

ISSN 1302 - 552X

# REKABET DERGİSİ COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 10 Sayı/Number: 1 Ocak/January 2009

- ◆ **Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri:  
Avrupa Topluluğu ve Türkiye**  
Dr. Uğur EMEK
- ◆ **Kredi Kartları Pazarında Çok Markalılık ve Rekabet:  
Rekabet Kurulu Kararları Işığında Pazar Analizi**  
Alper KARAKURT
- ◆ **AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik  
Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından  
“De Lege Ferenda” Düşünceler**  
Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY
- ◆ **Leniency Programmes**  
Hilal YILMAZ
- ◆ **Rekabet Kurulu Nihai Karar Özetleri**
- ◆ **Kesinleşmiş Danıştay Kararları Listesi**

10. YIL  
10th YEAR  
2000'den beri yayında  
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

---

---

**REKABET DERGİSİ**  
*COMPETITION JOURNAL*

---

---

**Cilt/Volume: 10**

**Sayı/Number: 1**

**Ocak/January 2009**

**Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi**  
*Refereed journal published quarterly*

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

**SORUMLU MÜDÜR**  
*MANAGING DIRECTOR*  
Tülay ÇÖL

**YAYIN KOMİSYONU**  
*EDITORIAL BOARD*  
Fevzi ÖZKAN  
H. Erkan YARDIMCI  
S. Barış ÖZER  
Serdar YARAR  
Dr. Murat Şahin ÖCAL  
Murat ÇETİNKAYA  
Tarkan ERDOĞAN  
Haluk ARI

**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 DEMİRÖZ  
Orçun SENYÜCEL

**YAYIN SEKRETERİ**  
*PUBLISHING SECRETARY*  
Özlem ÖZELTÜRKAY

**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. 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 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 2914444 - (90) 312 2667911

**E-posta / E-mail:** [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr)

**Web adresi / Web address:** <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

**REKABET DERGİSİ**  
*COMPETITION JOURNAL*

Cilt/Volume: 10

Sayı/Number: 1

Ocak/January 2009

**İÇİNDEKİLER / CONTENTS**

- 1 EDITÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 5 MAKALELER / ARTICLES**
- 7 Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye / Public Private Partnerships in Comparative Perspective: European Community and Turkey**  
Dr. Uğur EMEK
- 55 Kredi Kartları Pazarında Çok Markalılık ve Rekabet: Rekabet Kurulu Kararları Işığında Pazar Analizi / Multi-branding in the Credit Cards Market and Competition: Market Analysis in Light of the Competition Board Decisions**  
Alper KARAKURT
- 81 AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler / Reform Studies Related with Actions for Damage in Eu Competition Law and “De Lege Ferenda” Thoughts in Terms of Turkish Law**  
Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY
- 139 Leniency Programmes / Pişmanlık Programları**  
Hilal YILMAZ

- 165 REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ / THE  
SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS**  
(01.10.2008-31.12.2008)
- 191 KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ / THE  
LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS**  
(01.10.2008-31.12.2008)
- 197 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /  
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS**

**EDİTÖRDEN***FROM THE EDITOR*

Değerli okuyucularımız;

Yayımladığımız bu sayı ile birlikte Rekabet Dergisi'nin 10. yaşına ayak basmasının sevincini yaşıyoruz. Süreli akademik yayınların devamlılığını sağlama konusundaki zorluklar dikkate alındığında, dergimizin bu günlere gelmesinde emeği ve katkısı olan herkese teşekkür ediyoruz.

10. yaşına ulaşmasının yanında, Rekabet Dergisi'nin bu sayısı, okuyucularımıza şekil ve içerik açısından önemli yenilikler de sunuyor. Şekil bakımından, özellikle dergi kapağında yaptığımız değişikliklerin yanında, içeriğe yönelik yeniliklerle de sizlere rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında daha doyurucu bir yayın sunma amacındayız. İçeriğe yönelik yeniliklerden ilki, her bir sayının daha fazla sayıda makale içermesinin hedeflenmesidir. Bu çerçevede, bu sayımız eski sayılardan farklı olarak dört tane makaleyi içeriyor. Makalelere daha fazla yer ayrılması nedeniyle, Rekabet Kurulu ve Danıştay kararları ile uluslararası gelişmelere ilişkin haberlerin dergide yer almamasına karar verdik. İçeriğe ilişkin bir diğer yenilik ise, İngilizce yazılmış makalelere de dergide yer vermeye başlamamızdır. Bu çerçevede bu sayıda yayımlanan makalelerden birisi İngilizce olarak hazırlanmış bir çalışmadır.

Anılan yenilikler ışığında, dergimizin bu sayısı rekabet hukuku ve politikasıyla ilgili değişik konuları ele alan dört makaleyi içermektedir.

Bunlardan ilki, Uğur EMEK tarafından hazırlanmış olup, “*Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye*” başlığını taşımaktadır. Yazar, özel sektörün kamu hizmetlerine katılımına yönelik yöntemlerden biri olan kamu özel işbirlikleri konusunu ele almakta ve söz konusu işbirliklerine yönelik Topluluk ve Türkiye düzenlemelerini karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Makalede, bu işbirliklerinin faydalı olabilmesi için özel ortağın rekabetçi bir ihale sürecinde seçilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

İkinci makale, Rekabet Uzmanı Alper KARAKURT tarafından hazırlanan “*Kredi Kartları Pazarında Çok Markalılık ve Rekabet: Rekabet Kurulu Kararları Işığında Pazar Analizi*” başlıklı çalışmadır.

Yazar makalesinde kredi kartları pazarındaki rekabetçi yapı ve bu yapının tüketiciler üzerindeki etkisini incelemiştir. Bu inceleme neticesinde, Rekabet Kurulu tarafından bu pazarda gerçekleştirilen uygulamanın “çok markalılığı kuvvetlendirme amaçlı, tüketici faydasını gözeten ve rekabet odaklı bir politika” niteliğinde olduğu ve söz konusu uygulamanın Türkiye’de ilgili pazarın gelişmesinde etkisi bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bu sayıda yayımlayacağımız üçüncü makale, Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY tarafından hazırlanan “*AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler*” başlıklı çalışmadır. Yazar çalışmasında, AB rekabet hukukunda tazminat davalarına yönelik reform çalışmalarını incelemekte, ardından, 4054 sayılı Kanun ve bu Kanun’un değiştirilmesine yönelik Tasarı’da yer alan hükümler çerçevesinde ülkemizdeki mevzuatı değerlendirmektedir.

Bu sayıda yer alacak dördüncü ve son makale ise, Rekabet Uzmanı Hilal YILMAZ tarafından İngilizce olarak kaleme alınan “*Leniency Programmes (Pişmanlık Programları)*” başlıklı çalışmadır. Yazar, makalesinde, pişmanlık programlarının kartellerle mücadele araçlarından birisi olmasının nedenlerini, söz konusu programların işleyişini ve pişmanlık programlarının başarılı olabilmesi için gereken ön koşulları ele almaktadır.

Faydalı olması dileğiyle...



**EDİTÖRDEN**  
*FROM THE EDITOR*

Our distinguished readers;

With this issue, we experience the gladness that the Competition Journal stepped onto its 10th age. Having regard to the difficulties of ensuring the continuity of periodical academic publications, we thank to everyone who laboured and contributed to our journal's reaching today.

Besides its reaching its 10th age, this issue of the Competition Journal also offers to our readers important novelties as regards the form and content. In terms of the form, besides the changes we have made in the cover of the journal particularly, we have the aim to offer you a more satisfying publication in the areas of competition law, policy and industrial economics also with the novelties directed at the content. The first among the novelties directed at the content is that it is targeted that each issue contains greater number of articles. Within this framework, this issue of ours contains four articles different from the former issues. Due to the fact that articles are allocated a greater space, we decided that the Competition Board and Council of State decisions, and news related to international developments do not take place in the journal. And another novelty related to the content is that we commenced including in the journal those articles written in English as well. Within this framework, one of the articles published in this issue is a study prepared in English.

In the light of the novelties referred to, this issue of our journal contains four articles that deal with miscellaneous topics with regard to competition law and policy.

The first among them is the article of Uğur EMEK entitled "*Public Private Partnerships in Comparative Perspective: European Community and Turkey*". In his article, the author deals with the topic of public private partnerships, which is one of the methods of private participation in the public services and analyses Turkish and EC regulations on relevant partnerships in a comparative perspective by asserting that private partners

should be selected via a competitive tendering process in order to get benefit from these partnerships.

The second article is the study prepared by Competition Expert Alper KARAKURT, entitled “*Multi-Branding in the Credit Cards Market and Competition: Market Analysis in Light of the Competition Board Decisions*”. In his article, the author examined the competitive structure in the market for credit cards, and the impact of this structure on consumers. As a result of this examination, it was concluded that the practice carried out by the Competition Board in this market had the nature of a “policy that aimed to strengthen multibranding, observed consumer’s benefit and focused on competition” and that the practice in question was influential on the development of the relevant market in Turkey.

The third article we shall publish in this issue is prepared by the Assis. Prof. Dr. Ayhan KORTUNAY, entitled “*Reform Studies Related with Actions for Damage in EU Competition Law and “De Lege Ferenda” Thoughts in Terms of Turkish Law*”. In his study, the author examines reform studies directed at damages actions in the EU competition law, and following it, evaluates the legislation in our country under the provisions that take place in the Act No. 4054 and the Bill directed at amending this Act.

And the fourth and last article to take place in this issue is the study entitled “*Leniency Programmes*”, which was drafted in English by the Competition Expert Hilal YILMAZ. In her article, the author deals with the reasons for leniency programmes’ being one of the instruments for fighting cartels, the functioning of the programmes in question, and the prerequisites required for leniency programmes’ being successful.

Wishing that it would be beneficial...

**MAKALELER**  
*ARTICLES*

**KARŞILAŞTIRMALI PERSPEKTİFTEN KAMU ÖZEL  
İŞBİRLİKLERİ: AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRKİYE**  
*PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS IN COMPARATIVE  
PERSPECTIVE: EUROPEAN COMMUNITY AND TURKEY*

**Dr. Uğur EMEK\***

**Öz**

*Türkiye ve AT üyesi devletler dahil çoğu ülke, son yirmi yılda kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün finansal ve teknik birikimine daha fazla ihtiyaç duymaya başlamıştır. Altyapı yatırımlarının ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektirmesi, bütçe imkanlarının yetersizliği ve Devletin iktisadi hayattaki değişen rolü bu süreci hızlandırmaktadır. Ancak, özel sektörün kamu hizmetlerine katılımından gerçek anlamda fayda sağlayabilmek için, özel ortağın saydamlık, eşitlik ve orantısallık ilkelerine dayalı rekabetçi bir ihale sürecinde seçilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, imtiyaz sözleşmelerinin tanımı ve kapsamı, riskin özel ve kamu ortağı arasındaki dağılımı ve rekabetçi bir tahsisat mekanizması açısından AT ve Türk düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *İmtiyazlar, kamu özel işbirlikleri, rekabet, AB Türkiye*

**Abstract**

*Many countries including both Turkey and EC member states have more needed to make use of financial and technical accumulation of private sector in the provision of public services during last two decades. Advanced technology and large capital requirements for infrastructure investments, insufficient budget revenues and changing role of the State in the economic life have accelerated this tend. However, private partner should be selected via a competitive tendering process based on transparency, equality, and proportionality principles to get full benefit*

---

\* Devlet Planlama Teşkilatı, Planlama Uzmanı, Dr. (suemek@gmail.com). Çalışma DPT'nin görüşlerini yansıtmaz. Sorumluluğu yazarına aittir. Yorumlarıyla çalışmanın iyileşmesine katkı sağlayan, kimlikleri anonim Rekabet Dergisi hakemlerine teşekkür ederim.

*from private participation in the public services. In this study, Turkish and EC regulations will be explored in comparative perspective in terms of the definition and scope of concession contracts, the risk allocation between private and public partners, and the features of competitive award mechanisms.*

**Key Words:** *Concessions, public private partnerships, competition, EU, Turkey*

## 1. GİRİŞ

Kamu Özel İşbirlikleri<sup>1</sup> kamu hizmetlerini ve özellikle de ileri teknoloji ve yüksek sermaye gerektiren altyapı hizmetlerini sunmak amacıyla kamu idareleri ve özel teşebbüsler arasında oluşturulan sözleşmeye dayalı ilişkilere dir. KÖİ projeleri geleneksel kamu alımları ile özelleştirme uygulamaları arasında yer almaktadır. Geleneksel kamu alımlarında (*public procurement*), idareler kendileri ile hukuki bağları bulunmayan ve sermayelerinin en azından bir kısmına özel sektörün sahip olduğu teşebbüslerden ücreti karşılığında mal, hizmet veya yapım işleri almaktadır. Kamu hizmetini sunmakla görevlendirilen teşebbüslerin özelleştirilmesi veya ilgili hizmeti özel teşebbüslerin sağlamalarına izin verilmesi durumlarında, bu teşebbüslerin faaliyetleri kamu düzenlemeleri ile denetlenmektedir. KÖİ projelerinde ise kamu hizmetinin sunumu için yeni bir teşebbüs oluşturulmaktadır. Bu teşebbüsler kamu idareleriyle uzun vadeli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde kamu hizmetlerini sunmaktadırlar. Bunun yanısıra kamu hizmetlerinin sunumu için idareler ve özel teşebbüsler ortak girişimler de oluşturabilmektedirler. Kamunun, özel sektör kuruluşları ile işbirliğine gittiği projelerin amacı, kamu hizmetleri için gerekli yatırımları özel fonlar ile gerçekleştirmek ve hizmet sunumunda özel sektörün teknik ve kurumsal becerilerinden istifade etmektir.

KÖİ projelerinde hizmet bedelinin kullanıcılardan tahsilinden özel teşebbüsler sorumlu olmakla beraber, projenin niteliğine göre devlet özel teşebbüslerin arz ve talep yönlü risklerini paylaşabilmektedir. Devlet borç geri ödeme, alım ve girdi temini gibi konularda garantiler verebilmekte, ücretin bir kısmını veya tamamını hizmet sağlayıcısına ödeyebilmekte,

---

<sup>1</sup> *Public-Private Partnerships*-kısaca İngilizce PPP, Türkçe KÖİ

kamu hizmetinin sürdürülebilirliği, ücreti ve kalitesi konularında düzenleme, gözetim ve denetim yapmaktadır.

