹ Dünyanın 6 farklı bölgeye ayrılarak bir bölgede yüksek, diğer bölgede ise düşük bir fiyat politikası öngörülmesi halinde bölgeler arası paralel ithalat gündeme gelecektir. 1. bölge DVD’lerin ortalama 15-20 ABD Doları, 4. bölge DVD’lerin ise ortalama 20-25 ABD Doları olduğu belirtilerek, 1. bölge DVD’lerin genellikle daha ucuz olduğu kaydedilmiştir.¹³² Benzer şekilde, DVD fiyatlarının ABD pazarına göre AB pazarında daha yüksek olduğu belirtilmektedir.¹³³

Sinema filmi sektöründe *Hollywood* menşeli film şirketlerinin çektikleri filmler, ilk önce ABD pazarında vizyona girmekte, daha sonra kademeli olarak

¹²⁵ JONES, R. (2000), “Parallel Imports & Intellectual Property Restraints: The Australian Competition&Consumer Commission’s Perspective”, United Nations Regional Seminar on Competition Law and Policy for Asia-Pacific, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/255574>>, Erişim Tarihi: 11.01.2010, s. 4.

¹²⁶ Whish 2008, s.513; Vinelli 2009, s. 105.

¹²⁷ JONES, R. (2001), “Difficulties between the pro-competitive community and Intellectual Property”, Queensland Law Society Seminar, Barisbane, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/256459>>, Erişim Tarihi: 09.01.2010, s. 9.

¹²⁸ Kaynak: <<http://www.moneysavingexpert.com/shopping/dvd-unlock>>, Erişim Tarihi: 17.08.2010

¹²⁹ Stothers 2007, s. 2; Vinelli 2009, s. 107; Güçer 2005, s. 70.

¹³⁰ Bkz. Rekabet Kurulu’nun 00-44/472-257 sayı ve 06.11.2000 tarihli Police, Sting ve Vogart kararı, s.11 vd.

¹³¹ Bellamy ve Child 2008, s. 43.

¹³² Sweeting 2001.

¹³³ Monti 2001, s. 4.

diđer űlkelere dađıtımı yapılmaktadır. Buna bađlı bir sonuç olarak bu filmlerin DVD'leri, ilk önce ABD pazarında satıřa sunulmaktadır, ancak bu sırada diđer űlkelerde bu filmler daha vizyona girmemiř ya da vizyondan henűz kalkmamıř olabilmektedir. ABD pazarı dıřında söz konusu filmlerin sinemalara dađıtımını yapan teřebbűslerin menfaatlerinin koruması için bölge kodu koruması, filmlerin henűz vizyona girmediđi veya vizyondan kalkmadıđı űlkelerdeki tűketicilerin, ABD pazarındaki 1. bölge DVD'leri ithal etmelerini önlemektedir.¹³⁴

Bu noktada bölge kodu korumasının, rekabet hukukunda dikey anlařmalarla engellenmesine izin verilmeyen bireysel paralel ithalatları dahi kısıtlayan bir etkisi olduđu grűlmektedir. Zira kullanıcıların oynatıcı cihazlarında çalıřmaması sonucu, farklı bölgelerden paralel ithalatları suretiyle farklı bölge koduna sahip DVD'lere gösterilen talep dűřűk kalacaktır. Yasadıřı kopyalanan DVD'lerin aksine, paralel ithalatla temin edilen DVD'ler yasal olarak űretilmiř olup, sadece o űlkeye yetkili olmayan bir dađıtıcı tarafından ihraç edilmiřtir.

Paralel ithalatın nlenilmesiyle film űirketleri, bu uygulama sonucu oluřan "gri piyasa"nın (*grey market*)¹³⁵ ortadan kaldırılmasını ve bölge kodu koruması ile yaratılan pazar paylařımının gűlendirilmesini hedeflemektedirler. Tamamen yasal yollardan temin edip kullanmak isteseler bile tűketiciler, gri piyasadan aldıkları farklı bölge koduna sahip DVD'leri alıřtıramayacaklardır. Bu űekilde *Hollywood* menřeli film űirketleri; tűketicilerin yalnızca her bölge için tasarladıkları perakende sistemden DVD'ler satın almasını, böylece paralel ithalat dahil farklı dađıtım kanallarından DVD'ler satın alamamalarını ngrműřlerdir.

Birleřik Krallık pazarında satılmak için *BBFC*'nin getirdiği ulusal standartlara aykırı olarak 1. bölge DVD'lerin paralel ithalat suretiyle temin edilip, ticari amaçlarla Birleřik Krallık pazarında satılması mahkumiyetle sonuçlanmıştır.¹³⁶ Bu durum bölge kodu korumasının, yař sınırlamalarıyla getirilen sosyal regűlasyonlarla da birleşmesi halinde DVD'lerin paralel ithalatı

¹³⁴ Hu 2007, s. 1.

¹³⁵ Bu piyasaya, gri piyasa adının verilmesinin nedeni űrűnlerin yasadıřı olmaması sonucu "siyah" olarak nitelendirilememesi ve bir kez piyasaya sűrűldűkten sonra fikri műlkiyet hakkı sahibinin rızası alınmadan piyasada alınıp satılması sonucu bir fikri műlkiyet hakkı ihlali olup olmadıđı ynűnde űphelerin olması nedeniyle de "beyaz" olarak nitelendirilememesi űzerine iki rengin karıřımı olan "gri" olarak nitelendirilmesidir. MURPHY, G. (2000), "Who's Wearing the Sunglasses Now?", *European Competition Law Review*, No: 21(1), s.1; Crampes vd 2005, s. 5.

¹³⁶ Hu 2007, s. 3.

önünde ne derece engellerin bulunduğunu göstermektedir.¹³⁷ Nitekim Avustralya Rekabet ve Tüketici Komisyonu (*Australian Competition and Consumer Commission, ACCC*) bölge kodu korumasını, film şirketlerinin veya dağıtım şirketlerinin bir bölgeye ihraç ettiği DVD'leri, başkaları tarafından paralel ithalatla aynı bölgeye sokulan DVD'lerin yaratacağı rekabet baskısından koruyan yapay bir piyasaya giriş engeli olarak nitelendirmiştir.¹³⁸

AB rekabet hukuku uygulamasında, paralel ithalatın engellenmesi amacına veya etkisine sahip teşebbüsler arası anlaşma veya uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı, üye devletler arası ticareti etkileyeceğinden 101. maddenin ihlali sonucunu doğuracaktır.¹³⁹ Zira baskın olan ekonomik teoriye göre İç Pazar'da verimliliği ve tüketici refahını artırıcı etkiler gösterdiği için, AB'de paralel ithalatlar hoş karşılanmaktadır ve Adalat Divanı ile Komisyon, paralel ithalatı kolaylaştıracak yönde birçok karara imza atmışlardır.^{140 141}

4.4. Haksız Rekabet

Haksız rekabet; farklı alanlarda farklı boyutları ve çok çeşitli türleri olduğundan dolayı, farklı hukuk sistemlerine göre birbiriyle aynı olmayan durumları ifade edebilmektedir. Ancak haksız rekabete ilişkin kuralların, serbest piyasa ekonomisinin temeli olan teşebbüsler arası serbest rekabette adilliğin korunmasını amaçladığı ve ticari hayatta kanunlar ve diğer yasal düzenlemeler

¹³⁷ Her ne kadar ticari amaçla yapılan paralel ithalatların, bireysel amaçla yapılan paralel ithalatlara göre birtakım kısıtlamalara tabi olduğu bir gerçek ise de, bölge kodlarından kaynaklanan kısıtlamaların, diğer mal ve hizmetlerin paralel ithalatına oranla görsel içeriğe sahip DVD'lerin ticari amaçla yapılan paralel ithalatlarını zorlaştırdığı açıktır.