Uluslararası uygulamalarda KÖİ terimi kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesini sağlayan çok sayıda yonteme şemsiye işlevi görmekte ve hukuki bir kavramdan ziyade, kamu hizmetlerine özel sektörün katılımı politikalarının ismi olarak kullanılmaktadır. Tablo 1’de Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Fransa, Almanya ve Hollanda gibi seçilmiş ülkelerde KÖİ yöntemlerine ilişkin kullanılan terminoloji gösterilmektedir. Uluslararası gelişmelere benzer biçimde, bu ülkelerde de Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ), Yap-Kirala-Devret, Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet, Tasarla-Yap-İşlet-Devret, Ortak Girişim, İmtiyaz (*concession*)<sup>2</sup>, Kiralama, Yönetim Sözleşmesi, Hizmet Sözleşmesi, Anahtar Teslim Sözleşme (*turnkey contract*) ve *Private Finance Initiative* (PFI) isimleri altında çok sayıda KÖİ yöntemi geliştirildiği görülmektedir<sup>3</sup>. Farklı isimlerle nitelendirilen bu yöntemlerin ortak özelliği kamu hizmetinin sunumunda idarelerin ve özel teşebbüslerin sorumluluklarının –uzun- süreli sözleşmeler çerçevesinde belirlenmesidir. Sözleşmelerde taraflara yüklenen yetki ve sorumluluklar sözleşmenin içeriğini ve yöntemin biçimini belirlemektedir.

---

<sup>2</sup> Son dönemlerde “imtiyaz” kavramı yerine “*franchise*” kavramı da kullanılmaktadır (KLEIN, M. (1998), *Bidding for Concessions*, World Bank Policy Paper, No: 1957).

<sup>3</sup> Özellikle 1990’lı yıllarda altyapı hizmetlerinin sunumunda popülaritesi giderek artan KÖİ projelerinin çok eski bir geçmişi bulunmaktadır. Geleneksel olarak imtiyaz olarak adlandırılan ve kamu hizmetlerinin -uzun- süreli sözleşmeler ile özel sektöre gördürülmesi işlemi ondokuzuncu yüzyıla kadar gitmektedir (GRIMSEY, D. ve M.K. LEWIS (2004), *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure provision and Project Finance*, Edward Elgar, Massachusetts, s. 41).

Tablo 1. Seçilmiş Ülkelerde Göre KÖİ Terminolojisi

	ABD	ALMANYA	HOLLANDA	FRANSA
Yap-Kirala-Devret	Blt (Build, Lease, Transfer)	Bauen, Leasen, Transferieren		
Yap-İşlet -Devret	Bot (Build, Operate, Transfer)	Bauen, Betreiben, Transferieren		Opération De Type Investissement-Concession
Yap-Sahip Ol-İşlet	Boo (Build, Own, Operate)	Bauen, Besitzen, Betreiben		
Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret	(Build, Own, Operate, Transfer)	Bauen, Besitzen, Betreiben, Transferieren		
İmtiyaz Sözleşmesi	Franchising	Konzessionsvertrag	Concessie	Concession
Hizmet Satın Alma Sözleşmesi		Contracting-Verträge		
Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet		Planen, Bauen, Finanzieren, Betreiben		Design Build Finance Operate Scheme
Tasarla-Yap-Finanse Et-Bakımını Yap			Ontwerp, Bouw, Financiering, Onderhoud	
Tasarla-Yap-İşlet-Devret	Design, Build, Operate	Planen, Bauen, Betreiben, Transferieren		
Ortak Girişim		Kooperationsyönteml	Publiek-Private Ontwikkelingsmaatschappij	Société D'économie Mixte
Faaliyet Yönetimi	Facility Management	Facility Management		
Kiralama	Enhanced Used Leasing	Verpachtung		Affermage

İşletme-Bakım-Onarım		Wartung		
Yönetim Sözleşmesi		Managementverträge/Betrieb sführungsverträge		Gerance
Kamu-Özel-Ortaklığı	Public Private Partnerships	Public Private Partnerships	Publiek-Private Samenwerking	
Kamu Sektörü Karşılaştırması		Public Sector Comparator (Psc)	Publieke Sector Comparator	
Hizmet Sözleşmesi	Operations, Maintenance and Management	Serviceverträge		
Anahtar Teslim Sözleşme	Turnkey Contract	Schlüsselfertiger Kauf		

**Kaynak:** UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (1999), Public-Private Partnerships: Terms Related to Building and Facility Partnerships, <http://www.gao.gov/special.pubs/Gg99071.pdf>, Erişim Tarihi: 25.11.2007 ve DAVID, H., R. DE LA MOTTE ve S. DAVIES (2003). "Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)", Public Services International Research Unit (PSIRU), <http://www.epsu.org>, Erişim Tarihi: 25.11.2007.



KÖİ projelerinin yatırım, finansman, işletme ve sahiplikten oluşan dört unsuru bulunmaktadır. Projeler bu unsurları içerdikleri ölçüde farklı isimler alabilmektedir. Örneğin, Fransız tipi standart imtiyaz sözleşmelerinde özel teşebbüsler projenin finansmanı, yatırımı ve işletmesinden sorumludurlar ve mülkiyet kamu sektörüne aittir. İşletme hakkının devri imtiyazlarında ise kamu sektörü yatırımlardan sorumludur ve bunların sahibidir. Özel teşebbüsler elde edeceği ücret geliri çerçevesinde işletme ve bakım-onarım hizmetlerinden sorumludur. Birleşik Krallık'ta (BK) 1992 yılında uygulamaya konulan PFI<sup>4</sup> yönteminde sözleşmeler uzun sürelidir ve yatırım ve finansman sorumluluğu özel ortağa verilmektedir. Özel sektör sözleşme çerçevesinde hastane, hapisane, atık çöp yönetimi gibi hizmetlerin gerektirdiği yatırım ve finansman sorumluluğunu üstlenmekte, hizmetin bedelini de devletten sözleşme süresince düzenli olarak almaktadır. Bu yöntemin BK Hazinesi tarafından en cazip yönü bütçe dışı (*off-budgeting*) faaliyet olmasıdır. Yatırım harcamaları yılı bütçesinin giderleri içerisinde yer almamaktadır. Özel teşebbüslere yapılan düzenli ödemeler ise yıllara yayılmaktadır. Bu tür bütçe dışı harcamalar kamu giderlerini bugün için düşük göstermekte, ancak gelecek yükümlülükleri artırmaktadır<sup>5,6</sup>.

<sup>4</sup> 1990'lı yıllarda popülaritesi BK sayesinde artan PFI, BK uygulamasında da hukuki bir terim değildir ve kamu yatırımlarına özel sektörün katılımını öngören politikanın adıdır. AB mevzuatı çerçevesinde PFI sözleşmelerinin içeriğine bakılarak, hukuki anlamda imtiyaz ya da kamu alımları sözleşmeleri oldukları kararlaştırılmakta ve bu ayrıma göre sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejimler belirlenmektedir.

<sup>5</sup> BK'da idarelerin bütçe düzenlemelerinden kaçınmak amacıyla KÖİ projelerine başvurularını önlemek amacıyla Kamu Sektörü Karşılaştırıcısı (*Public Sector Comparator*) testi geliştirilmiştir (BOVIS, C. (2005), Public Procurement in European Union, Palgrave, New York, s.179-180). Kamu kurumlarının doğal olarak finansal piyasalardan daha avantajlı koşullarda borçlanabilmeleri, altyapı hizmetlerinin yapımı ve işletilmesi sürecinde daha tecrübeli olmaları ve örtüşen konularda ve alanlarda diğer kamu kurumlarıyla daha kolay işbirliklerine gidebilmeleri gibi nedenlerle kamu hizmetlerini daha düşük maliyetle gerçekleştirmeleri beklenmektedir. Kamu Sektörü Karşılaştırıcısı testi ile idarelerin geleneksel tedarik yöntemine başvurmaları halinde ortaya çıkabilecek maliyetler belirlenmekte; özel teşebbüslerin tahmini maliyetleri, geleneksel tedarik göre hesaplanan maliyetlerle karşılaştırılmakta; hizmetin geleneksel yöntemle tedarik edilmesi veya özel sektöre gördürülmesi yönteminden hangisi daha maliyet etkin ise o yöntem tercih edilmektedir (Grimsey ve Lewis, 2004:136-138).

<sup>6</sup> David vd. 2003 ve Grimsey ve Lewis, 2004:153.

Tablo 2: Gelişen Ülkelerde Sözleşmeye Bağlanan KÖİ Projeleri

Sektör	Hükümetlere Lisans Ücreti Ödeme Taahhüdü*	Fiziki Yatırım Taahhüdü*	Toplam Yatırım Taahhüdü*
Enerji	101268	270235	371503
Telekom	154174	450637	604811
Ulaşım	39030	171242	210272
İçme suyu ve kanalizasyon	9306	47165	56471
<b>TOPLAM</b>	<b>303778</b>	<b>939279</b>	<b>1243057</b>

\*Cari milyon ABD Doları

**Kaynak** : World Bank PPI Project Database. <http://ppi.worldbank.org>, Erişim Tarihi: 12.03.2009.

1990'lardan itibaren hemen hemen bütün gelişen ülkeler kamu hizmetlerinin sunumunda KÖİ projelerinden istifade etmiştir. Uluslararası gelişmeler çerçevesinde, KÖİ ile gerçekleştirilen projelerin havalimanı işletmeciliği, ulaştırma, enerji, telekomünikasyon, atık yönetimi, su, eğitim, sağlık ve bilişim teknolojilerinde yoğunlaştığı görülmektedir<sup>7</sup>. Dünya Bankası verilerine göre gelişen ülkelerde 1990 ve 2007 yılları arasında 1243 milyar ABD Doları (USD) tutarında 4078 KÖİ projesi geliştirilmiştir. Bu tutarın 939 milyar USD'lik kısmı yeni fiziki yatırım taahhüdü ve 304 milyar USD'lik kısmı da hükümetlere yapılacak ödeme taahhüdüdür (Tablo 2).

Bu tür işbirlikleri oluşturulmasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Birinci olarak, bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle, gelişmiş ve gelişen pek çok ülke kamu hizmetlerinin sunumu için özel fon arayışına yönelmektedir<sup>8</sup>. Özel sektörden sağlanan fonlar ile kamu hizmetlerinin gerektirdiği yatırımların hızlanması beklenmektedir<sup>9</sup>. İkincisi, teknolojideki

<sup>7</sup> INTERNATIONAL FINANCIAL SERVICES (2003), Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets, London; EUROPEAN COMMISSION (2004), Resource Book on PPP Case Studies, Directorate General for Regional Policy, Brussels, <http://www.pppcentrum.cz/res/data/001/000228.pdf>, Erişim Tarihi: 12.02.2009. CASTALIA (2007), PPP Units: Lessons for their Design and Use, report to PPIAF and the World Bank, February.

<sup>8</sup> Hükümetler genellikle bütçe imkanlarının yetersizliği nedeniyle kamu hizmetlerinin gördürülmesinde KÖİ projelerini tercih etmektedir. Ancak BK'da olduğu gibi bazı ülkelerde de bu projelerin tercih edilmesinin -yanlış olmakla beraber- gerçek nedeni kamu harcamalarını gizlemektir (Castalia 2007, s. 31).

<sup>9</sup> Kamu hizmetlerinin, kamu kaynaklarının yetersizliği nedeniyle özel fonlarla finanse edilmesi gelecek kuşaklara maliyet yükleyecek ve bu da etik sorunlara yol açabilecektir. Bu nedenle kamu kaynaklarının yetersizliğinde özel finansman kestirme ve kolay bir yöntem olarak düşünülmemeli ve kamu hizmetinin sunumunda paranın karşılığının (*value for money*) elde edilmesinin

yaşanan hızlı gelişmelerin de bir sonucu olarak, hizmet sunumunda etkinliği artırmak amacıyla, özel sektörün bilgi birikiminden ve çalışma koşullarından daha fazla yararlanmak ihtiyacı öne çıkmıştır<sup>10</sup>. Bu görüş çerçevesinde, sıkı bütçe kısıtı altında çalışan özel teşebbüslerin maliyetleri azaltma ve yenilik yapma müşevviklerinin daha yüksek olduğu ileri sürülmektedir<sup>11</sup>. Üçüncüsü KÖİ projeleri kamu hizmetlerinin gördürülmesinde siyasi müdahaleleri ve güçlü çıkar gruplarının baskılarını azaltmaktadır<sup>12</sup>. Bu tür müdahaleler, kaynak tahsisatını olumsuz etkilemekte ve hizmet kalitesini bozmaktadır.

Kamu özel sektör işbirlikleri konusunda, Türkiye’de de uluslararası gelişmelere benzer bir süreç yaşanmaktadır. Örneğin, Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planının Temel Amaçlar ve İlkeler bölümünde “Devletin asli görevlerini tam yapabilmesi için, özelleştirme yoluyla üretim alanından çekilmesi hızlandırılarak küçülmesi sağlanırken, rekabetçi piyasa koşullarının hakim olmasını sağlamak üzere, kural koyma ve konulan kurallara uyulmasını sağlama işlevlerinin ağırlık kazanacağı” belirtilmektedir<sup>13</sup>. Altyapı Hizmetlerinde Yapısal Değişim Projesi bölümünde “altyapı ihtiyaçlarının karşılanmasında etkinliği artırmak ve kamu dışı kaynaklardan da yararlanabilmek amacıyla yeni finansman yöntemlerinin araştırılması ve YİD ve benzeri yöntemlerin uygulanmasına önem verilmesi” istenilmektedir<sup>14</sup>. Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planında altyapı hizmetlerinin sağlanmasında, kamu yararı ve etkinlik ilkeleri esas alınmak kaydıyla, bir taraftan yeni finansman yöntemlerinin geliştirilmesi

---

yöntemleri tam olarak araştırılmalıdır (ECORYS (2008), The Next generation of PPP in Turkey, Final Report, Rotterdam).

<sup>10</sup> SHLEIFER, A. (1998), State versus Private Ownership, *Journal of Economic Perspectives*, No:12(4), s.133-150 ve STIGLITZ, J. (1999), Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries, Speech, The World Bank, Beijing, China, July 25.

<sup>11</sup> Karşı görüş olarak, KÖİ projelerinin uluslararası performansını inceleyen Hodge ve Greve dünya genelinde karar alıcıların ısrarla KÖİ projelerinin kamu hizmetlerinin sunumunu hızlandıracağı ve ucuzlatacağını belirtmelerine karşın, bu projelerden maliyet ve kalite kazanımlarının sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. (HODGE, A.G. ve C. GREVE (2007), Public-Private Partnerships: An International Performance Review, *Public Administration Review*, No:67(3), s. 545-558).

<sup>12</sup> WORLD BANK (1997), *Toolkits for Private Participation in Water and Sanitation*, Washington, <http://www.worldbank.org/html/fpd/wstoolkits/index.html>, Erişim Tarihi:12.03.2009.

<sup>13</sup> DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (1995), *Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000)*, DPT Yayınları, Ankara, s. 20.

<sup>14</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, 1995, s. 135.

diğer taraftan da YİD benzeri yöntemlerin etkin hale getirilmesi öngörülmüştür<sup>15</sup>. Dokuzuncu Kalkınma Planında da (2007-2013) kamu hizmetlerinin gördürülmesinde özel sektörün işlevine vurgu yapılarak, kamu hizmetlerinin sunulmasında ve kamu altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde özel sektör katılımını artıran yöntemlerin geliştirileceği belirtilmektedir<sup>16</sup>.

Kalkınma Planlarında yer alan politika metinleri çerçevesinde, Türkiye’de Devletin üretim ve ticaret alanından çekilmesi, düzenleyici işlevlerinin artırılması ve özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumuna daha fazla katılım sağlaması hedeflenmektedir. Bu politika tercihleri neticesinde Dünya Bankası verilerine göre 1990-2007 yılları arasında Türkiye’de geliştirilen toplam 39 KÖİ projesinin tutarı ise 36851 milyon USD’dir. Bu projeler ağırlıklı olarak telekomünikasyon (20339 milyon USD) ve enerji (9244 milyon USD) sektörlerinde gerçekleştirilmektedir. Ulaştırma sektöründe 5042 milyon USD tutarında havalimanı ve 1284 milyon USD tutarında da liman projesi geliştirilmiştir. İzmit Belediyesi tarafından geliştirilen İzmit Su Temini projesinin yatırım tutarı ise 942 milyon USD’dir. 2007 yılında Türkiye’de geliştirilen KÖİ projelerinin tutarı yaklaşık 4678 milyon USD tutarındadır.

Altyapı yatırımlarının finansmanında sıkça başvuru alan KÖİ yöntemlerinin geliştirilmesi ve düzenlemelerde etkililik sağlanmasının önemine, Türkiye’nin uluslararası ilişkileri çerçevesinde hazırlanan resmi metinlerde de vurgu yapılmaktadır. Avrupa Birliği (AB) ile sürdürdüğü tam üyelik müzakerelerinde yer alan kamu alımları faslı kapsamında, Türkiye Topluluğun KÖİ/imtiyazlara ilişkin müktesebatını üstlenmekle yükümlüdür. Türkiye’nin 23 Ocak 2006 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi’nde (2006/35/EC) kısa vadede özellikle imtiyazlar başta olmak üzere kamu alımları mevzuatının *acquis communautaire* ile uyumlu hale getirileceği belirtilmektedir. Türkiye’nin AB Müktesebatına Uyum Programında da (2007– 2013) “2004/18/AT sayılı Direktife uyum sağlamak amacıyla bazı yatırım ve hizmetlerin kamu kesimi ile özel sektör işbirliği yöntemleri çerçevesinde gerçekleştirilmesine ilişkin kanunun 2008-

<sup>15</sup> DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara, s. 222.

<sup>16</sup> DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2006), Dokuzuncu Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankaras, s. 65

2009 yasama döneminde çıkarılacağı” öngörülmektedir. Bu nedenle, Türkiye’nin gelecekte yapacağı düzenlemeleri değerlendirirken, AB uygulamalarının iyi anlaşılması gerekmektedir.

Avrupa Topluluğunda (AT) KÖİ projeleri imtiyaz sözleşmeleri ve kurumsal kamu özel işbirlikleri başlıkları altında toplanmaktadır. Uluslararası uygulamalarda olduğu gibi Toplulukta da KÖİ terimi politika ismi olarak kullanılmakta ve hukuki düzenlemelerde “imtiyaz” kavramı tercih edilmektedir. Hizmet sunumunun koşulları ile idareler ve özel teşebbüslerin karşılıklı sorumluluklarını belirleyen -uzun- süreli imtiyaz sözleşmeleri ise Yap- YİD, Yİ, veya Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet şeklinde oluşturulabilmektedir<sup>17</sup>. Sektörel özellikler, işlem hacimleri ve sözleşme taraflarının sorumlulukları (tasarım, yapım, işletme, finansman, kiralama vb.) sözleşmenin içeriğini ve işbirliği yönteminin biçimini şekillendirmektedir. Kurumsal KÖİ projelerinde ise idareler ve özel teşebbüsler karma sermayeli bir tüzel kişilik içerisinde ortak girişimler oluşturmaktadırlar.

Çalışmanın birinci bölümünde, Avrupa Birliğinde (AB) KÖİ uygulamalarının belirleyici özellikleri açıklanacaktır. İkinci bölümde, kamu özel işbirliklerine ilişkin Türkiye’de uygulanan düzenlemeler ele alınacaktır. İki farklı sistemdeki mevcut kavram farklılıkları nedeniyle, KÖİ konusunda Türkiye uygulamalarında AB müktesebatına doğrudan karşılık gelen düzenlemeler ve tanımlar bulunmamaktadır. Karşılaştırma zemini oluşturmak amacıyla, Türk mevzuatı, AB düzenlemelerinde yer alan tanımlar çerçevesinde incelenecektir. Son bölümde genel değerlendirmelere yer verilecektir. Bu çerçevede çalışmanın literatüre iki yönden katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Çalışmada (1) KÖİ/imtiyazlar konusunda Türkiye ve AB düzenlemeleri karşılaştırılacak ve (2) Türkiye için politika önerileri geliştirilecektir.

---

<sup>17</sup> European Commission, 2004; Bovis, 2005, s. 179-187.

## 2. AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ <sup>18</sup>

Altyapı hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi yöntemi öncelikle ABD’de başlamıştır. Ondokuzuncu yüzyılın başlarından itibaren ABD’de, iktisadi faaliyetlerin piyasalara bırakılması hakim düşünce olmuştur. ABD geleneğinde özel kuruluşların, kamu işletmelerinden daha etkin faaliyet göstereceğine ve toplumsal fayda adına piyasa etkinliğinin daha uygun araç olacağına inanılmaktadır<sup>19</sup>. Avrupa’da ise böyle bir gelenek mevcut değildir. Devlet anayasal olarak ulaşım, haberleşme, enerji, savunma, sağlık ve eğitim hizmetlerini sağlamak zorundadır. Kamu hizmetleri geleneksel olarak kamu tekelleri veya kamunun denetlediği teşebbüsler aracılığı ile devlet tarafından gördürülmüştür. Özel piyasaların yaygın olduğu ABD den farklı olarak, Avrupa geleneğindeki kamusal piyasalarda kamu hizmetinin sunumunda “kamu yararı”, “kâr ençoklaması” amacının önüne geçmektedir. Ancak, kamu yönetimi sürecinde hesap verebilirliği ve saydamlığı sağlamak amacıyla, kamu işletmeciliği rekabetçi kamu alımları düzenlemeleri ile yönetilmektedir. Kamu alımları düzenlemeleri çerçevesinde, kamu ve özel sektör işletmeleri kurumsal bir ilişki tesis etmektedirler.<sup>20</sup> Kamu alımları düzenlemeleri aracılığı ile kamu işletmeciliğine rekabetin girmesiyle, kamu hizmetlerine özel teşebbüslerin daha fazla katılmalarına olanak sağlanmıştır. Kamu hizmetlerinin KÖİ sözleşmeleri, hatta özelleştirmeler aracılığı ile özel kuruluşlara devredilmesi neticesinde kamu idareleri ve özel teşebbüslerin tarafları olduğu “sözleşmeye dayalı yönetim” biçimleri gelişmeye başladı. Özel

<sup>18</sup> Bu bölümde imtiyazlar ve kamu özel işbirliklerine ilişkin yer alan açıklamalarda esas itibarıyla Topluluğun izleyen resmi metinlerinden yararlanılmıştır: Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on public procurement and concessions COM(2004) 327 final, 30.04.2004; Commission interpretative communication on concessions under Community law [Official Journal C 121 of 29.04.2000; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, COM(2005) 569 final, 15.11.2005; Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts; Guide to Community Rules on Public Works Contracts; Guide to Community Rules on Services; Commission interpretative communication on application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), C(2007)6661, 05.02.2008, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/ppp\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm), Erişim Tarihi: 21 Nisan, 2009.

<sup>19</sup> Grimsey ve Lewis, 2004, s. 41-42.

<sup>20</sup> BOVIS, C. (2007), EU Public Procurement Law, Edward Elgar, Northampton, s. 175-180.

teşebbüslerin faaliyetlerinin kamu düzenlemeleri ve/veya KÖİ sözleşmeleri ile denetlenmesi kamu yararı endişelerinin gözetilmesine yardımcı oldu.

Bu gelişmelerin de bir sonucu olarak özellikle 1980'li yıllardan itibaren Avrupa ülkelerinde kamu hizmetlerinin gördürülmesinde özel sektör işletmeleri daha aktif rol almaya başladı. Geleneksel olarak kamu hizmeti kabul edilen çoğu faaliyet özel sektörün katılımı ile gerçekleştirilmeye başlandı. Ulaştırma, enerji, telekomünikasyon, kamu sağlığı ve eğitim gibi alanlarda KÖİ projeleri yaygın biçimde uygulanmaktadır. Yerel yönetim düzeyinde ise atık yönetimi, elektrik ve su dağıtımı gibi alanlarda bu tür ortaklıkların giderek öne çıktığı gözlemlenmektedir<sup>21</sup>.

Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma<sup>22</sup> (AT Antlaşması) mülkiyetin özel veya kamu sektörüne verilmesi konusunda Üye Devletleri serbest bırakmaktadır (m. 295). Diğer bir deyişle, Topluluk hukuku kamu hizmetlerinin kamu kurumlarınca veya özel sektör kuruluşlarınca gördürülmesine karışmamaktadır. Ancak, kamu hizmetlerinin özel teşebbüslere gördürülmesine ilişkin sürecin, Topluluğun kamu alımları ve imtiyazlar ile ilgili mevzuatı çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir<sup>23</sup>.

Kamu alımları ve imtiyazlara ilişkin Topluluk hukukunun temel amacı, eşit muamele, saydamlık, karşılıklı tanıma ve orantısallık ilkelerinin korunduğu; mal ve hizmetlerin serbestçe dolaştığı ve iş yeri kurma hakkının bulunduğu; kamu kaynaklarının karşılığında en iyi değer elde edildiği Tek Pazar (*Single Market*) yaratmaktır. Halen KÖİ projelerini düzenleyen, çerçeve bir Topluluk hukuku bulunmamaktadır. Mal, hizmet ve yapım işleri alımlarını düzenleyen 2004/18/EC sayılı Direktif<sup>24</sup> hizmet ve yapım işleri imtiyazlarında, imtiyazcılarının seçimine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. 1990'lı yıllarda KÖİ uygulamalarının AB genelinde giderek artması karşısında, AB Komisyonu genel hedeflere ulaşılması açısından, Topluluk hukukunu gözden geçirmeye başlamıştır. Gözden geçirme

<sup>21</sup> European Commission, 2004.

<sup>22</sup> Treaty establishing the European Community.

<sup>23</sup> Bovis, 2005, s.187.

<sup>24</sup> Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

sonucunda Avrupa düzeyinde mevcut hukuki çerçeveyi netleştirme veya geliştirme ihtiyacının bulunup bulunmadığını değerlendirme imkanı vermesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, Komisyon 30 Nisan 2004 tarihinde KÖİ ile ilgili Topluluk hukukunu değerlendirmek amacıyla Yeşil Kitap<sup>25</sup> (*Green Paper*) yayımlamıştır. Yeşil Kitap çerçevesinde yapılan tartışmalar neticesinde<sup>26</sup>, Komisyon 2005 yılında KÖİ konusunda açıklayıcı bir Tebliğ<sup>27</sup> yayımlamıştır.

Tebliğde, kamu alımları, KÖİ ve imtiyazlara ilişkin Topluluk hukuku üzerindeki tartışmaların devam etmesi gerektiği belirtilmektedir. Komisyon, imtiyazlara ilişkin yasal düzenlemeler ile kurumsal kamu özel işbirliklerine açıklama getirecek belgeler üzerinde daha fazla analiz yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. 2005 Tebliğinde, Komisyonun 2006 yılı içerisinde, KÖİ konusunda açıklayıcı bir doküman hazırlamayı, imtiyazlar konusunda da muhtemel yasal düzenlemelerin etkilerini analiz etmeyi planladığı bildirilmektedir. İmtiyazlar konusunda yeni bir yasal düzenlemenin yapılıp yapılmayacağına ya da bunun tam şekline düzenleyici etki analizinin sonucuna göre karar verilecektir.

Topluluk düzenlemelerinde KÖİ terimi tanımlanmamaktadır. KÖİ, genel olarak, bir altyapı hizmetinin finansmanını, inşasını, onarımını, yönetimini ve bakımını gerçekleştirmek veya bir kamu hizmetinin sunumunu sürdürmek amacıyla idareler ve özel teşebbüsler arasında oluşturulan işbirliği politikalarını ifade etmektedir. Topluluk düzenlemelerinde hukuki olarak KÖİ yerine “imtiyaz” kavramı kullanılmaktadır. KÖİ sözleşmelerinin her biri, projenin tasarımı, finansmanı, yönetimi, bakımı ve kullanım hakkı konusunda özel ortağa vermiş olduğu yetki ve sorumluluklar açısından farklılıklar içermekle beraber, Topluluk uygulamalarında “imtiyazlar” ve “kurumsal kamu özel

<sup>25</sup> Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on public procurement and concessions COM(2004) 327 final, 30.04.2004.

<sup>26</sup> EUROPEAN COMMISSION (2005), Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission Staff Working Paper, SEC (2005) 629.

<sup>27</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, COM(2005) 569 final, 15.11.2005.



işbirlikleri” alt başlıkları altında ele alınmaktadır<sup>28</sup>. Topluluk uygulamalarındaki haliyle KÖİ projelerinin belirleyici özellikleri Kutu 1’de ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. İzleyen alt bölümlerde ise imtiyazlar ve kurumsal KÖİ’ler konusundaki Topluluk düzenlemeleri incelenecektir.