¹³⁸ ACCC (2000), "Consumers in dark about DVD imports", <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/87605>>, Erişim Tarihi: 09.01.2010.

¹³⁹ Murphy 2000, s. 5. Nitekim Komisyon'un da görüşü bu yöndedir. Komisyon bir kararında bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: "...the Commission clearly established that the implementation of anti-competitive practices, in the form of restrictions of parallel imports... would clearly contravene Community competition rules." (Paralel ithalatların engellenmesini öngören rekabete aykırı eylemlerin, Topluluk rekabet kurallarına açıkça bir ihlal oluşturduğu Komisyon tarafından net bir şekilde kabul edilmiştir.) *Case IV/35.733-VW [1998] OJ L 124/60, p.0060-0108.*

¹⁴⁰ SEVILLE, C. (2009), "Publication Review: 'Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law'", *European Intellectual Property Review*, No: 31(12), s. 636. Komisyon, paralel ithalatı kısıtlayıcı yönde davranışlarda bulunan teşebbüslere yüksek miktarlarda para cezası vermektedir. Bellamy ve Child 2008, s. 43.

¹⁴¹ Örneğin Adalet Divanı *United Brands* kararında söz konusu teşebbüsün, *inter alia*, Topluluk sınırları içerisinde farklı üye devletlerde, maliyet farklılığı (örneğin ulaşım maliyetleri, gümrük vergileri, iş gücü ücretleri, pazarlama maliyetleri, kur farkları, hatta "rekabetin yoğunluğu") bulunmamasına rağmen birbirinden farklı fiyatlar uyguladığını ve bir üye devletten diğerine yapılacak yeniden satışları da önlediği gerekçesiyle hakim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir. *Case 27/76 United Brands Company v Commission [1978] ECR 207* Benzer bir karar için.

tarafından yasaklanan her türlü aldatıcı, yanıltıcı veya dürüst olmayan davranışların gerçekleştirilmesini önlemeye çalıştığı ileri sürülebilir.¹⁴²

DVD bölge kodu koruması, oynatıcı cihaz üreticisi teşebbüsler arasında haksız rekabete yol açmaktadır. Şöyle ki DVD bölge kodu koruması, görsel içeriğe sahip DVD üreticilerinin aksine tüketicilere herhangi bir fayda sağlamadığından dolayı tüketiciler tarafından forumlarda şikayet edilmekte,¹⁴³ bu durumdan haberdar olan tüketicilerin oynatıcı cihazlardaki tercihi ise genellikle bölgesiz cihazlar yolunda olmaktadır. Bu durum DVD oynatıcı cihaz üreticilerinin, bölgesiz cihaz üretmelerini teşvik etmektedir.¹⁴⁴ Ancak DVD formatını ve logosunu ürettikleri oynatıcı cihazda kullanabilmek için üreticiler, bu formatın ve logonun sahibi olan *FLLC* ile lisans sözleşmesi yapmak zorunda olduklarından lisans sözleşmesi ve ekleri gereği bölgesiz ya da çok-bölgeli cihaz üretememektedirler.

Bu noktada, her ne kadar bölgesiz cihaz üreten üreticilerin bu ürünleri yasal olarak DVD oynatıcı cihaz olarak nitelendirilemese bile, tüketici talebi sonucu bölgesiz ya da çok-bölgeli oynatıcı cihazların satışları artabilecektir. Nitekim bölgesiz oynatıcı cihazlar, Avrupa ve Asya pazarlarında ciddi bir taleple karşılaşmıştır.¹⁴⁵ Bu durum sözleşmesel bir zorunluluk sonucunda bölge koduyla donatılmış oynatıcı cihazlara gösterilen talebin azalmasına ve bu cihazların pazar paylarının azalmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla rakip teşebbüsler için de geçerli olan yasal veya sözleşmesel kurallara aykırı bir durum yaratılmaktadır.¹⁴⁶

İngiliz menşeli süpermarketler zinciri *Tesco* şirketinin genel müdürü, mağazalarında satılan bölgesiz cihazlarla ilgili soru sorulması karşısında bölge kodu uygulamasını “*gereksiz*” olarak nitelendirmiş; bunun “*serbest rekabetin ruhuna aykırı*” olduğunu ve “*muhtemel bir serbest ticaret kısıtlamasına*” yol açabileceğini belirterek, mağazalarında satıldığı günden beri bölgesiz cihazlara

¹⁴² SANDERS, A.K. (1997), *Unfair Competition Law*, Clarendon Press Oxford, USA, s.22. Ayrıca bkz. GOLDSTEIN, P. ve EDMUND W. K. (2003), *Unfair Competition, Trademark, Copyright, and Patent*, Foundation Press, New York, s.3 vd.

¹⁴³ Tüketicilerin bölge kodu koruması hakkında bazı düşünceleri ve tepkileri için bkz.

<<http://forums.about.com/ab-hometheater/messages/?lgnF=y&msg=448.1>>.

Erişim tarihi: 13.01.2010.

¹⁴⁴ 2001 yılı itibarıyla tüm dünya sınırları olarak belirlenen ilgili coğrafi pazarda, bölgesiz cihazların [televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar kastedilmektedir] pazar paylarının % 14 olduğu ifade edilmiştir. Smith 2001.

¹⁴⁵ Hu 2007, s. 3.

¹⁴⁶ Örneğin 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 57. maddesinin 1. fıkrasının 10. bendinde “*rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek*” haksız rekabete yol açabilecek bir davranış olarak düzenlenmiştir.

büyük bir talebin gösterildiğinin altını çizmiştir.¹⁴⁷ Böylece lisans sözleşmesine uymayan üreticilerin, lisans sözleşmesine uyanlar ile rekabette haksız olarak daha avantajlı bir duruma geldikleri açıkça görülmektedir.

DVD bölge kodu korumasının; buna uygun olarak oynatıcı cihazlar üreten teşebbüslerin üretim maliyetlerini artırdığı, bunun da esasen arzu edilebilir bir durum olmadığı zira tüketicilere herhangi bir fayda sağlamadığı, bu nedenle bölge kodu korumasıyla donatılan oynatıcı cihazların tüketici nezdinde değerini azalttığı, halihazırda ciddi büyüklükteki bir tüketici kitlesinin bölgesiz oynatıcı cihaz ya da bölge kodunu kaldıran birtakım yazılımlar satın almak suretiyle ek bir maliyet ödedikleri, dolayısıyla bölge kodu kısıtlamaları sonucu hem oynatıcı cihaz üreticisi teşebbüslerin hem de tüketicilerin katlandıkları maliyetlerin dara kaybına (*deadweight loss*) ve toplumsal kaynakların israfına (*waste of social resources*) yol açtığı ileri sürülmüştür.¹⁴⁸

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bugüne kadar bu çalışmada ifade edilen yasal sorunlar açısından dünya çapında rekabet otoritelerinin herhangi bir rekabet ihlali tespit ettiklerine dair bir kararı veya bölge kodu korumasına ilişkin bir muafiyeti ya da mahkemelerin bu uygulamadan sorumluların mahkumiyetine ilişkin herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Bu uygulamaya karşı doğrudan ilk tepki ACCC tarafından dile getirilmiştir. ACCC, DVD bölge kodu koruması uygulamasının ve Avustralya için 4. bölge kodunun tayin edilmesinin rekabete aykırı bir davranış olup olmadığı ve tüketicilerin tercihlerini sınırlayarak daha yüksek fiyat ödemelerine yol açıp açmadığı açısından Avustralya Ticaret Kanunu'na (Trade Practices Act 1974) uygunluğunu incelemiştir.