### **Kutu 1: Kamu-Özel İşbirliklerinin Belirleyici Özellikleri**

AB Komisyonunun 2004 yılında yayımlanmış olduğu Yeşil Kitapta KÖİ’nin belirleyici özellikleri aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır:

- Sözleşmeler uzun sürelidir ve planlanan proje konusunda kamu ve özel ortakların aralarındaki işbirliğinin yöntem, biçim ve sınırlarını kapsamaktadır;
- Projenin finansmanı genelde özel ortak tarafından sağlanmaktadır. Bazen de projenin paydaşları, üstlendikleri hak ve yükümlülükler çerçevesinde finansman katkısı sağlamaktadırlar;
- Projenin tasarımı, imalatı, uygulaması ve finansmanı esasen özel işletmecinin sorumluluğundadır. Devlet, kamu yararı açısından, sunulan hizmetin kalitesinin artırılması ve hizmet fiyatının tüketicilerin karşılayabileceği makul bir düzeyde gerçekleşmesinden sorumludur;
- Hizmet sunumunda risk, kamudan özel ortağa transfer edilmektedir. Ancak, özel ortağın mutlaka riskin tamamını veya önemli kısmını üstlenmesi gerekmemektedir. Riskin dağılımı, tarafların riski değerlendirmesi, denetimi ve üstesinden gelme becerilerine göre, proje özelinde belirlenmektedir;
- Kamu ortağının, görevli teşebbüsü kendi sahip olduğu birimlere benzer biçimde denetlemesi ve bu teşebbüsün de kamu ortağının denetimi altında, onun faaliyetlerinin önemli bir kısmını yerine getirmesi durumunda *emanet tipi (in-house)* ilişki söz konusudur ve KÖİ olarak kabul edilmemektedir.

### **2.1. İmtiyazlar**

AT düzenlemelerinde imtiyazlar, kamu kurumlarının normalde kendi sorumluluklarında bulunan iktisadi faaliyetlerin (toplam veya kısmi) yapım ve işletme haklarını özel teşebbüslere vermeleri ve bu faaliyetlerin işletme risklerinin özel teşebbüsler tarafından üstlenilmesini düzenleyen

<sup>28</sup> SIGMA (2008), Peer Assistance in Public Procurement and Concessions/PPPs. Final Report, Paris, October, s. 36.

sözleşmelerdir. İmtiyaz sözleşmeleri, düzenledikleri faaliyetlerden kaynaklanan sorumlulukların transferi açısından kamu alım sözleşmelerinden farklılık göstermektedir. Kamu alım sözleşmelerinde, özel teşebbüsler bedeli karşılığında taahhüt ettikleri mal, hizmet ve yapım işlerini İdarelere tedarik etmektedirler. Oysa, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcıların (*concessionaire*) gelirleri kullanım haklarına bağlı olarak tüketicilerden tahsil ettikleri ücretler ya da bu ücretlerle birlikte sağlanan belirli kamu katkılarında oluşmaktadır. İmtiyazcılar sundukları hizmet karşılığında hizmet kullanıcılarından ücret tahsil etmekte veya İdareler vatandaşların kamu hizmetlerine daha ucuz erişim sağlaması için hizmetin maliyetinin bir kısmını üstlenmektedir.

AT Antlaşmasında imtiyaz tanımı yer almamakla beraber 2004/18 sayılı AB Direktifi hizmet ve yapım işleri imtiyazlarına ilişkin tanımları içermektedir (m. 3/3-4). Ancak, Direktif kuralları hizmet imtiyazlarına uygulanmamaktadır (m.17). Direktifin 56-65 maddelerinde, eşik değerleri 6.242.000 Euro'yu geçen yapım işleri imtiyazlarının tahsisine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler, imtiyaz tahsisatının ilanında yer alacak hususları, ilanların süresini, imtiyazcının yapacağı alt sözleşmelerin kurallarını belirlemektedir. Eşik değerlerin altındaki imtiyaz tahsisatlarında ise, AT Anlaşmasının genel kurallarına uymak kaydıyla Üye Ülkeler kendi düzenlemelerini serbestçe belirlemektedirler.

AB Komisyonu yapım işleri ve hizmet imtiyazlarına açıklık getirmek amacıyla 2000 yılında açıklayıcı Tebliğ yayımlamıştır.<sup>29</sup> Tebliğ, Direktiflere uygun biçimde, imtiyazı, kamu kurumlarının normalde kendi sorumluluk alanlarında bulunan faaliyetlerin yönetimini kısmen veya tamamen, hizmetin işletme riskini üstlenen üçüncü kişilere devri olarak tanımlamakta ve İdarelerin iktisadi faaliyetler için ruhsat vermesine yönelik işlemleri (örneğin, taksi ruhsatları ve büfeler, benzin istasyonları ve dinlenme tesisleri gibi otoyollardaki kullanım izinleri) ile zorunlu eğitim ve sosyal güvenlik gibi iktisadi olmayan faaliyetlerini imtiyaz kapsamında değerlendirmemektedir.

İdareler ve kendilerine genel ekonomik çığara ilişkin hizmetleri sağlama görevi verilen kamu teşebbüsleri arasındaki ilişki, ilke olarak

---

<sup>29</sup> Commission interpretative communication on concessions under Community law [Official Journal C 121 of 29.04.2000]).

imtiyaz sözleşmesi kapsamında kabul edilmektedir. Ancak, sözleşmeci idare ve imtiyazcı teşebbüs arasında organik veya *emanet tipi* ilişkinin bulunduğu durumlarda, kamu alımları ve imtiyazlara ilişkin Topluluk hukuku uygulanmamaktadır. İmtiyazı veren idarenin imtiyazcı teşebbüs üzerinde, kendi birimlerine benzer biçimde tam denetim yetkisine sahip olması ve imtiyaz sahibinin de sözleşmeci idarenin faaliyetlerinin önemli bir kısmını gerçekleştirmesi durumunda emanet tipi ilişki söz konusudur.

Topluluk mevzuatında, imtiyaz sözleşmelerinin usulü ve içeriğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Düzenlemeler özel teşebbüsün saydam, eşitlikçi ve rekabetçi biçiminde seçimini öngörmektedir. Topluluk imtiyazları yapım (bayındırlık) ve hizmet imtiyazları olarak ikiye ayırmaktadır.

### **2.1.1.Yapım imtiyazları**

2004/18/EC sayılı Direktif yapım işleri sözleşmesi (*public works contract*) ile yapım işleri<sup>30</sup> imtiyaz sözleşmelerini (*works concession*) birbirinden ayırmaktadır. Yapım işleri sözleşmesi, ücreti karşılığında bina ve inşaatın, idarelerin belirledikleri koşullarda tasarımı ve yapımını içermektedir (m. 1). Yapım işleri sözleşmesinden farklı olarak, yapım işleri imtiyazında imtiyazcı teşebbüse yapımını tamamladığı bir inşaatın işletme hakkı devredilmektedir. İmtiyazcının, yatırımın işletme riskinin bir kısmını veya tamamını üstlenmesi, imtiyaz sözleşmesinin belirleyici unsurudur. İmtiyazcıların arz ve talep yönlü ticari risklerin bir kısmını veya tamamını üstlenmeleri esas olduğundan, hizmet bedelini hizmet kullanıcılarından tahsil etmeleri gerekmektedir. Ancak, vatandaşların kamu hizmetlerini daha ucuza elde etmelerini tercih etmeleri durumunda, idareleri hizmet maliyetinin bir kısmını üstlenerek, imtiyazcının riskini paylaşabilmektedirler<sup>31</sup>.

İşletme hakkı devri, işletme faaliyetlerinin sorumluluğunun, tahsisi yapan kamu kurumundan imtiyaz sahibine devrini içermektedir. Devirden

<sup>30</sup> 2004/18/EC Sayılı Direktife göre yapım işleri: bina inşaatı, bakımı ve onarımı; enkaz toplama; dekapaj; sondaj; köprü, tünel, boru hattı, şehir içi su ve kanalizasyon altyapısı ile petrol ve gaz arama ve çıkarma gibi altyapı inşaatı; çatı kaplama; otoban, karayolu, havalimanı ve spor faaliyetleri (stadyum, yüzme havuzu ve golf sahası) inşaatı; zemin ve duvar kaplama; bina kiralama işleridir (Annex I).

<sup>31</sup> FAYARD, A. (2004), "Analysis Of Highway Concession in Europe", Tebliğ, University of Bergamo – Italy Conference on Highways: cost and regulation in Europe, <http://dinamico2.unibg.it/highways/paper/FAYARD.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2009.

sonra inşaatın mülkiyeti kamu idarelerinde kalmaktadır. Sorumluluklar inşaatın teknik, finansal ve idari yönlerini kapsamaktadır. Örneğin, imtiyaz sahibi sözleşmeye konu yatırımın gerçekleştirilmesi ve kullanıcıların hizmetine iyi koşullarda sunumundan sorumludur. İmtiyazcı inşaat için gerekli finansmanı sağlamak ve yönetimin doğasında bulunan getiri risklerini üstlenmektedir.<sup>32</sup>

İşletme hakları, imtiyazcılara, sözleşme süresince, hizmet kullanıcılarından ücret tahsil (örneğin, otoyol ücreti şeklinde) etmeleri konusunda yetki vermektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde, kullanıcı ücretlerinin yanısıra, Devletin yatırım maliyetinin bir kısmını karşılamak amacıyla imtiyazcıya ödeme taahhüdünde bulunması, imtiyaz sözleşmesinin niteliğini değiştirmemektedir. Üye Devletler fiyatları düşük tutmak (genel ekonomik çıkara ilişkin hizmetlere Devlet yardımı sağlamak) amacıyla imtiyazcının riskinin bir kısmını üstlenmektedirler. Kısmi ödemenin, sabit bir oranda veya kullanıcı miktarına göre toplu şekilde yapılması mümkündür. Ancak, kısmi ödemenin işletme hakkı devrinin doğasında var olan riskleri ortadan kaldırmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, imtiyaz sözleşmesi kamu alım sözleşmesi niteliğine dönüşecektir<sup>33</sup>.

Direktif esas olarak yapım hizmetinin devredileceği özel ortağın seçimin usulünü genel kurallara tabi tutmakla beraber, ilanlarda yer alacak hususlar (m. 58), ilanların süreleri (m. 59), taşeronlara iş devri (m. 60) ve keşif artışı (m. 61) konularında istisnai düzenlemeler de getirmektedir. KOBİ'lere destek sağlamak amacıyla idareler işi kazanan yatırımcıdan sözleşme bedelinin en az % 30'u kadarını alt taşeronlara devretmelerini istemek hakkına sahiptir. Ancak, imtiyaz sahiplerinin alt sözleşmeleri taşeronlara nasıl tahsis edeceklerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır<sup>34</sup>.

Direktifte yapım imtiyazlarının hangi yöntemle tahsis edileceğine yönelik özel bir düzenleme öngörülmemekle birlikte iki aşamalı (Belli İstekliler Arasında İhale- *Restricted Procedure* ve Pazarlık Usulü - *Negotiated Procedure*) ihale mekanizmalarından birisi ile tahsis edileceği

<sup>32</sup> Guide to Community Rules on Public Works Contracts

<sup>33</sup> Commission interpretative communication on concessions under Community law [Official Journal C 121 of 29.04.2000

<sup>34</sup> Bu durumda imtiyaz sahiplerinin AT Antlaşmasının saydamlık, eşitlik, orantısallık ve karşılıklılık ilkelerine aykırı biçimde taşeron seçmeleri mümkün olabilecektir( Bovis, 2005, s. 193).

varsayılmaktadır. Ancak idarelerin tek aşamalı Açık İhale Usulünü (*Open Procedure*) uygulamasını engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır<sup>35</sup>. Direktifte seçilecek ihale yöntemine göre teklif verecek isteklilerin asgari sayıları da belirtilmektedir.

2004/18/EC sayılı Direktifin yürürlüğe girmesiyle birlikte karmaşık projelerde (*complex projects*)<sup>36</sup> uygulanmak üzere Rekabetçi Diyalog Usulü (*Competitive Dialogue Procedure*) getirilmiştir. Rekabetçi diyalog usulünde idareler ihtiyaçlarını karşılayacak çözüm veya çözümleri belirlemek amacıyla diyalog başlatırlar. Diyalogun sonunda, diyalog sürecinde belirlenen çözüm(ler) üzerinden istekliler tekliflerini verirler. Teklifler önceden belirlenen ölçütler çerçevesinde değerlendirilirler. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunandan teklifine açıklık getirmesi veya taahhütlerini teyit etmeleri istenebilir. Ancak, bu süreç teklifin temel özelliklerini değiştirerek ayrımcılığa neden olamamalı ve rekabeti bozmamalıdır (m. 29). Bovis rekabetçi diyalog usulünün teklif öncesinde idarelerin isteklilerle sözleşmenin bütün ayrıntılarını tartışabilme esnekliğini getirirken, tartışmaların saydamlık ve eşit muamele ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesini de gerektirdiğini belirtmektedir<sup>37</sup>. Çünkü, kamu fonlarının verimli kullanılmasını temin etmek için, kazanan teklif tarafsız ve dürüst biçimde seçilmelidir.

AB düzenlemeleri imtiyazcı şirketin seçiminde saydamlık ve eşit muamele ilkelerinin uygulanmasını öngörürken, seçim ölçütlerinin belirlenmesinde üye devletleri serbest bırakmaktadır. Örneğin, karayolu idarelerince sıkça başvurulmuş ölçütler arasında özel teşebbüsçe istenilen devlet desteği, finansal sözleşmelerin güvenilirliği, projenin teknik kalitesi, işletme stratejisi ve fiyatlandırma politikası ve imtiyazcı şirketin mali ve teknik yeterliliği ile tanınırlığı bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri kapsamında ise yatırımlar, tarife politikası, finansal öncelikler, yönetim göstergeleri, sosyal politika ve istihdam, hizmet kalitesi, inşaatın mimari kalitesi ve çevreye etkileri gibi konular düzenlenmektedir<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Bovis, 2005, s. 191-192.

<sup>36</sup> İdareler ihtiyaçlarını karşılayacakları teknik veya diğer yöntemleri objektif olarak tanımlayamazlarsa ya da pazarın kendi ihtiyacına teknik ve mali açıdan ne tür teklif vereceğini objektif olarak değerlendirebilecek bir durumda değilse iş karmaşık olarak kabul edilmektedir (2004/18/EC:m. 11/c).

<sup>37</sup> Bovis, 2007, s.55.

<sup>38</sup> Fayard, 2004.