Basın duyurusunda; bölge kodu koruması vasıtasıyla rekabetin bulunduğu bazı dış ülke pazarlarından daha düşük bir fiyatla DVD ithalatının engellenerek, iç pazardaki tüketiciler için daha yüksek bir fiyat uygulamanın mümkün hale gelebileceğini belirterek tüketicileri bölge kodu koruması hakkında uyarılmış, ancak bu uygulamayı sona erdirecek herhangi bir karar almamıştır.¹⁴⁹ ACCC, bölge kodu koruma sisteminin geliştirilip uygulanması konusunda eğer görsel içeriğe sahip DVD üreticileri anlaşmışlar ise bunun rekabeti kısıtlayıcı bir eylem olabileceğini ve bu durumun Avustralya'nın yanı sıra, diğer ülkelerin rekabet kurallarını da ihlal edebileceğini, ancak Avustralya'nın yargı yetkisi dışında kalan uluslararası bölge kodu

¹⁴⁷ HARRISON, L. ve SMITH, T. (2000), "Tesco slams 'unnecessary' DVD zoning", The Register 21.02.2000, <http://www.theregister.co.uk/2000/02/21/tesco_slams_unnecessary_dvd_zoning/>, Erişim Tarihi: 14.01.2010.

¹⁴⁸ Dunt vd. 2001, s. 15.

¹⁴⁹ ACCC 2000.

uygulamasının önünde bazı engellerin bulunduğunu ve bu durumun Avustralya Federal Parlamentosu'na bildirileceğini kaydetmiştir.¹⁵⁰

DVD bölge kodu koruması ve bu korumayla ortaya çıkan sonuçlar 2000'li yılların başında AB'de inceleme konusu yapılmıştır. Konu ilk kez bir parlamenterin yazılı soru önergesi ile AB Komisyonu'na iletilerek dile getirilmiştir. Soru önergesinde; “Komisyon, DVD oynatıcı cihazların bilerek ve istenerek 6 farklı bölge ile kodlanarak DVD fiyatlarındaki serbest rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurduğunun farkında mıdır?”, “Bu durum AB vatandaşlarının, dünyanın birçok bölgesinde satılmakta olan ucuz DVD'lerden faydalanamayacağı anlamına mı gelmektedir?”, “Komisyon bu rekabeti bozucu davranışın yasaklanması gerektiğini düşünmemekte midir?” ve “Rekabeti bozucu bu davranışın olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için tüketicilerin bölge kodunu kaldıran uygulamalara yönelmesi ve üreticilerin buna misilleme olarak üretim garantisini hükümsüz kılması engellenmemeli midir?” olmak üzere farklı sorular yöneltilmiştir.¹⁵¹

Komisyon temsilcisi; bölge kodu korumasının film şirketlerinin filmleri üzerindeki telif haklarını korumalarını ve söz konusu filmlerin dünyanın farklı yerlerinde farklı tarihlerde gösterime sunmaya yönelik geleneksel uygulamalarını devam ettirmelerini sağlayan bir uygulama olduğunu, film şirketlerinin filmlerini dünyanın farklı yerlerinde farklı tarihlerde ve farklı fiyatlarla gösterime sunmasının telif hakkı kanunları ile koruma altında bulunduğunu, film şirketlerinden bir veya birkaçının hakim durumda olmadığı sürece bölge kodu koruması vasıtasıyla telif haklarının kullanılmasının bir per se rekabet ihlali olmadığını, bölge kodu korumasının ancak birkaç şirketin aralarında anlaşıp bu sistemi DVD'lere entegre ederek filmlerin gösterime sunulma zamanları ve fiyatları hakkında anlaşmaları halinde bir rekabet ihlali olabileceğini, son olarak telif hakkı ihlalleri sonucu film şirketlerinin milyarlarca dolar zarara uğradıkları ifade edildiğinden, üreticinin üretim garantisini hükümsüz kılmasında herhangi bir rekabeti bozucu unsurun bulunmadığını belirtmiştir.¹⁵²

Bu yanıtların üzerine aynı parlamenter, Komisyon'un bu tavrıyla rekabeti bozucu bu davranışı onayladığını vurgulayarak bölge kodunun, filmlerin farklı ülkelere dağıtımında telif haklarının korunmasını sağlayan bir uygulama olduğu kabul edilse dahi, DVD'ler bir kez dünyanın her yerinde piyasalara sunulduğu andan itibaren niçin daha sonra bölgesiz hale getirilerek üretilmediklerini sormuş ve bölge kodu korumasının temel amacının aslında

¹⁵⁰ Fitzsimmons 2001.

¹⁵¹ OJ 053 E, 20.02.2001, s. 0157 - 0158.

¹⁵² OJ 053 E, 20.02.2001, s. 0158 - 0159.

hakim durumdaki film şirketi\şirketlerinin kârlarını ençoklaştırmak olduğunu ifade etmiştir.¹⁵³ Bu soru üzerine aynı temsilci; bir DVD'nin bölge koduyla donatılması kararını tek tek film şirketlerinin verdiği, (Letonya, Litvanya ve Estonya'nın o tarihlerde üye devlet statüsünde olmaması sonucu) üye devletlerin tümü tek bir bölgede yer aldığından bölge kodu korumasının üye devletler arası serbest ticareti kısıtlamadığını, ancak bölge kodu sonucu AB sınırları içerisinde başka ülkelerden yapılacak paralel ithalatların engellenebileceğini, fikri mülkiyet haklarının paralel ithalatın engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde kullanılması halinde bu duruma rekabet kurallarının sağlayabileceği çözümlerin sınırlı olduğunu belirterek, bölge kodu korumasını AB rekabet kuralları nezdinde değerlendirmeye geçmiştir.

Bu bağlamda, merkezleri AB sınırları içerisinde bulunmamasına rağmen Avrupa İç Pazarı'nda faaliyet gösteren teşebbüsler üzerinde de yargı yetkisine sahip olan¹⁵⁴ Komisyon tarafından yapılan önaraştırma kapsamında DVD'lerin bölge kodu korumasıyla donatılması kararını film şirketlerinin birbirinden bağımsız şekilde almasından dolayı bu eylemin 101. maddede düzenlenen teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya uyumlu eylem kategorisine girmediğini; film şirketlerinden bir veya birkaçının ilgili pazarda (sinema filmleri yapımı pazarı, *feature films*) hakim durumda bulunmadıklarından dolayı bu eylemin 102. madde kapsamına da girmediğini; piyasaya sürüldükten bir süre sonra DVD'lerin bölgesiz hale getirilip getirilmeyeceğinin kararını ise telif hakkı sahibi film şirketlerinin verebileceğini ifade etmiştir.¹⁵⁵ Buna rağmen önaraştırma kapsamında DVD bölge kodu uygulaması hakkında Haziran 2001 tarihinde soruşturma başlatılmış,¹⁵⁶ ancak bu soruşturmanın sonuçları kamuoyuna duyurulmamıştır.