### **2.1.2. Hizmet İmtiyazları**

2004/18/EC sayılı Direktif hizmet<sup>39</sup> imtiyazlarını tanımlamakta ancak ayrıntılı düzenlemeler içermemektedir. Hizmet imtiyazı, imtiyazcı şirketin kamu hizmetini sunma hakkına sahip olması veya bunun yanısıra hizmet bedeli tahsil etmesi haklarını içermektedir. Hizmet bedeli hizmet kullanıcıları ve/veya kamu idareleri tarafından ödenebilmektedir (Fayard, 2004). Direktif özel ve münhasır bir hakkın tesisinde milliyet bazında ayrımcılık yapılmasına izin vermemektedir (m. 3). Bovis hizmet imtiyazlarının direktif kapsamından çıkartılmasının gerekçesi olarak hizmet imtiyazları konusunda üye devletlerin farklı düzenlemelere sahip olmalarını göstermektedir<sup>40</sup>. Bazı ülkelerde, devlet tekelleri, kamu güvenliği ve milli savunma gerekçeleriyle bazı kamu hizmetlerinin özel sektör teşebbüslerine gördürülmesi anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

Uygulamada, yapım imtiyazı sahipleri inşa ettikleri tesislerde sunulacak hizmetleri de üstlenmektedir. 2000 Tebliği hem yapım hem de hizmet imtiyazının bulunduğu sözleşmelerin tabi olacağı kuralların belirlenmesinde, sözleşmenin ana konusunun belirleyici olacağını belirtmektedir. Sözleşmenin ana konusu yapım işi ise, sözleşme yapım imtiyazı olarak kabul edilmektedir. Örneğin, otoban ve köprüler bu gruba girmektedir. Sözleşme ayrıştırılabilir bileşenler içeriyorsa, her bir bileşene farklı kural uygulanmaktadır. Örneğin, otobanlarda verilen yiyecek içecek hizmetleri, otobanın yapımı ve işletiminden farklı bir hizmet sözleşmesidir.

İdareler kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesini devredecekleri özel ortağı seçme konusunda serbest olmakla beraber, hizmet imtiyazları AT Antlaşmasının genel ilkeleri ve kurallarına tabidir<sup>41</sup>. Hizmet imtiyazlarına uygulanacak kurallar AT Antlaşmasının 43-49 maddelerinde yer alan saydamlık, eşit muamele, orantısallık ve karşılıklı tanıma ilkeleri ile düzenlenmektedir. Yapım imtiyazlarında olduğu gibi, hizmet imtiyazlarının

<sup>39</sup> 2004/18/EC Sayılı Direktife göre hizmet işleri: bakım ve onarım hizmetleri; kargo ve kurye taşımacılığı gibi karayolu ulaştırması hizmetleri; yük ve yolcu taşımacılığı gibi havayolu hizmetleri; posta hizmetleri; telekomünikasyon hizmetleri; finansal hizmetler; bilgisayar ve ilgili hizmetler; AR-GE hizmetleri; muhasebe ve denetim hizmetleri; pazar araştırması ve anket hizmetleri; danışmanlık hizmetleri; mimarlık, mühendislik, müşavirlik, şehir plancılığı ve ilgili diğer teknik hizmetler; reklam hizmetleri; bina temizleme ve bina yönetim hizmetleri; ücret karşılığı basın ve yayın hizmetleri; su arıtma ve çöp toplama hizmetleridir (Annex II).

<sup>40</sup> Bovis, 2005, s. 192.

<sup>41</sup> Bovis, 2007, s. 53.

da ana unsuru kullanım riskinin transferidir. Hizmet imtiyazlarında da özel teşebbüs hizmeti kurma ve işletme risklerini üstlenmektedir.

### **2.1.3. İmtiyazlara Uygulanan Genel Topluluk Kuralları**

AT Antlaşması milliyet bazında ayrımcılığı yasaklamakta ve mal ve hizmetlerin serbestçe dolaşımını ve kişilerin serbestçe işyeri kurma ve hizmet sunma özgürlüklerini tanımaktadır. 2000 Tebliği yapım ve hizmet imtiyazı sözleşmelerinin, AT Antlaşmasının eşit muamele, saydamlık, orantısallık ve karşılıklı tanıma ilkelerini düzenleyen kurallarına tabi olduğunu belirtmektedir.

Eşit muamele imtiyaz sürecini düzenleyen kuralların, isteklilerin tamamı tarafından önceden bilinmesini ve herkese eşit olarak uygulanmasını gerektirmektedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) objektif bir biçimde karşılaştırılabilirliği için, bütün tekliflerin ihale şartnameleri ile uyumlu olması gerektiğini belirtmektedir<sup>42</sup>. İdarelerin, teklifler açıldıktan sonra bir teklife özel değişiklikleri dikkate alması, teklif sahibine avantaj sağlamaktadır. Bu nedenle teklifler arasında öznel değerlendirmeler yapılmamalıdır.

Saydamlık ilkesi gereği, imtiyaz tahsisat sürecine ilişkin tüm kurallar önceden ilan edilmelidir. Bu kuralların ilanı hem zamanlama hem de içerik açısından, potansiyel isteklilerin imtiyaz tahsisatı sürecine katılıp katılmayacaklarına karar vermelerine imkan sağlayacak yeterlilikte olmalıdır. ATAD, imtiyaz sözleşmelerinin tahsisinde, idarelerin potansiyel isteklilerin tamamının bilgilendirilmesine yardımcı olacak ilanları zamanında yapmaları gerektiğini belirtmektedir<sup>43</sup>.

Orantısallık (proportionality) ilkesine göre, tercih edilen herhangi bir tedbirin hedeflenen amaç açısından hem gerekli hem de uygun olması gerekmektedir. Bu çerçevede, imtiyaz tahsisinde, Üye Devletler isteklilerin seçiminde orantısız ve haddinden fazla teknik, mesleki veya finansal koşullar talep etmemelidirler. İmtiyazın doğasında risk bulunmakla beraber, imtiyazın süresinin sermayenin –sözleşme koşullarında- geri dönüşünü sağlayacak kadar makul bir sürede belirlenmesi gerektirmektedir. Ancak, bu süre rekabeti olumsuz etkileyecek kadar uzun olmamalıdır.

<sup>42</sup> Judgement of 22 June 1993, Case C-243/89, Storebaelt.

<sup>43</sup> Judgement of 7 December 2000, Case C-324/98, Telaustria.

Karşılıklı tanıma ilkesi çerçevesinde, bir Üye Devlet diğer Üye Devletin teşebbüslerinin sağladıkları mal ve hizmetleri kabul etmek zorundadır. Denkliği kabul edildiği sürece bir Üye Devlet diğer Üye Devletteki teknik standartları, diplomaları, sertifikaları ve yeterlilikleri tanımalıdır.

İmtiyaz tahsisatında, idarelerin teklifleri kabul etmeme gerekçelerini açıklamaları gerekmektedir. Bu açıklamaya istinaden, zarara uğradığını düşünen istekliler karara karşı itiraz sürecini başlatabilmektedirler. Yapım işleri sözleşmelerinde şikayetleri inceleme mekanizmasını düzenleyen 89/665/EC sayılı Direktif<sup>44</sup> kuralları, yapım işleri imtiyazlarına da uygulanmaktadır.

## **2.2. Kurumsal Kamu-Özel İşbirlikleri**

Kurumsal Kamu Özel İşbirlikleri (*Institutionalized Public-Private Partnerships*)<sup>45</sup> kamu alım sözleşmeleri veya imtiyaz sözleşmelerinin gereğini yerine getirmek amacıyla kamu kurumlarının ve özel teşebbüslerin işbirliği geliştirdikleri karma sermayeli tüzel kişiliklerdir. Özel ortaklar aynı veya nakdi sermaye katkısının yanısıra kurumsal KÖİ'lerin yönetimlerinde de aktif roller üstlenmektedirler. Kurumsal KÖİ'ler konusunda açıklama getiren Komisyon Tebliğinde (C(2007)6661)<sup>46</sup> AB Komisyonunun özel girişimcilerin kamu teşebbüslerine sadece sermaye katılımı yapmalarını Kurumsal KÖİ oluşturulması olarak nitelendirmediği ve bu tür bir işlemi Topluluğun kamu alımları düzenlemeleri kapsamında kabul etmediği belirtilmektedir.

Kamu ve özel ortakların bir tüzel kişilik içerisinde, ortak ve yönetici olarak doğrudan ilişki içerisinde bulunmaları, projelerin hazırlanması ve uygulanması sürecinde kamu ortağına önemli ölçüde denetim gücü vermektedir. Bunun yanısıra, kamu ortağı, özel sektörün finansman ve teknolojiye erişim imkanlarından istifade ederken, hizmet

<sup>44</sup> Council Directive of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts.

<sup>45</sup> Yeşil Kitapta kurumsal KÖİ konusunda Üye Devletlerde *Kooperationsmodell, joint PPP* veya *Joint Venture* gibi farklı terminoloji ve yöntemlerin uygulandığı belirtilmektedir.

<sup>46</sup> Commission interpretative communication on application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), C(2007)6661, 05.02.2008



sunumunun kalitesini artırmak amacıyla kendi birikimiyle de katkı sağlayabilmektedir. Kurumsal KÖİ yeni bir teşebbüs kurulması veya özel teşebbüslerin mevcut kamu teşebbüslerinin hisselerinin bir kısmını satın almaları suretiyle oluşturulabilmektedir.

Daha önceki bölümlerde de belirtildiği gibi, kamu sözleşmeleri ve imtiyazlarla ilgili Topluluk hukuku, kamu, özel veya karma sermayeli bütün teşebbüslere uygulanmaktadır. Bu kuralın yegane istisnası emanet tipi sözleşmelerdir. Sözleşmeyi yapan idarenin görevi tahsis edeceği teşebbüsü kendi sorumluluğu içerisinde yer alan birimlere benzer biçimde denetlemesi ve bu teşebbüsün de sözleşmecisi idarenin denetimi altında, onun faaliyetlerinin önemli bir kısmını yerine getirmesi durumunda Topluluk hukuku uygulanmamaktadır. İdarelerin, sadece kendi denetimleri dışındaki üçüncü kişilere görev devretmeleri durumunda Topluluk hukukunu uygulamaları gerekmektedir.

Komisyon'un KÖİ'ler üzerine yayımladığı Yeşil Kitaptan sonra yaşanan istişare süreci Kurumsal KÖİ'lerin oluşturulmasına ilişkin düzenlemelerin netliğe kavuşturulması ihtiyacını ortaya koymuştur. Bunun üzerine Komisyon 05.02.2008 tarihinde Kurumsal KÖİ'ler konusunda açıklama getiren Tebliği (C(2007)6661) yayımlamıştır. Tebliğde Kurumsal KÖİ'lerin oluşturulması, hukuki dayanağı, seçim usulleri, proje hakkında bilgilendirme yöntemi, ekonomik açıdan en uygun teklifin seçimi ve istisnai durumlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Uygulamada Kurumsal KÖİ'ler ya kamu idareleri ve özel teşebbüslerin ortak sermayeli yeni bir teşebbüs kurmalarıyla ya da özel teşebbüsün geçmişte kamu sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesini emanet usulü ile elde eden kamu teşebbüsüne ortak olmasıyla oluşturulmaktadır. Kurumsal KÖİ'lerin hangi yöntemlerle kurulduklarına bakılmaksızın, Topluluğun kamu sözleşmeleri ve imtiyazlara ilişkin düzenlemeleri, mevcut kamu teşebbüsüne özel ortağın seçiminde veya kamu veya imtiyaz sözleşmelerinin kamu-özel ortaklığına tahsisinde adil ve saydam yöntemlerin kullanılmasını gerektirmektedir. Adil ve saydam seçim usulü çerçevesinde serbest rekabetin koşulları oluşturulmalı ve eşit muamele ilkesine uyulmalıdır (s. 5).

Tebliğ'de Kurumsal KÖİ'ye tahsis edilecek görev(ler)in, Kamu Alımları Direktifleri kapsamında bir kamu alım sözleşmesi veya imtiyaz

sözleşmesi olması durumunda, özel ortağın seçiminde Direktif kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir<sup>47</sup>. Yapım imtiyazı sözleşmelerinde olduğu gibi, Kurumsal KÖİ oluşturulmasında da idarelerin her bir aday ile ihtiyaçlarını ayrıntılı olarak tartışabilmeleri amacıyla rekabetçi diyalog yönteminin yeterince esneklik sağlayacağı belirtilmektedir. Saydamlık ve eşit muamele ilkeleri gereğince potansiyel teklif sahiplerinin idarelerin niyetleri konusunda eşit bilgiye sahip olmaları gerekmektedir. Bu nedenle Kurumsal KÖİ projelerine ait bilgiler, potansiyel teklif sahiplerinin elverişli koşullarda erişebileceği şekilde ilan edilmelidir. İlanlarda özel ortağın yeterlik ölçütleri, seçim usulleri ve tekliflerin değerlendirme yöntemleri yeterince açıklanmalıdır (s. 6).

Saydamlık ve eşit muamele ilkeleri çerçevesinde, kurumsal KÖİ oluştururken idareler sözleşme ilanlarında Kurumsal KÖİ'lere tahsis edilecek kamu ve imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerini; ortaklığın statüsünü; ortaklık sözleşmesini; hem idareler ve özel ortak arasında hem de idareler ile Kurumsal KÖİ arasındaki ilişkileri etkileyecek diğer bütün unsurları açıkça belirtmelidirler. Ayrıca, ilanlarda sözleşmelerde ileride yapılacak olası değişiklikler ve ilave işler konusunda da bilgi sağlanmalıdır (s. 7-8).

Tebliğ'de Komisyon Kurumsal KÖİ'nin kamu veya imtiyaz sözleşmesini elde edememesi veya tahsis edilmiş sözleşmenin yenilenmemesi durumlarında, olacakların ortaklık sözleşmesinde en baştan açıkça belirlenmesini tavsiye etmektedir. Ortaklık sözleşmesinde ileride özel ortağın değiştirilmesine ilişkin düzenlemeler de öngörülmelidir. Sözleşme süresinin bitiminde, özel ortağın yeni ihale sürecinden otomatikman dışlanamayacağı durumlarda, idareler bütün teklif sahiplerine karşı eşit muamele ve saydamlık sorumluluklarına özellikle dikkat etmelidirler. Çünkü, yerleşik özel teşebbüs proje konusunda diğerlerinden daha fazla bilgi sahibidir (s. 8).

### **3.TÜRKİYE UYGULAMASI**

AT Kamu Alımları Direktiflerinde ve ikincil mevzuatında imtiyaz sözleşmelerinde ve kurumsal KÖİ projelerinde özel ortağın seçiminde saydamlığı, eşit muameleyi ve rekabeti tesis etmek için ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Topluluk hukukunda kamu hizmetlerinin gördürülmesinde idareler ve özel teşebbüsler arasındaki ilişkiler imtiyazlara

<sup>47</sup> Aksi taktirde, özel ortağın seçimi topluluğun genel düzenlemelerine tabi olacaktır.

ilişkin düzenlemeler çerçevesinde belirlenmektedir. İmtiyaz sözleşmeleri idareler ve özel teşebbüslerin üstlendikleri sorumluluklar ve risklerin çeşidi ve içeriğine göre YİD ve Yİ sözleşmeleri gibi çeşitli biçimlerde oluşturulabilmektedir. Uzun süreli sözleşmeye dayalı ilişkiler çerçevesinde projenin finansmanı olarak özel fonlarla karşılanmakta; özel ortak projenin tasarımı, yapımı, işletmesi ve finansmanı gibi çeşitli aşamalarda roller üstlenmekte; arz ve talep yönlü riskler kamudan özel ortağa doğru transfer edilmekte; hizmetin özelliğine göre gerektiğinde kamu idareleri de belirli riskleri üstlenmektedir.

Türkiye’de kamu-özel işbirliği projelerini tanımlayan ve sınıflandıran çerçeve bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>48</sup> Ancak, kamu hizmetlerinin gördürülmesinde özel sermayeli teşebbüslerin katılmalarına imkan sağlayan ve uluslararası genel kabul görmüş tanımlamalar ve AB düzenlemeleri çerçevesinde KÖİ/İmtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren düzenlemeler bulunmaktadır. Çeşitli çalışmalarda da belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesini belirleyen yöntemler konusunda, uluslararası uygulamalarda ülkelerin kendi dönemsel ihtiyaçları ve hukuki sistemleri çerçevesinde düzenlemeler yaptıkları gözlemlenmektedir<sup>49</sup>. Bu nedenle KÖİ konusunda uluslararası karşılaştırmalar yapılırken geliştirilen yöntemlerin isimlerine değil, sözleşmelerin içeriklerine bakılmalıdır.

Türkiye’deki geleneksel kamu alımları ve özel piyasa faaliyetleri arasında yer alan KÖİ/İmtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren yöntemler ve düzenlemeler Tablo 3’te gösterilmektedir. 1910 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun imtiyazlar hakkında özel düzenlemeler yapma ve imtiyaz izni verme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki vermektedir. Bunun yanı sıra sözleşmenin unsurlarına ve devrine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

<sup>48</sup> Kamu-özel işbirliği terimi formel olarak ilk defa 3.7.2005 tarih ve 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanunun genel gerekçesinde “Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Yatırım Modeli” şeklinde yer almıştır. Gerekçede “Kamu ve özel sektörün altyapı ve hizmet sunmak amacıyla ortak yatırım yapması esasına dayanan “Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Yatırım Modeli, sağlık hizmetlerinin gördürülmesinde alternatif finansman modellerinden birisidir” denilmektedir. Öte yandan, AB Müktesebatına Uyum Programında (2007-2013) 2004/18/AT sayılı AB Direktif’ine uyum sağlamak amacıyla “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun” çıkartılacağı ve düzenlemenin hazırlanmasından DPT Müsteşarlığının sorumlu olacağı belirtilmektedir.

<sup>49</sup> David ve vd. 2003 ve Castalia, 2007.

5393 sayılı Belediye Kanunu belediyelerin içme, kullanma ve endüstri suyunun sağlanması ile atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılması, toplu taşıma ve katı atık yönetimi konusunda vereceği imtiyazlara ilişkin usulleri düzenlemektedir. Bunun yanısıra 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile de belediye sınırları dışındaki imar, yol, su, kanalizasyon, katı atık ve çevre hizmetlerinde İl Özel İdarelerine imtiyaz verme yetkisi tanınmıştır. Bunların yanısıra her iki kanunla hem belediyelere hem de il özel idarelerine Yİ veya YİD ile yatırım yapmalarına ve kendilerine ait teşebbüs, işletme ve iştirakleri özelleştirmelerine yetki verilmiştir.

**Tablo 3: Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gördürülme Yöntemleri\***

Geleneksel Kamu Alımları	Kamu Özel İşbirlikleri	Özel Piyasa Faaliyetleri
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Kamu kaynaklarıyla, kamu kurumlarının mal, hizmet ve yapım işleri alımları (4734 sayılı Kanun)</li> <li>▪ 4734 sayılı Kanundan muaf tutulan Değişik kamu kurumlarının özel düzenlemeleri.</li> </ul>	<p><b>A) İmtiyaza ilişkin düzenlemeler</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ -1910 tarihli imtiyaz sözleşmelerinin genel özelliklerini düzenleyen Kanun</li> <li>▪ Mahalli idarelerin içme suyu, elektrik, havagazi, tramvay ve katı atık işlerinin imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmesi (5302 ve 5393 sayılı Kanunlar)</li> <li>▪ Telekomünikasyon hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmesi (406 ve 2813 sayılı Kanunlar)</li> </ul> <p><b>B) İmtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren düzenlemeler</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Yap İşlet Devret (3096, 3996, 3465, 5302 ve 5393 sayılı Kanunlar)</li> <li>▪ Yap İşlet ( 4283, 5302 ve 5393 sayılı Kanun)</li> <li>▪ Yap Kirala (3359 sayılı Kanun)</li> <li>▪ İşletme Hakkı Devri (3096 ve 4046 sayılı Kanunlar)</li> </ul> <p><b>C) Kurumsal Kamu-Özel İşbirlikleri</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ -Bağlı ortaklıklar ve iştirakler (233 sayılı KHK)</li> <li>▪ - Mahalli idarelerin Türk Ticaret Kanununa tâbi ortaklıkları (5393 ve 5302 sayılı Kanunlar)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Kamu kuruluşlarının özelleştirilmesi (4046 ve 6762 sayılı Kanunlar)</li> <li>▪ Türk Ticaret Kanunu (6762 sayılı Kanun)</li> <li>▪ Sektör düzenleyici kanunlar (Örneğin, Bankacılık, Enerji, Telekomünikasyon)</li> </ul>

\* Tarafımızdan oluşturulmuştur

Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi konusunda düzenlenecek imtiyaz sözleşmelerine ilişkin usuller ise 406 Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu kapsamında düzenlenmektedir.

3096 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektedir. Kanunda görevlendirme terimi kullanılmakla beraber, özel sektörün görevlendirme biçimi YİD ve işletme hakkı devridir.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Yöntemi Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ile köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, sermaye teşebbüslerinin veya yabancı teşebbüslerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kapsamında otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin YİD yöntemi çerçevesinde yapımı, bakımı, işletilmesi öngörülmektedir.

4283 sayılı Yap-İşlet yöntemi İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun Yİ yöntemi çerçevesinde termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Yap Kirala (YK) yöntemi çerçevesinde sağlık tesislerinin belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunla kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyetlerinin devirleri; genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetlerini imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile gördürülmeleri;

kuruluşların doğal kaynaklarının, belli bir süre için sadece işletme haklarının devredilmeleri (İHD) hususları düzenlenmektedir.

İHD, YİD ve Yİ yöntemleri pozitif hukukta doğrudan imtiyaz olarak nitelendirilmemekle beraber imtiyaz sözleşmelerinin önemli unsurlarını içermektedir. YK yönteminde devletin özel teşebbüslerden sağlık işletmelerini kiralamaları daha çok kamu alımları sözleşmelerinin ve hastanelerdeki ticari tesislerin özel sektör kuruluşları tarafından işletilmesi ise imtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içermektedir.

233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) kamu iktisadi teşebbüslerinin; 5302 ve 5393 sayılı kanunlarda da mahalli idarelerin özel sektör kuruluşları ile iştirak ve bağlı ortaklık oluşturmasına olanak sağlanmaktadır. Bu düzenlemeler de topluluğun Kurumsal KÖİ yöntemine karşılık gelmektedir.

### **3.1. Kamu Hizmeti İmtiyazı**

Türk idare hukukunda imtiyaz<sup>50</sup> kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında<sup>51</sup> imtiyaz kavramı “kamu hizmetinin sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca temin edilecek salahiyetler ve taahhüt olunan mali menfaatler karşılığında özel hukuk kişilerin yürütülmesi” ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de “konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler” şeklinde tanımlanmaktadır. 4046 Sayılı Kanuna göre genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz kabul edilmektedir (m.15). Bu düzenlemeye benzer biçimde 233 Sayılı KHK de sermayesinin tamamı Devlete ait olan ve tekel

<sup>50</sup> Kamu hizmeti imtiyazı ve idarenin sorumlulukları konusunda daha detaylı bilgi için bkz. ÖZAY, İ. (1996), *Günlükte Yönetim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 256-266; EROL, G.S. (1999), *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, DPT Uzmanlık Tezleri, Ankara; GÜNDAY, M. (2002), *İdare Hukuku*, Beşinci Baskı, İmaj Kitabevi Yayıncılık, Ankara, s. 296-313; GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. ve T. TAN (2006), *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, Cilt 1, İkinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 686-706; ÇAL, S. (2008), *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayınları, Ankara.

<sup>51</sup> Anayasa Mahkemesinin /12/1994 Gün-1994/43 Esas-1994/42-2 Karar ve 28/6/1995 Gün-1994/71 Esas-1994/71 Karar sayılı iptal kararları.

niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan Kamu İktisadî Kuruluşlarının ürettikleri mal ve hizmetler imtiyaz olarak nitelendirilmektedir.

Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri öteki idari sözleşmeler gibi yazılı şekle tabidir. Sözleşmenin taraflarından birisi kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu diğeri de özel işletmecidir. Bu sözleşmeler önceden hazırlanmış bulunan şartnamelere dayanır. Sözleşmelere ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartnameler sözleşmelerin tamamlayıcısı olup, kural işlem niteliğindedir. Şartnameye dayanan sözleşme belgeleri ile, bir yandan sözleşmeci şartnamede belirlenen genel ve nesnel bir statüye sokulur öte yandan da mali hükümler düzenlenir. Gerek şartname gerek sözleşme belgeleri, esas olarak idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. İmtiyaz sahibi sadece idarece hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları ya toptan kabul veya toptan reddetme imkanına sahip bulunmaktadır<sup>52</sup>.

Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler” şeklinde tanımlayarak ”süreklilik ve düzenliliğin kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturduğunu” belirtmektedir. Çünkü hizmetin yokluğu toplum yaşamını alt üst edecektir. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın ihtiyaçlarına karşılık verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmelerini de karşılamaktadır.<sup>53</sup> Bu tespitleri yaptıktan sonra Yüksek Mahkeme “köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinliklerin kamu hizmeti” olduğunu ileri sürmektedir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi YİD yöntemini düzenleyen 8/6/1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Yöntemi Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun kapsamında yaptırılması gereken altyapı hizmetlerini kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkeme bir başka

<sup>52</sup>Günday, 2002, s. 235.

<sup>53</sup> Anayasa Mahkemesinin 28/6/1995 Gün-1994/71 Esas-1994/71 sayılı Kararı.

kararında<sup>54</sup> kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli olarak sunulması gerektiği için, elektrik üretimi iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin kamu hizmeti olduğunu kararlaştırmıştır.

1999 yılında Anayasasının 47'nci maddesinde yapılan değişiklikle,<sup>55</sup> kamu kuruluşlarınca yürütülen yatırım ve hizmetlerden bazıların (veya tamamının) "özel hukuk sözleşmeleri" ile üçüncü kişilere yaptırılacağı veya bunlara devredilebileceği konusunda Yasama Organına yetki verilmiştir. Yasama Organı, 1999 yılında 3996 sayılı Kanun kapsamında enerji üretim, iletim dağıtım ve ticareti ile köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek YİD sözleşmelerini özel hukuk kapsamına almıştır.<sup>56</sup> 2006 yılında da termik santrallarda Yİ yöntemi düzenleyen 16/7/1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Yöntemi İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun çerçevesinde düzenlenen sözleşmeleri özel hukuk kapsamında değerlendirmiştir.<sup>57</sup>

Bu değişikliklerden sonra, 3996 sayılı Kanun kapsamında YİD yöntemi ile sunulacak hizmetler ile 4283 sayılı Kanun kapsamında Yİ yöntemine göre düzenlenecek sözleşmeler, imtiyaz (idare) hukuku kapsamından çıkartılarak, özel hukuk kapsamına alınmıştır. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi AT düzenlemeleri çerçevesinde hukuki terim olarak imtiyaz kavramı kullanılmaktadır. KÖİ terimi özel sektörün kamu hizmetlerine katılımı politikasını nitelendirmekte, tasarım, yapım, finansman, arz ve talep riski konularında sözleşmede ortaklara yüklenen sorumluluklara göre oluşturulan yöntemlere de YİD, Yİ, YK ve İHD gibi

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesinin 9/12/1994 Gün-1994/43 Esas-1994/42-2 sayılı Kararı.

<sup>55</sup> 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun.

<sup>56</sup> 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

<sup>57</sup> Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5539 Sayılı Kanun.



tekil isimler verilmektedir. Türkiye'deki idare ve özel hukuk ayrımı kapsamında, idare hukuku düzenlemelerinden kaçınmak için, yasal düzenlemelerde bu sözleşmelere imtiyaz demekten imtina edilmektedir. Bunun için de özel teşebbüslerin kamu hizmetlerine katılımını öngören yasal düzenlemeler özel hukuk kapsamına alınmaktadır<sup>58</sup>. Bu noktada Topluluk düzenlemeleriyle uyum sağlanmasında sorun ortaya çıkmaktadır. Kamu alımları ve KÖİ/imtiyazlar konusunda Topluluk hukukunun tam olarak üstlenilmesi durumunda, yasal düzenlemelerde KÖİ projelerini nitelendirirken “imtiyaz” kavramının kullanılması gerekecektir. Bu durumda da bu sözleşmeler idare hukukunun denetimine girecektir<sup>59</sup>. Türkiye’de kamu alımları ve imtiyazlar alanındaki mevzuatı inceleyen SIGMA raporunda da belirtildiği gibi bazı düzenlemelerin hukuki temellerinin tam olarak belirlen(e)memesi durumunda, uygulamada hukuki belirsizlikler ve sorunlar kaçınılmaz olacaktır<sup>60</sup>.