Konu ile ilgili bizzat görüşülen ve soruşturma kapsamında görev alan bir Komisyon yetkilisi; bölge kodu uygulamasıyla İç Pazarı alt pazarlara ayrılması ve paralel ithalatların önlenmesi açısından endişelerinin bulunduğunu, ancak soruşturma kapsamında iki farklı sorunla karşılaştıklarını, öncelikle soruşturma tarihi itibarıyla İç Pazar'ın tümünün tek bir bölgeden oluştuğundan

¹⁵³ OJ 103 E, 03.04.2001, s. 0138 - 0139.

¹⁵⁴ Ritter ve Braun 2004, s.73-74. Adalet Divanı *Wood Pulp I* kararında rekabet kurallarının; anlaşma veya uyumlu eylemin yapıldığı ya da teşebbüs birliği kararının alındığı fiziksel yerle sınırlı olarak uygulanması durumunda bunun AB rekabet kurallarının uygulanmaması konusunda AB dışı teşebbüslere bir çıkış noktası sağlayabileceğini ifade ettikten sonra dolayısıyla belirleyici faktörün, söz konusu ihlaller sonucu rekabete aykırı sonuçların görüldüğü coğrafi pazar olduğunu vurgulamış ve Komisyon'un, *inter alia*, ABD menşeli firmalar hakkında da yargı yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. *Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117, and 125-9/95 Ahlström Oy v Commission (Wood Pulp) [1988] ECR 519.3.*

¹⁵⁵ OJ 103 E, 03.04.2001, s. 0138 - 0139.

¹⁵⁶ OJ 137 E, 12.06.2003, s. 0034 - 0034.

dolayı asıl olarak AB ile ABD arasındaki ticaretin etkilenip etkilenmediğini incelediklerini, ancak Amazon gibi firmaların internet satışlarının önem kazanmasıyla birlikte bu durumun İç Pazar üzerindeki etkilerini araştırmayı pratikte çok zorlaştırdığını; ikinci olarak ise yine soruşturma tarihi itibarıyla Euro ve Amerikan Doları arası ciddi kur dalgalanmalarının yařandđını ve bu durumun sıklıkla fiyat farklılıklarına yol açtığını, bu yüzden de bölge kodlarının rekabet karşıtı (*anti-competitive*) etkilerini ispatlamanın neredeyse imkansız olduğunu belirtmiş ve soruşturma sonucunun kamuoyuna duyurulmadığını doğrulamış, ancak şayet fiyatlarda ciddi farklılıklar ispat edilebilseydi, sektörde yaygın hale gelen (*industry-wide*) bu uygulamayı 101. madde kapsamında değerlendirmekten de memnun olacaklarını vurgulamıştır.¹⁵⁷

Her ne kadar bir rekabet ihlali tespit etmeden dosyayı kapatsa da Komisyon, sadece *Hollywood* menşeli film şirketleri açısından sınırlı bir değerlendirme yapmış ve bir teşebbüs birliği olarak nitelendirilebilecek *DVD Forum*'un bu uygulamayı yönlendirdiği hususunu göz ardı etmiştir. Zira bu uygulamanın çıkış noktasını *DVD Forum*'un aldığı kararların oluşturması ve bağlayıcı bir şekilde *FLLC* ve *CCA* ile imzalanan lisans sözleşmesi ve eklerinde bu kararlara yer verilerek oynatıcı cihaz üreticilerinin de bu uygulamayı benimsemek zorunda bırakılmaları, ortada tavsiye niteliğinde dahi olmayan bir teşebbüs birliği kararına işaret etmektedir.¹⁵⁸ Buna ek olarak, bölge kodu korumasının hararetle savunucularından biri olan *MPAA*'nin, tek başlarına karar aldıkları iddia edilen kendisine ye film şirketlerine etki edebilecek herhangi bir kararı olup olmadığı da incelenmemiştir. Yasal bir zorunluluk veya tekniğin de gerektirdiği bir uygulama olmamasına rağmen, *Hollywood* menşeli film şirketlerinin hemen hemen hepsi tarafından benimsenip aynı şekilde uygulanıyor olması akıllara, bir başka ihtimal olarak anlaşma veya uyumlu eylem ihtimalini de getirmektedir.¹⁵⁹ Son olarak Letonya, Litvanya ve Estonya'nın yeliği ile

¹⁵⁷ Kevin Coates, *DG COMP, Head of Unit, Communications Policy and Interinstitutional Relations* (Londra, 20.01.2011).

¹⁵⁸ Bu tespiti doğrulayabilecek başka bir husus da, bölge kodu kısıtlamalarından etkilenmeyerek görsel içeriğe sahip DVD'leri çalıştırabilen medya oynatıcı yazılımlardır. Yukarıda değinildiği üzere, bölge kodu seçim hakkı biterek bir bölgeye sabitlenen bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlarda dahi bazı medya oynatıcı yazılımlar kullanmak suretiyle farklı bölge DVD'lerin çalıştırıldığı, ancak bazı medya oynatıcı yazılımların ise kullanıcıyı bölge kodu hatasıyla karşılaştırdığı olaya tekrar bakarsak, ikinci türden yazılımların üreticisi teşebbüslerin ikisinin de *DVD Forum*'a ye olması, buna karşın ilk türden bir yazılımın üreticisi teşebbüsün *DVD Forum*'un yesi olmaması, bölge kodu kullanma hususunda *DVD Forum*'un bir etkisinin olabileceğini düşündürmektedir.

¹⁵⁹ Gerçekten de DVD bölgeleri, farklı film şirketlerine göre farklı olarak belirlenmemiş, tüm film şirketleri için geçerli olarak yeknesak bir şekilde belirlenmiştir. Örneğin hiçbir *Hollywood* menşeli film şirketi, kendisi tarafından yapılan DVD ihracatlarında 2. bölgeye dahil Japonya'yı 1. bölgeye dahil etmemiştir. Yine aynı şekilde Güney Afrika'nın 2. bölgeye dahil edilerek, 5. bölgeye giren Afrika'nın geri kalanından soyutlanması ve bunun tüm film şirketleri tarafından benimsenmesi bir

birlikte Avrupa İç Pazarı'nın artık sadece tek bir bölgeden oluşmadığı hususunun da gözden geçirilmesi gerekmektedir.¹⁶⁰

Düşüncemize göre DVD bölge kodu uygulaması, rekabet kuralları karşısında piyasa kaynaklarının veya unsurlarının piyasa dışı kontrolü, paralel ithalatların zorlaştırılması, telif haklarının fikri mülkiyet hukukundan doğan koruma sınırlarının rekabet hukukunu ihlal edecek bir düzeye ulaşacak şekilde aşılması, tüketici tercihlerinin sınırlanması ve tüketici refahının azaltılması olarak değerlendirilmelidir. Böyle bir tespitin doğrulanması halinde bölge kodu koruması; rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran teşebbüsler arası bir anlaşma veya uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı olarak 101. madde altında incelenmelidir. Rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı bir anlaşma veya uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilmesi halinde, bu tür uzlaşmaların (*collusion*) yaratabileceği olası ekonomik etkinliğin, rekabeti sınırlayıcı etkileriyle karşılaştırılarak bir değerlendirilme yapılmasını öngören 101 (3). madde kapsamında muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağı incelendiğinde ise, söz konusu maddede topluca aranan¹⁶¹ “malların üretim veya dağıtımında iyileşmelerin ya da teknik veya ekonomik gelişmenin sağlanması”, “tüketicinin bu gelişmeden adil bir pay alması”, “rekabetin bu amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması” ve “ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” şartlarından ilkinin gerçekleştiği iddia edilse bile (bkz. MPAA'nın iddiaları), bölge kodu korumasının diğer üç şartı taşıdığını, özellikle de ikinci şartı yerine getirdiğini ileri sürmek son derece güçtür.