AB düzenlemelerinde yer alan yapım (bayındırlık) imtiyazları 1999 yılında yasalarımızdan çıkartılmıştır<sup>61</sup>. Bayındırlık imtiyazlarında idareye ait taşınmazlar üzerinde kamunun faydalanması için özel teşebbüsler tarafından inşaat yapılması ve işletilmesi konusunda idareler ile özel teşebbüsler arasında sözleşme imzalanmaktadır. Özel teşebbüsler yapım işinin bedelini idarelerden almak yerine, işletme süresinde kullanıcılardan tahsil etmektedirler. Bayındırlık imtiyazı kavramı kanuni düzenlemelerden çıkartılmasına karşın, baraj, kanal, tünel, deniz, havalimanı, otogar, otopark ve benzeri yapıların inşası, kurulması ve işletilmesi de “yapım işleri imtiyaz sözleşmesi” şeklinde yorumlanabilir<sup>62</sup>. Bu çerçevede, kanuni düzenlemelerde açıkça belirtilmese de, AB düzenlemelerine benzer biçimde

---

<sup>58</sup> Çal (2008, s. 266-285) imtiyaz hukukunun dışına çıkmak amacıyla kullanılan yöntemlerden birisinin de “kanunlarda imtiyaz sözcüğü yerine bile isteye görevlendirme sözcüğünün kullanılması” olduğunu belirtmektedir.

<sup>59</sup> İmtiyaz sözleşmesi, idare/hukuku ve uluslar arası tahkim konularında Türkiye’de yaşanan tartışmalar için bkz. Çal, 2008.

<sup>60</sup> SIGMA 2008, s. 40.

<sup>61</sup> 2575 sayılı Kanununun 42/c maddesinde 18/12/1999 tarih ve 4492 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini” ibaresi “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini” şeklinde değiştirilerek “bayındırlık hizmetleri” kavramı madde metninden çıkartılmış ve “hizmet imtiyazı kavramı” getirilmiştir.

<sup>62</sup> DURAN, L. (1991), Yap-İşlet-Devret. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:46(1-2), s. 156’ dan aktaran Gözübüyük ve Tan, 2006, s. 695-696.

Türk hukukunda da “yapım imtiyazı” ve “hizmet imtiyazı” şeklinde ikili bir ayırım bulunduğu görülmektedir.

Tablo 4’te KÖİ/imtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren kanuni düzenlemelerin belirleyici özelliklerine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Tablo oluşturulurken sadece birincil mevzuat bilgileri değerlendirmeye alınmıştır. İkincil mevzuat düzenlemeleri ve kurumsal içtihatlar genelde uygulayıcıların taktir yetkilerine bağlı olduklarından ve her an değiştirilebileceklerinden değerlendirmeye alınmamıştır. Kutu 1’de açıklanan KÖİ’lerin Topluluk düzenlemelerindeki belirleyici unsurlarına benzer biçimde, düzenlemeler sözleşme, sözleşme süresi, finansman, talep riski ve tarife denetimi açısından sınıflandırılmıştır.

Kutu 1’de açıklanan emanet tipi ilişki çerçevesinde imtiyazı veren idarenin, imtiyazcı şirketi kendi birimi gibi denetlemesi ve imtiyazcının da imtiyazı veren idarenin işlerinin önemli bir kısmını onun denetimi altında yerine getirmesi durumunda Topluluğun kamu alımları ve imtiyaz sözleşmelere ilişkin düzenlemeleri uygulanmamaktadır. 233 sayılı KHK kapsamında kamu iktisadi kuruluşu (ve dolayısıyla ürettikleri mal ve hizmetler imtiyaz) sayılan Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmesi ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Ulaştırma Bakanlığının denetimi altında faaliyetlerini yerine getirmektedir. 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Bakanlığa, ilgili kuruluşların amaçları ve özel kanunları gereğince ve kendilerine verilen hizmetleri yerine getirmelerini sağlamak görevini vermektedir (m. 2/f). Her ne kadar yasal olarak ürettikleri mal ve hizmetler imtiyaz sayılsa da, Ulaştırma Bakanlığı ile emanet tipi ilişki içerisinde olan bu kurumlara tahsis edilen görevlerin, Topluluğun kamu alımları ve imtiyaz düzenlemeleri kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Türk hukukunda yer alan düzenlemeler ve AT tanımları çerçevesinde yapım/hizmet imtiyazı sözleşmelerinin belirleyici unsurlarının (i) tekel niteliğindeki<sup>63</sup> kamu hizmetlerinin kurulması ve/veya işletilmesi;

<sup>63</sup> İmtiyaz sözleşmelerine esasen ülkenin gelişmişlik seviyesine katkı sağlayan kamu hizmetlerinin gördürülmesinde başvurulmaktadır. Ortaçağ Fransa’sında olduğu gibi kasaplık ve fırıncılık faaliyetlerinde de başvuru imtiyazlara, günümüzde (tek teşebbüsün iki veya daha çok teşebbüsten daha ucuz üretim yaptığı) doğal tekellerin düzenlenmesinde başvurulması halinde iktisadi gelişmişliğe daha fazla katkı sağlanabileceği ileri sürülmektedir (KLEIN, M., M.KERF, ,

(ii) imtiyaz sahibi ve idare arasında uzun süreli bir sözleşmenin bulunması; (iii) imtiyaz sahibinin arz ve talep yönlü risklerin bir kısmını veya tamamını üstlenmesi; (iv) hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak için idarenin süreklilik, fiyat ve kalite gibi konularda kamu gücüne dayanan denetim ve gözetim yetkisinin bulunması olduğu görülmektedir.

Tablodan da görüleceği gibi bazı düzenlemeler doğrudan imtiyaz kavramı kullanılarak yapılmakta, diğerlerinde imtiyaz kavramı kullanılmamaktadır. Ancak bütün düzenlemelerde kamu hizmetlerinin finansmanında kamu ve özel sektör ortakları arasında sözleşmeye dayalı ilişkiler kurulması amaçlanmaktadır.

Bazı düzenlemelerde sözleşmelere süre sınırı getirilmiştir. Süre sınırı olmayan düzenlemelerin uygulamasına bakıldığında, elektrik üretimi ve dağıtımı ile telekomünikasyon hizmetlerinde sözleşme süresinin 20-25 yıl olduğu, havalimanı terminal işletmeciliğinde sözleşme süresinin 3-4 yıla kadar düşebildiği görülmektedir. KÖİ sözleşmeleri kapsamında verilen hizmetlerin tamamında idareler sözleşmeler marifetiyle veya diğer kamu düzenlemeleri ile tarifeleri ve hizmet sunumunda belirli standartları belirlemektedirler.

---

R.D. GRAY, T. IRWIN, C. LEVESQUE VE R.R. TAYLOR, (1998), Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award, World Bank Technical Paper No: 399). Doğal tekel niteliğindeki altyapı hizmetleri su dağıtımı, elektrik/doğal gaz iletimi ve dağıtımı, demiryolu altyapısı ve karayoludur. Göreceli olarak rekabete açık altyapı hizmetleri ise elektrik üretimi, elektrik ve gazın perakende satışı, uzun mesafe telefon hizmetleri ve cep telefonu hizmetleridir. Ancak, iktisadi gelişmeye katkı sağlaması durumunda rekabete açık sektörlerde de imtiyaz sözleşmesi tahsis edilebilmektedir. Örneğin, elektrik üretimi faaliyetleri potansiyel olarak rekabete açık olmasına rağmen, “pazar içi” rekabet için yetersiz/küçük olan elektrik piyasalarında “pazar için” rekabet için ihaleler aracılığı ile imtiyaz sözleşmeleri tahsis edilebilir (Klein vd. 1998). Nitekim Gözübüyük ve Tan (2006, s.699) imtiyaz sahibinin rekabetten korunması amacıyla, idarenin aynı konuda başka girişimcilere izin vermeyebileceğini belirtmektedir. Ancak, rekabetin mümkün olduğu sektörlerde uzun süreli sözleşmelerle özel sektör katılımı sağlamak yerine yerine, doğrudan özelleştirme yapmak daha doğru olacaktır. İyi işleyen piyasalarda amaç rekabet kısıtı yaratmak değil, rekabeti artırmak olmalıdır.

**Tablo 4: Türkiye’de KÖİ Düzenlemelerinin Belirleyici Unsurları\***

Yöntem	Kapsam	Sözleşme	Sözleşme Süresi	Finansman	Talep Riski	Tarife Denetimi
<b>İmtiyaz</b> 4046 sayılı Kanun	Tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri	Evet	49	GT	İdare	Sözleşme
233 sayılı KHK	Kamu İktisadi Kuruluşlarının tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri	Emanet tipi ilişki	Süresiz	GT	İdare	Bakanlar Kurulu
406 ve 2813 sayılı Kanunlar	Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi	Evet	-	GT	GT	Telekomünikasyon Kurumu
Belediyeler 5393 sayılı Kanun	İmar, yol, su, kanalizasyon, katı atık ve çevre	Evet	-	GT	İ/HK	İdare
İl özel İdareleri 5302 sayılı Kanun	İçme, kullanma ve endüstri suyun sağlanması ile atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılması, toplu taşıma ve katı atık yönetimi	Evet	-	GT	İ/HK	İdare

<b>Yap İşlet Devret</b> 3996 sayılı Kanun	Köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları	Evet	49	GT	İ/HK	Sözleşme
3096 Sayılı Kanun	Elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti	Evet	99	GT	İdare	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
3465 sayılı Kanun	Otoyollar ve bunların işletme tesisleri	Evet	49	GT	GT	Ulaştırma Bakanlığı
<b>Yap İşlet</b> 4283 sayılı Kanun	Termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına	Evet	-	GT	İdare	Sözleşme

<b>Yap Kirala</b> 3359 sayılı Kanun	Sağlık tesislerinin belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına	Evet	Belirli bir süre	GT	İdare	İhale
<b>İşletme Hakkı Devri</b> 4046 sayılı Kanun	Doğal kaynaklar	Evet	49	İ/GT	İ/HK	İdare
3096 Sayılı Kanun	Elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti	Evet	99	İ/GT	İdare	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

\*Tarafımızdan oluşturulmuştur

Not: GT= Görevli Teşebbüs; İ/HK= İdare/Hizmet Kullanıcıları; İ/GT= İdare/ Görevli Teşebbüs

AT düzenlemelerinin ve Anayasa Mahkemesinin imtiyaza ilişkin tanımlarında sözleşmeden doğacak zararın (tamamı ve bir kısmının) özel sektör kuruluşları tarafından karşılanmasının esas olduğu belirtilmektedir. YİD ve Yİ modeli ile gerçekleştirilen elektrik satın alma sözleşmelerinde verilen miktar ve sabit fiyatlı satın alma garantileri ile talep yönlü riskleri idareler üstlenmektedir<sup>64</sup>. YK yöntemi çerçevesinde yaptırılacak sağlık tesislerini Sağlık Bakanlığı uzun süreli olarak kiralamaktadır. Bu yöntemle gerçekleştirilen ticari işletmelerde<sup>65, 66</sup> ise arz ve talep riski özel ortağa

<sup>64</sup> YİD sözleşmeleri ile yaptırılan elektrik üretim santrallerinde üretimin yaklaşık yüzde 85'i al ya da öde hükümleri altındadır. Bu tür sözleşmelerde aynı zamanda gaz yakıt garantisi vardır. BOTAS gaz tedarik edemediğinde bundan doğan maliyet devlet tarafından karşılanmaktadır. Öte yandan, YİD santrallerinin bir başka önemli özelliği, tarife ön yüklemesine tabi olmasıdır. Yatırımcının yatırım maliyetini çabuk çıkarmasına izin verebilmek için, bu sözleşmelerin tarifeleri ilk yıllarda çok yüksek olmakta, ileriki yıllarda da hızlı bir biçimde düşmektedir (ATİYAS, İ. (2006), Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayınları, İstanbul, s. 76-77).

<sup>65</sup> YK yönteminde gerçekleştirilebilecek ticari işletmeler tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetleridir.

<sup>66</sup> Bir görüşe göre, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, özellikle de elektrik enerjisi sektöründe faaliyet gösteren yatırımcıların idareler ile imzalayacakları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları uluslararası tahkime götürmek istemelerinin temel nedenini, sözleşmelerde yer alan uzun süreli fiyat ve alım garantileri oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, yabancı ve yerli bütün yatırımcılar uluslararası tahkimi, garantileri garantiye alma mekanizması olarak görmüştür (EMEK, U. (1999), Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı, 02.12.1999, Ankara ve EMEK, U. (2000), Özelleştirme Uygulamalarında; Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine, İktisat, İşletme ve Finans, No:169, s. 74-86). Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulunun Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkı Devri Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporunda aşırı yüksek enerji fiyatları içeren alım garantili sözleşmelerinin bulunduğu YİD modelinin uygulanmasını kolaylaştırmak için yasal alt yapı hazırlandığı; Anayasanın kimi maddelerinin değiştirilerek bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümüne olanak sağlandığı; Danıştayın süreçteki etkin rolüne son verildiği belirtilmektedir (DEVLET DENETLEME KURULU, (2003), Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu, No:2003/6, <http://www.cankaya.gov.tr>, Erişim Tarihi:11.7.2006). Bu tespitleri doğrular nitelikte, Danıştayın Yİ modeli çerçevesinde imzalanan sözleşmeleri imtiyaz olarak değerlendirip, kendisinden görüş alınmadan hazırlanması nedeniyle iptal edilmelerini kararlaştırmasından sonra; bu sözleşmelerin iptal edilmesini önlemek amacıyla, Yİ yöntemiyle gerçekleştirilen enerji santrallerinin sözleşmelerini özel hukuk kapsamına alınmasını amaçlayan kanun teklifinin 1.7.2006 tarihinde TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi esnasında, Yİ sözleşmelerinin özel hukuk kapsamına

aittir. Otoyollar ve bunların işletme tesislerinde YİD yöntemi ile gerçekleştirilecek yatırımları düzenleyen 3465 sayılı Kanun kapsamında talep riski tamamen özel teşebbüse aittir. Benzer biçimde telekomünikasyon sektöründe de talep riski görevli teşebbüse ait bulunmaktadır. Özel sektör katılımının imtiyaz sözleşmeleri ile gerçekleştirildiği telekomünikasyon sektörü hızla büyürken, 1988 yılından beri yürürlükte bulunan 3465 sayılı Kanun kapsamında henüz tek bir otoyol projesi geliştirilememiştir. Çünkü, kullanıcılardan tahsil edilecek ücret gelirleri ile geri dönüşü 70-80 yılda sağlanabilen otoyol yatırımlarına özel sektörün ilgisini çekmek mümkün olmamıştır. Bu nedenle otoyol projelerini YİD yöntemi ile gerçekleştirebilmek amacıyla, 3996 sayılı Kanunda 2008 yılında (5762 sayılı Kanunla) değişiklik yapılarak katkı payı uygulaması getirilmiştir. Katkı payı uygulaması ile görevli teşebbüsün ürettiği mal veya hizmetin bedelinin, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesinin mümkün olmadığı yatırımlarla ilgili yapılacak görevlendirmelerde (örneğin otoyollar), idareler görevli teşebbüse tamamen veya kısmen ödeme yapabileceklerdir.