Tüketiciler tarafından forumlarda sürekli şikayet edilen, tüketici tercihlerini kısıtlayan ve tüketicilerin kendisinden kurtulmak için birtakım maliyetlere katlanması sonucunu doğuran bölge kodu korumasından, 101 (3). madde kapsamında tüketicilerin yararlanması (adil bir pay alması, *a fair share*

uzlaşma ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Dünya çapında 200'ü aşkın ülkenin bulunması ve bütün ülkelerin, her film şirketi tarafından yeknesak olarak altı farklı DVD bölgesine dahil edilmiş olması da bölge kodlarının film şirketleri tarafından birbirinden bağımsız olarak düşünüldüğü, bu konuda bir uzlaşmanın bulunmadığı iddiasını büyük ölçüde çürütmektedir.

¹⁶⁰ Bu husus, gerek 101. madde gerek 102. maddenin uygulama koşullarından biri olan üye devletlere arası ticarete etki etme (*effect on trade between member states*) koşulunun sağlanması açısından önem arz etmektedir. Şayet İç Pazar'ın sadece 2. bölge ülkeler ile sınırlı olması halinde, bu koşulun varlığı somut olayda nispeten daha zor tespit edilebilecekti ve büyük ihtimalle İç Pazar sınırlarına dahil olmayan komşu ülkelerden yapılacak ithalat ve ihracatlar açısından konuya yaklaşılabilirdi.

¹⁶¹ Bkz. EUROPEAN COMMISSION (2004), *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, OJ C 101/08 (27.04.2004), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:EN:PDF>>, Erişim Tarihi: 24.08.2010, prg. 34.

of the resulting benefit)¹⁶² düşüncemize göre hiçbir şekilde söz konusu değildir.¹⁶³ Benzer şekilde, bazı durumlarda toplam refahı veya etkinliği artırdığı gerekçesiyle rekabet yanlısı (*pro-competitive*) bir uygulama olarak da belirebilen fiyat ayrımcılığının,¹⁶⁴ bölge kodu koruması ile dünyanın altı farklı bölgeye ayrılması suretiyle *Hollywood* menşeli film şirketlerinin, talep eğilimlerindeki bölgeler arası farklılıklardan yararlanarak, filmlerinin dünya çapında elde ettiği gişe hasılatlarına ek olarak DVD'lerinden de elde edecekleri kârları azami şekilde artırmayı amaçlaması veya bu sonucu doğurması, maliyet farklılığına dayanmaması ve bölge kodlarının da tüketiciler arası yeniden satışları önlemek üzere kullanılması sonucu, somut olayda rekabet karşıtı etkilerinin daha fazla olduğu görülmektedir.

Ancak DVD bölge kodu korumasının, rekabet hukuku kurallarının uygulanması noktasında birtakım güçlükler barındırdığı görülmektedir. Bu bağlamda, hiçbir film şirketinin hakim durumda olmadığı düşünüldüğünde 102. madde uygulama alanı bulamayacak; film şirketleri arasında bir anlaşma ya

¹⁶² Bu ibare ile kastedilen, rekabetin kısıtlanması sonucu en azından tüketicinin uğradığı veya uğrayacağı zararı tazmin edebilecek bir iyileşmenin veya gelişmenin yaratılmış olmasıdır. Muafiyet talep edilen rekabet kısıtlamasının, bundan etkilenen tüketicinin bakış açısına göre en azından nötr bir net etkiye sahip olması, bir başka deyişle rekabet kısıtlaması sonucu tüketicinin, mevcut durumundan daha kötü bir durumla karşılaşmaması gerekmektedir. Tüketiciler bu kısıtlamadan dolayı daha avantajsız bir duruma (*worse-off*) düştükleri takdirde, muafiyeti talep edilen rekabet kısıtlaması 101(3). maddenin kapsamını dışına çıkacaktır. *Ibid*, prg. 85.

¹⁶³ Bölge kodu korumasıyla donatılan bir oynatıcı cihaza sahip tüketici, farklı bölge kodlarına sahip DVD'leri de çalıştırabilmek için birtakım maliyetlere katlanacaktır. Birinci bölümde bahsedilen bilgiler ışığında, bu maliyetler ya farklı bir bölge koduyla donatılmış veya bölgesiz yeni bir oynatıcı cihaz satın almak sonucu geçiş maliyetleri (*switching costs*) ya da bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar için bölge kodunu kaldıran yazılımları; televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar için ise bölge kodunu kaldıran kodları satın almak sonucu ek maliyetler (*additional costs*) şeklinde ortaya çıkacaktır. Geçiş maliyetleri yeni alınacak bir oynatıcı cihazın maliyetine eşit olacak, hatta bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlarda, bilgisayarın konfigürasyonuna göre bağlantı şeklinin değişmesiyle birlikte (örneğin *IDE* bağlantıdan *SATA* bağlantıya bir yükseltme [*upgrade*] yapılması) buna uygun bilgisayar donanımı (örneğin bilgisayarın anakartının değişmesi) ve bağlantı kabloları gibi birtakım hususların hesaba katılmasıyla geçiş maliyetleri artabilecektir. Benzer şekilde televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar için de televizyona bağlantı şeklinin değişebilmesiyle birlikte (örneğin *SCART* bağlantıdan *HDMI* bağlantıya yükseltme yapılması) buna uygun bağlantı kabloları gibi yan unsurların hesaba katılmasıyla geçiş maliyetleri artabilecektir. Çalışmamızın hazırlandığı tarih itibarıyla bilgisayar tabanlı oynatıcı cihazlar için bölge kodunu kaldıran yazılımların fiyatları piyasada ortalama 30-50 ABD Doları; televizyon tabanlı oynatıcı cihazlar için bölge kodunu kaldıran kodların fiyatları ise 15-20 ABD Doları arasında değişmektedir. Bu bilgiler ışığında ve ücretsiz versiyonları ve kodları kullanmadığı sürece -ki bunları arayıp bulmaya yönelik çabaların yol açtığı işlem maliyetleri (*transaction costs*) ve harcanılan zamanın yol açtığı fırsat maliyetleri (*opportunity costs*) de hesaba katılırsa- yapacağı bir fayda-maliyet analizine (*cost-benefit analysis*) göre kararını verecek olan tüketici, herhalükarda belli bir maliyete katlanacaktır.

¹⁶⁴ Rekabet Kurumu 2010, s. 42.

da uyumlu eylemin ya da bir teşebbüs birliğinin kararının ispatlanamaması halinde de 101. madde uygulanamayacaktır. Aslında DVD bölge kodlarında söz konusu olan durum, rekabete aykırı bir uygulamanın çok sayıda teşebbüs tarafından benimsenip uygulanıyor olmasıdır. Söz konusu uygulama eğer tüm teşebbüslerce birbirinden bağımsız bir şekilde geliştirilmiş, başka bir deyişle bu uygulamanın doğuşu ve gelişimi sırasında teşebbüsler arası hiçbir uzlaşma meydana gelmemiş ise, söz konusu uygulama rekabet kuralları kapsamına girmeyecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere bölge kodları, tekniğin gerektirdiği zorunlu bir koşul olmamasına rağmen, tamamen aynı şekilde çok sayıda teşebbüs tarafından uygulanmaktadır ve DVD bölgeleri açısından tam bir yeknesaklık söz konusudur; ayrıca bölge kodları, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsten görerek kendisinin de kolayca uygulayabileceği bir husus değildir.¹⁶⁵

Böyle bir durumda başvurulabilecek en etkin yöntem, 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün¹⁶⁶ 17. maddesinde yer alan Komisyon'un rekabeti kısıtlayıcı uygulamaların görüldüğü belli bir piyasa hakkında sektör araştırması (*sector inquiry*) yapma yetkisidir. Bu sayede film şirketlerinden, oynatıcı cihaz üreticilerinden, MPAA'den ve diğer teşebbüs birliklerinden, DVD satan veya dağıtan teşebbüslerden, hatta bilgi teknolojileri uzmanlarından (*IT experts*) vs. bilgi toplayabilme yetkisine sahip Komisyon, aynı madde uyarınca bulgularını

¹⁶⁵ Bu konuyu somutlaştırmak gerekirse, hemen aşağıda da değinileceği üzere Komisyon'un 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü uyarınca ilaç sektörü hakkında gerçekleştirdiği sektör araştırmasının sonucunda tespit ettiği rekabeti kısıtlayıcı bir uygulama da, *inter alia*, araştırmacı ilaç şirketlerinin (*originators*) ürettikleri bir ilaç hakkında çok sayıda ve çoğu gereksiz yere patent başvurusu yapması (*patent thickets*), böylece patent korumasının sona ermesi sonucu söz konusu ilacı daha ucuza üreterek tüketiciye sunabilecek olan jenerik ilaç şirketlerinin (*generics*) piyasaya girişlerini geciktirmeleridir. EUROPEAN COMMISSION (2008), *Pharmaceutical Sector Inquiry, Preliminary Report*, DG Competition Staff Working Paper, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf>

Erişim Tarihi: 22.01.2011, s. 9-10. Bu örnekte araştırmacı ilaç şirketlerinin büyük bir kısmı söz konusu uygulamayı gerçekleştirmekte, ve bu uygulamalar da hakim durumun bulunmaması sonucu 102. madde; teşebbüsler arası bir anlaşma ya da uyumlu eylem veya bir teşebbüs birliği kararının ispatlanamaması sonucu 101. madde kapsamına girmemektedir, ancak söz konusu rapor sonucu bu uygulamaların sektörde rekabeti kısıtlayıcı ve tüketici refahını azaltıcı sonuçlar doğurduğu tespit edilmiştir. Bu uygulamayı başka bir ilaç şirketinden gören bir ilaç şirketi benzer bir yola kendisi de başvurabilir, ve böylece sektörde bu uygulama yaygın bir hale gelebilir; zira bir ilaç şirketinin aynı ilaç hakkında çok sayıda ve gereksiz yere patent başvurularında bulunması münferit bir durumdur ve herhangi bir uzlaşmayı gerektirmemektedir. Ancak bölge kodlarında durum farklıdır, zira bölge kodlarına dahil bölgelerin ve ülkelerin tespit edilmesi gerekmektedir, başka bir deyişle bir uzlaşma olmadan yeknesak bir bölge kodu sistemi benimsemek mümkün değildir, meğer ki her teşebbüsün farklı bir bölge kodu sistemi bulunsun. Dolayısıyla bölge kodları, özünde teşebbüsler arası bir uzlaşmayı gerektiren bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁶⁶ Council Regulation (EC) 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

rapor olarak yayımlayabilecektir.¹⁶⁷ Her ne kadar bu araştırmanın sonunda Komisyon herhangi bir yaptırım yetkisine sahip olmasa da, en azından bu uygulama ve bu uygulamanın olumsuz sonuçlarını giderecek mekanizmalar hakkında (örneğin bölge kodunu kaldıran yazılımlar veya kodlar) kamuoyunun bilgisi artabilecektir.¹⁶⁸

Küreselleşmeyle birlikte gittikçe artan bir tüketim toplumu olma eğiliminin görüldüğü 21. yüzyılda, esasen yeni teknolojilerin gelişmesiyle birlikte kullanıcılara hiçbir fayda sağlamayan, aksine kullanıcılar tarafından sürekli şikayet edilerek, kendisine çok çeşitli alternatif yollar aranan bölge kodu korumasının varlığını kaybedeceği düşünülebilir. Zira bir teknolojinin ortaya çıkarılmasıyla, buna karşı başka bir teknolojinin geliştirilmesi günümüzde artık bir an meselesidir. Bu nedenle bir rekabet otoritesi veya mahkeme tarafından sona erdirilmeden önce dahi bölge kodu korumasının etkilerinin *de facto* sona ermesi gerçekleşmesi uzak bir ihtimal olmayacaktır. Ancak yeni bir medya formatı olan Blu-Ray'ler için de bölge kodu korumasının öngörölmüş olması, bu uygulamanın gelecekte diğer medya formatlarında da varlığını sürdürebileceğine, en azından bu uygulamadan vazgeçilmenin düşünülmediğine dair bir emare olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, sonuçları itibarıyla gün yüzüne çıkan bir uzlaşmayı işaret eden DVD bölge kodu korumasının tüketici refahı ve tercihleri üzerindeki ekonomik etkileri etraflı bir şekilde ele alınarak, bu bağlamda doğabilecek yasal sorunların incelenmesi son derece yerinde olacaktır.

¹⁶⁷ Komisyon daha önce bu yetkisini finansal piyasalar, enerji, sigorta, ilaç, roaming ve 3G sektörlerinde kullanmış ve 17. madde uyarınca bulgularını raporlar halinde yayımlamıştır. Daha fazla bilgi için bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries.html>, Erişim Tarihi: 22.01.2011.

¹⁶⁸ AB rekabet hukukunun aksine İngiliz rekabet hukukunda, İngiliz Rekabet Komisyonu'nun (*Competition Commission*) *Enterprise Act 2002* uyarınca yapacağı sektör araştırmalarında, rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğuran davranışlarda bulunan teşebbüsler hakkında gerek davranışsal gerekse yapısal önlemler alma yetkisi bulunmaktadır. Whish 2008, s. 265 ve 457-459; Monti 2007, s. 342-344. [Örneğin bu yetkisini kullandığı bir sektör araştırmasında İngiliz Rekabet Komisyonu, *British Airports Authority'nin* (BAA) Birleşik Krallık pazarında çok sayıda havaalanına sahip olması yüzünden havacılık sektörünün işleyişinde rekabeti olumsuz etkileyecek koşulların oluştuğu sonucuna ulaşmış, ve söz konusu yetkisini kullanarak BAA'e ait olan Gatwick ve Stansted havaalanının ikisinin birden ve Glasgow ya da Edinburgh havaalanlarından ise bir tanesinin ayrıştırılmasına (*divestiture*) karar vermiş; kararın buna ilişkin kısmı da İngiliz Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) tarafından onanmıştır. *Competition Commission v BAA Ltd&Anor [2010] EWCA Civ 1097*] Bu yetkilere sahip olması sonucu İngiliz Rekabet Komisyonu örneğin, rekabeti kısıtlayıcı bir uygulama olduğuna kanaat getirmesi halinde, film şirketlerine üretecekleri DVD'lere herhangi bir bölge kodu koymamalarını emredebileceği gibi bölge kodlarının üretilmiş DVD'lerden kaldırılmasına da karar verebilecektir. Şüphesiz Komisyon'un da benzer yetkilere sahip olması, bu uygulamanın sona erdirilmesi açısından hayati bir öneme sahip olabilecektir.

KAYNAKÇA

ACCC (2000), “Consumers in dark about DVD imports”, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/87605>>, Erişim Tarihi: 09.01.2010.

ACCC (2002), “Consumer Express July 2002”, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/815699>>, Erişim Tarihi: 11.01.2010.

AREZZO, E. (2009), “Video Games and Consoles between Copyright and Technical Protection Measures”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No: 40(1), s.85-95.

BELL, I. (2004), “Console Mod-chips Ruled Legal in Spain”, *Digital Trends* 29.04.2004, <<http://www.digitaltrends.com/gaming/console-mod-chips-ruled-legal-in-spain/>>, Erişim Tarihi: 23.01.2011.

BELLAMY, C. ve CHILD, G. (2008), *European Community Law of Competition*, 6th Edition, Oxford University Press, Great Britain.

CARLTON, D. W. ve PERLOFF, J.M. (2005), *Modern Industrial Organization*, 4th Edition, Pearson Addison Wesley Press, USA.

CHRIST, J. P. ve SLOWAK A.P. (2009), “Why Blu-Ray vs. HD-DVD is not VHS vs. Betamax: The Co-Evolution of Standard-Setting Consortia”, *FZID Discussion Papers*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626224>, Erişim Tarihi: 02.02.2011.

CORNISH W. R. ve LLEWELYN, D. (2007), *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks & Allied Rights*, 6th Edition, Sweet&Maxwell, London.

CRAIG, P. ve DE BURCA, G. (2003), *EU Law Texts Cases and Materials*, 3rd Edition, Oxford University Press, Great Britain.

CRAMPES, C., ENCAOUA, D. ve HOLLANDER, A. (2005), “Competition and Intellectual Property in The European Union”, <<http://idei.fr/doc/wp/2005/crampes.pdf>>, Erişim Tarihi: 18.01.2010.

DEMTSCHYNA, M. (2000), “Regional Code Enhancement and what it means for you when buying a DVD player”, <<http://www.michaeldvd.com.au/Articles/RegionalCodeEnhancement/RCE.asp>>, Erişim Tarihi: 04.01.2010.

DUNT, E., GANS, J.S. ve KING, S.P. (2001), *The Economic Consequences of DVD Regional Restrictions*, Library of University of Melbourne, <<http://www.mbs.edu/home/jgans/papers/dvd.pdf>>, Erişim Tarihi: 21.08.2010.

EUROPEAN COMMISSION (2008), *Pharmaceutical Sector Inquiry, Preliminary Report*, DG Competition Staff Working Paper, <<http://ec.europa>

eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/preliminary_report.pdf>, Erişim Tarihi: 22.01.2011.

FAULL, J. ve NIKPAY, A. (2007), *The EC Law of Competition*, 2nd Edition, Oxford University Press, Great Britain.

FITZSIMMONS, C. (2001), “Restricting DVD's illegal: ACCC”, The Australian 27.03.2001, <<http://www.consensus.com.au/ITWritersAwards/ITWarchive/ITWentries02/C1CaitlinFitzsimmons.htm>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010.

GERADIN, D. ve PETIT, N. (2006), “Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?”, *Journal of Competition Law & Economics*, No: 2(3), s. 479-531.

GERARD, D. (2005), “Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities”, D. Geradin (der.) *GCLC Research Papers on Article 82 EC* içinde s. 105-133.

GOLDSTEIN, P. ve EDMUND W. K. (2003), *Unfair Competition, Trademark, Copyright, and Patent*, Foundation Press, New York.

GONZALEZ, A.G. (2002), “Trouble with Prime Numbers: DeCSS, DVD and the Protection of Proprietary Encryption Tools”, *Journal of Information, Law and Technology*, No: 3, <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-3/guadamuz.html>> Erişim Tarihi: 28.01.2011.

GOVAERE, I. (1996), *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law*, Sweet & Maxwell Ltd., Great Britain.

GÜÇER, S. (2005), *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 13, Ankara.

HANSEN, H.S. (2004), “Hollywood puts 3 Baltic countries into a ‘Second Class’ of the European Union - or Hollywood does not recognize EU’s single market from May First 2004”, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105673>, Erişim Tarihi: 26.10.2009.

HARRISON, L. ve SMITH, T. (2000), “Tesco slams ‘unnecessary’ DVD zoning”, The Register 21.02.2000, <http://www.theregister.co.uk/2000/02/21/tesco_slams_unnecessary_dvd_zoning/>, Erişim Tarihi: 14.01.2010.

HU, B. (2007), “Closed Borders and Open Secrets: Regional Lockout, the Film Industry, and Code-Free DVD Players”, *Mediascape: Journal of Cinema and Media Studies*, UCLA, <http://www.tft.ucla.edu/mediascape/Spring06_ClosedBordersAndOpenSecrets.pdf>, Erişim Tarihi: 12.01.2010.

ILICAK, A. (2009), “ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi”, K.C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar*, XII Levha Yayınları, İstanbul içinde s. 41-74.

JONES, A. ve SUFRIN, B. (2010), *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 4th Edition, Oxford University Press, Great Britain.

JONES, R. (2000), “Parallel Imports & Intellectual Property Restraints: The Australian Competition & Consumer Commission’s Perspective”, United Nations Regional Seminar on Competition Law and Policy for Asia-Pacific, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/255574>>, Erişim Tarihi: 11.01.2010.

JONES, R. (2001), “Difficulties between the pro-competitive community and Intellectual Property”, Queensland Law Society Seminar, Barisbane, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/256459>>, Erişim tarihi: 09.01.2010.

KAYHAN, F. (2000), “Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi”, *FMR*, No:1(1), s.51-71.

KEKEVİ, H.G. (2008), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 15, Ankara.

KILIAN, W. (2008), *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München.

KORAH, V. ve O’SULLIVAN, D. (2002), *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford.

LANGE, A. ve NEWMAN-BAUDAIS, S. (2003), The Fragmented Universe of Film Distribution Companies in Europe, European Audiovisual Observatory, Distribution of Foreign Films Workshop, 29-31 August 2003, <http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/filmdistcompanies.pdf.en> Erişim tarihi: 29.07.2010.

LUH, J.C. (2001), “*Breaking Down DVD Borders*”, Washington Post 01.06.2001, <<http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A5310-2001May31?language=printer>>, Erişim Tarihi: 08.01.2010.

MACCULLOCH, A. (2005), “Game Over: the ‘Region Lock’ in Video Games”, *European Intellectual Property Review*, No:27(5), s.176-183.

McCORMICK J. (1999), *The European Union Politics and Policies*, 2nd Edition, Westview Press, London.

MESTMÄCKER, E. ve SCHWEITZER, H. (2004), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München.

MONTI, G. (2007), *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Great Britain.

MONTI, M. (2001), “Content, Competition and Consumers: Innovation and Choice”, Third European Competition Day, Stockholm, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/275&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>>, Erişim Tarihi: 12.01.2010.

MPAA (2010), *Theatrical Market Statistics*, <<http://www.mpa.org/Resources/091af5d6-faf7-4f58-9a8e-405466c1c5e5.pdf>> Erişim Tarihi: 15.02.2011.

MURPHY, G. (2000), “Who’s Wearing the Sunglasses Now?”, *European Competition Law Review*, No: 21(1), s.1-6.

O’DONOGHUE, R. ve PADILLA, A. J. (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing.

ÖZKAN, A.F. ve AYGÜN, E. (2010), “Rekabet Kurulu'nun Anten AŞ. Kararı ve Regülasyon Perspektifinden Türkiye'de Karasal Dijital Televizyon Yayıncılığı”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, No:6(22), s. 405-434.

POSNER, R. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, University of Chicago Press, USA.

REKABET KURUMU (2010), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı, Ankara.

RITTER, L. ve BRAUN, W.D. (2004), *European Competition Law: A Practitioner’s Guide*, 3rd Edition, Kluwer Law International, Great Britain.

ROBINSON, A. (2002), “‘Mod chipped’ Despatched with Additional Damages”, *Entertainment Law Review*, No:13(4), s. 83-86.

ROTCHILD, J. (2005), “Economic Analysis of Technological Protection Measures”, *Oregon Law Review*, No: 84, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742864>, Erişim Tarihi: 06.02.2011, s. 489-562.

SANCAK, M. (2008), “Blu-ray, çarpışmayı kazandı ama asıl savaşı kaybedecek”, Sabah 24.02.2008.

SANDERS, A.K. (1997), *Unfair Competition Law*, Clarendon Press Oxford, USA.

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara.

SEVILLE, C. (2009), "Publication Review: 'Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law'", *European Intellectual Property Review*, No: 31(12), s. 636-637.

SMITH, T. (2001), "DVD Forum to stamp out region-crackable players", *The Register* 24.07.2001, <http://www.theregister.co.uk/2001/07/24/dvd_forum_to_stamp_out/>, Erişim Tarihi: 14.01.2010.

SMITH, T. (2004), "Italian court rules mod chips legal", *The Register* 24 January 2004, <http://www.theregister.co.uk/2004/01/24/italian_court_rules_mod_chips/>, Erişim Tarihi: 12.02.2011.

SPULBER, D.F. (2008), "Unlocking Technology: Antitrust and Innovation", *Journal of Competition Law and Economics*, No:4(4), s.915-966.

STOLE, L.A. (2007), "Price Discrimination and Competition", M. Armstrong and R.H. Porter (der.), *Handbook of Industrial Organization Vol 3* içinde s. 2224-2299.

STOTHERS, C. (2007), *Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing, Oxford.

SWEETING, P. (2001), "Probes into regional DVD imperils studio strategy", *Variety* 03.06.2001, <<http://www.variety.com/article/VR1117800545.html?categoryid=1001&cs=1>>, Erişim Tarihi: 14.01.2010.

U.S. COPYRIGHT OFFICE (2003), "Rulemaking Hearing: Exemptions from Prohibitions on Circumvention of Technological Measures that Control Access to Copyrighted Works", <<http://www.copyright.gov/1201/2003/hearings/transcript-may15.pdf>>, Erişim Tarihi: 19.01.2010.

U.S. COPYRIGHT OFFICE (2006), "The Recommendation of the Register of Copyrights: Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies", <http://www.copyright.gov/1201/docs/1201_recommendation.pdf>, Erişim Tarihi: 19.01.2010.

VINELLI, R. (2009), "Bringing Down the Walls: How Technology Is Being Used to Thwart Parallel Importers Amid the International Confusion

Concerning Exhaustion of Rights”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, No: 17(1), s.101-136.

VISCUSI, W. K., HARRINGTON JR., J. E. ve VERNON, J. M. (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th Revised Edition, MIT Press, USA.

WHISH, R. (2008), *Competition Law*, 6th Edition, Oxford University Press, Great Britain.

Adalet Divanı Kararları

- *Case 24/67 Parke Davis Co. v Probel and Centrafarm [1968] ECR 55.*
- *Case 27/76 United Brands Company v Commission [1978] ECR 207.*
- *Case 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm [1976] ECR 235.*
- *Case 61/97 Foreningen Af Danske Videogramdistributører v Laserdisken [1998] ECR I-5171.*
- *Case 78/70 Deutsche Grammophon v Metro [1971] ECR 487.*
- *Case 119/75 Terrapin Ltd v Terranova Industrie C. A. Kapferer and Co [1976] ECR 1039.*
- *Case 158/86 Warner Bros and Metronome Video ApS v Christiansen [1988] ECR 2605.*
- *Case 260/09 Activision Blizzard Germany GmbH v Commission [2011] (henüz yayımlanmamıştır).*
- *Case 479/04 Laserdisken ApS v Kulturministeriet [2006] ECR I-8089.*
- *Joined Cases 55 and 57/80 Musik-Vertrieb Membran GmbH v GEMA [1981] ECR 147.*
- *Joined Cases 56 and 58/64 Consten and Grundig v Commission [1966] ECR 299.*
- *Joined Cases 60 and 61/84 Cinéthèque v Fédération Nationale des Cinémas Français [1985] ECR 2605.*
- *Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117, and 125-9/95 Ahlström Oy v Commission (Wood Pulp) [1988] ECR 5193.*
- *Joined Cases 92 and 326/92 Phil Collins v Imtrat, and Patricia and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola [1993] ECR I-1985.*
- *Joined Cases 414 and 416/99 Zino Davidoff SA v A&G Imports Ltd and Levi Strauss & Co. v Tesco Stores Ltd [2001] ECR I-8961.*

Komisyon Kararları

- *Case IV/35.733-VW, [1998] OJ L 124/60*

Amerikan Temyiz Mahkemesi Kararları

- *Universal City Studios v Reimerdes 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)*

Amerikan Bölge Mahkemesi Kararları

- *Sony Computer Entertainment America Inc. v GameMasters 87 F. Supp. 2d 976 (N.D. Cal. 1999)*

İngiliz Temyiz Mahkemesi Kararları

- *Competition Commission v BAA Ltd & Anor [2010] EWCA Civ 1097*

İngiliz Yüksek Mahkemesi Kararları

- *Sony Computer Entertainment Inc. v Owen [2002] EWHC 45 (Ch); [2002] E.C.D.R. 27 (Ch D)*
- *Sony Computer Entertainment Inc. v Ball [2004] EWHC 1738 (Ch)*

Rekabet Kurulu Kararları

- 00-44/472-257 sayı ve 06.11.2000 tarihli Police, Sting ve Vogart Kararı
- 07-19/192-63 sayı ve 08.03.2007 tarihli Warner Bros Kararı
- 10-44/765-248 sayı ve 17.06.2010 tarihli United International Pictures (UIP) Kararı

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, 2010 yılında Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında

gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy” and “Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal in 2010. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of

each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.
4. Foreign terms used in the text should be in italics.
5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.