Yöntemlerin kapsamına bakıldığında ağırlıklı olarak otoyol, demiryolu, haberleşme, enerji, köprü ve baraj gibi altyapı hizmetlerinde ve sağlık gibi kamu hizmetlerinde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Rekabet politikası açısından bakıldığında bu sektörlerden bazılarında

---

alınmasına yönelik eleştirilere karşılık, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı elektrik enerjisi sektöründeki verilen garantiler ve tahkim sorununu şu sözlerle ifade etmiştir: “açıkça söyleyeyim; isterseniz bunu uygulamayalım, paraları takır takır ödersiniz; üretmediğiniz elektrige para ödersiniz. doğalgaz da elinizde kalır. elektrik kesintisi dahil...”. ([http://www.meclishaber.gov.tr/develop/owa/haber\\_portal.aciklama?p1=35563](http://www.meclishaber.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=35563), Erişim Tarihi: 17.05. 2007). Bu sözler, YİD ve Yİ modelleri çerçevesinde özel teşebbüsün üstlenmesi gereken arz ve talep yönleri riskleri ortadan kaldırmak amacıyla verilen garantilerin, Devlete getirdiği yükümlülüklerin boyutunu ironik biçimde ortaya koymaktadır. Ayrıca, YİD projelerinde verilen sabit fiyatlı alım garantileri sadece enerji sektöründe sorun olmamıştır. İzmit Büyükşehir Belediyesinin YİD yöntemiyle gerçekleştirdiği İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesinde birim maliyeti yaklaşık 4 USD olan bu suyu nihai tüketicisine 25 sent gibi oldukça düşük bir fiyata satmaktadır. Kayıp ve kaçaklar da dikkate alındığında bu fiyat 10 sente kadar düşmektedir. Proje kapsamında Hazine Müsteşarlığı tarafından ürün satın alma ve dış kredi garantileri verilmiştir. Projenin geliştirilmesi aşamasında yapılan hatalar nedeniyle İBB yükümlülüklerini yerine getirememiş ve sonuçta garantör sıfatıyla Hazine Müsteşarlığı 2007 yılı sonu itibarıyla yaklaşık 1,5 milyar USD ödeme üstlenmiştir (SAYISTAŞ (2002), Yap-İşlet-Devret Modeli İle Yapılan ‘İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi’ Hakkında Rapor, Sayıştay Genel Kurulunun 11.4.2002 tarih ve 5022/1 sayılı kararı, [www.sayistay.gov.tr](http://www.sayistay.gov.tr), Erişim Tarihi: 3 Mart, 2009).



“pazar içi rekabeti” (*competition in market*) bazılarında da “pazar için rekabeti” (*competition for market*) geliştirmek mümkündür<sup>67</sup>. AT uygulamalarında da görüldüğü gibi münhasır hak verilen imtiyaz sözleşmelerinin tahsisinde pazar için rekabet ihale mekanizması ile tesis edilmektedir. Ancak Türkiye uygulamasında bakıldığında KÖİ projelerinde imtiyaz tahsisi ve pazar için rekabet ilişkisinin bozulduğu görülmektedir. Örneğin tam serbestleşmeye geçilen telekomünikasyon sektörüne özel sektörün katılımı imtiyaz sözleşmelerinin ihale mekanizması ile tahsisatı yöntemiyle sağlanmaktadır (pazar için rekabet). Diğer taraftan elektrik iletimi ve dağıtımı gibi doğal tekel faaliyetlerini de düzenleyen 3096 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen YİD sözleşmeleri için ihale yöntemi öngörülmemektedir. Atiyas YİD santrallerini diğerlerinden ayıran ve bu modelin Türkiye özelindeki uygulanmasının en çok eleştirilebilecek özelliğinin, bu santrallerin yatırımcılarının ihale yolu ile belirlenmemesi olduğunu; yatırımcıların belirlenme sürecinde rekabeti tesis edilmemiş olmasının, kendini doğrudan doğruya yüksek yatırım maliyeti olarak gösterdiğini; ihale ile tahsis edilmeyen YİD elektrik santrali projelerinin, ihale ile tahsis edilen Yİ elektrik santrali projelerinden yüzde 70-80 oranında daha pahalı olduğunu söylemektedir<sup>68</sup>. İhale mekanizması hakkında, diğer sektörel kanunlarda da ayrıntılı düzenlemeler bulunmamakta ve genelde ikincil mevzuata gönderme yapılmaktadır. Oysa ihale usullerine ilişkin kurallar, uygulamacılara (fazla) taktir hakkı bırakmayacak şekilde ayrıntılı olmalı ve kanunla düzenlenmelidir.

### 3.2. Kurumsal Kamu Özel İşbirlikleri: Bağlı Ortaklıklar ve İştirakler

AB düzenlemeleri çerçevesinde kamu ve özel teşebbüslerinin birlikte yeni bir teşebbüs oluşturması veya mevcut kamu teşebbüsünün hisselerinin özel teşebbüsler tarafından devralınması Kurumsal KÖİ olarak nitelendirilmektedir. Kurumsal KÖİ uygulamalarında özel teşebbüs sadece sermaye sağlamamakta, ortak teşebbüsün yönetiminde de aktif rol oynamaktadır. Bu çerçevede bakıldığında, 8/6/1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede

<sup>67</sup> İmtiyazcı şirketlere tekel hakkı vererek, pazar içi rekabeti ortadan kaldıran imtiyaz sözleşmelerinde, pazar için rekabetin tesisi için ihalelerin rolü konusunda bkz Klein 1998; EMEK, U. (2002a), The Role of Auction Design in Awarding Spectrum Concessions: Turkish GSM Experience, DPT Yayınları, Ankara; EMEK, U. (2002b), Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları, Ankara.

<sup>68</sup> Atiyas, 2006, s. 76

düzenlenen bağlı ortaklıklar ve iştiraklerin AB Kurumsal İşbirliklerinin özelliklerini taşıdıkları görülmektedir.

233 sayılı KHK çerçevesinde bağlı ortaklıklar sermayesinin % 50'sinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne<sup>69</sup> veya kamu iktisadi kuruluşuna<sup>70</sup> ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim teşebbüslerdir. İştirakler, iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı işbirliklerinin, sermayelerinin en az % 15'ine, en çok % 50'sine sahip buldukları anonim teşebbüslerdir. Mevcut müesseseler veya işletmeler Yüksek Planlama Kurulu kararı ile bağlı ortaklık haline getirilmekte, yeni bağlı ortaklar ise Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulmaktadır. Teşebbüs veya bağlı ortaklığın bir anonim teşebbüse iştiraki ilgili teşebbüsün önerisi üzerine Yüksek Planlama Kurulu kararı ile yapılmaktadır. Bağlı ortaklıkların ve iştiraklerin oluşumunda, özel ortağın seçimi için eşitlikçi, saydam ve rekabetçi bir ihale sürecine ilişkin yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bağlı ortaklıkların yönetim kurulu, başkan ve genel müdürü dahil beş üyeden oluşmaktadır. Genel müdür ilgili bakanın teklifi üzerine ortak karar ile atanmaktadır. Yönetim kurulunun en çok iki üyesi, özel kesimi temsilen genel kurulca seçilmektedir. İştiraklerin yönetim kurullarında, teşebbüs ve bağlı ortaklığı temsilen her % 15 hisse için en az bir üye bulundurulmaktadır. İştiraklerin yönetim kurulu üye sayısı ve genel müdürün ataması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Teşebbüs veya bağlı ortaklığı temsil eden en fazla 3 üyenin dışındaki yönetim kurulu üyeleri ise özel teşebbüs tarafından belirlenmektedir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile 1997 yılında BOTAS'ın % 35 hisse ile Turusgaz Taahhüt Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'ine iştirak etmesine izin verilmiştir. TURUSGAZ'ın diğer ortakları GAZPROM ve GAMA şirketleridir ([www.botas.gov.tr](http://www.botas.gov.tr), Erişim Tarihi:16.03.2009). TPAO, Kazakistan'da petrol ve gaz yataklarını aramak, geliştirmek ve üretmek üzere 1993 yılında kurulan KAZAKTÜRKMUNAY Ltd. Şirketine iştirak etmiştir. İştirakin % 49'u

<sup>69</sup>İktisadi devlet teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür.

<sup>70</sup> Kamu iktisadi kuruluşu, sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.

TPAO'ya geri kalanı ise Kazakistan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Kazzarubejgeologia Cumhuriyet Devlet İşletmesine aittir ([www.tpao.gov.tr](http://www.tpao.gov.tr), Erişim Tarihi: 16.03.2009).

Özelleştirme kapsam ve programında yer alan kuruluşlardan Sümer Holding A.Ş. gıda maddeleri üreten BESLEN Makarna Gıda San. Tic. A.Ş.'nin % 23,84, kimya ve patlayıcı imalatı yapan NİTROMAK Mak. Kim. Nobel Kimya San. A.Ş.'nin % 33,50, gıda maddeleri üretimi yapan DOYASAN Doğu Yağ San. A.Ş.'inin % 2,97, tekstil işleri ile uğraşan Güney Sanayi Tic. İşl. A.Ş.'nin de % 0,24 oranını da hisselerine sahiptir ([www.oib.gov.tr](http://www.oib.gov.tr), Erişim Tarihi: 16.03.2009). Bu kuruluşlar AB düzenlemeleri çerçevesinde kurumsal KÖİ niteliğindedir. İdareler bu işbirliklerin hem mülkiyetini hem de yönetimini özel ortakları ile birlikte kontrol etmekte ve ortaklarının hem finansal hem de teknik birikimlerinden istifade etmektedirler.

#### 4. GENEL DEĞERLENDİRME

Dünya genelinde gözlemlenen genel eğilimlere uygun biçimde hem AB'de hem Türkiye'de kamu hizmetlerin gördürülmesinde özel sektörün işlevi giderek öne çıkmaktadır. Nitekim, Günday "bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartını arayan organik ölçütün<sup>71</sup> çözüldüğünü bugün için verilebilecek kamu hizmeti tanımının "siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler" şeklinde yapılabileceğini belirtmektedir<sup>72</sup>.

Özel sektörün kamu hizmetlerini üstlenmesinin en pratik yöntemi mevcut kamu kuruluşlarının özelleştirilmesi veya özel sektör kuruluşlarının pazara giriş engellerinin kaldırılmasıdır (*deregulation*). Kamu hizmetlerinin sunumunu doğrudan kamu kuruluşlarının üstlenmesi durumunda, özel teşebbüslerin kamu alımları mevzuatı çerçevesinde kamu kuruluşlarına mal, hizmet ve yapım işleri tedariki işlevi görmektedir. Bu iki yöntemin arasında ise kamu özel işbirlikleri yer almaktadır. AB düzenlemeleri çerçevesinde

<sup>71</sup> Kamu hizmetinin tayininde kullanılan diğer iki ölçüt ise faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden bağımsız olarak sadece faaliyetin niteliğini esas alan maddi ölçüt ve belirli usulü veya bir hukuki rejimi esas alan şekli ölçüttür (Günday 2002, s.282).

<sup>72</sup> Günday 2002, s. 282-285.

KÖİ projeleri imtiyazlar ve kurumsal ortaklıklar başlıkları altında toplanmaktadır.

Kamu alım sözleşmelerinde, tedarikçi sunduğu mal, hizmet veya yapım işinin bedelini doğrudan ilgili kamu kurumundan almaktadır. Yapım (hizmet) imtiyazları, yapım işi (hizmet) sağlayıcısına, yapım işinin (hizmetin) işletme hakkının devrini veya bu hakla beraber (kamu idareleri ve/veya kullanıcılara tarafından) imtiyazcıya belirli bir ücret ödenmesini öngören sözleşmelerdir. Diğer bir deyişle kamu sözleşmelerinden farklı olarak, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi sağladığı hizmetin (en azından bir kısmının) karşılığını, yapım işi veya hizmet kullanıcılarından tahsil etmektedir. İmtiyazcı, işletme hakkına bağlı olarak arz ve talep yönünden oluşan toplam piyasa riskini üstlenmektedir. Kurumsal ortaklıklarda ise kamu ve özel sektör, ortak teşebbüsün mülkiyetini ve denetimini ortaklaşa kontrol etmektedir.

Türkiye’de altyapı hizmetlerine özel sektörün katılımı yöntemlerini belirleyen düzenlemeler üzerindeki tartışmaların çoğu sözleşmelerin niteliği ve yöntemlerin isimlendirilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde uygulanacak hukuk idare hukukudur. Buna karşın özel sektörün kamu hizmetlerine katılımını öngören uzun süreli sözleşmeleri düzenleyen bazı kanunlar özel hukuk kapsamına alınmıştır. Uluslararası uygulamalarda da görüldüğü gibi özel sektörün kamu hizmetlerine katılımı yöntemleri kamu özel işbirlikleri, özel finansman girişimi (Birleşik Krallık), altyapı hizmetlerine özel sektörün katılımı (Dünya Bankası), imtiyazlar (AB ve Fransa), YİD, Yİ, YK ve İHD gibi çok farklı şekilde isimlendirilebilmektedir. Bovis’in de belirttiği gibi “isimler ne olursa olsun oluşturulan işbirlikleri özel sektör ve kamu idareleri arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkinin karakterini değiştirmemektedir”<sup>73</sup>. Kamu idareleri ve özel teşebbüsler arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkilerin belirleyici unsurları sözleşmenin bir tarafının kamu idaresi olması, sözleşmeye uygulanacak hukuk sistemi ve uygulanacak müeyyidelerdir. KÖİ sözleşmeleri ile özel teşebbüsler kamu idareleri adına kamu hizmetinin yerine getirilmesinden sorumludurlar. Projelerin finansmanı özel teşebbüs tarafından karşılanırsa da, hizmet bedeli kamusal fonlarla ödenmektedir. Bu nedenle de KÖİ/imtiyaz sözleşmeleri idarelerin düzenleme, gözetim ve denetim görev

---

<sup>73</sup> Bovis 2007, s. 59.

ve sorumluluklarını ortadan kaldıracak hükümler içermemelidir<sup>74</sup>. Bu çerçevede KÖİ/imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen hukuki metinlerde yapılan tanımlamalarda ve nitelendirmelerde daha özenli olunmalı; kavramların içerikleri ve hukuki temelleri AB düzenlemeleri ve kuramsal gelişmeler ile uyumlu olmalıdır.

Türkiye’de KÖİ/imtiyaz projelerini düzenleyen genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Otoyol, elektrik üretimi ve sağlık gibi sektörlerde özel YİD, Yİ ve YK yöntemlerini geliştirilen özel düzenlemelerin yanısıra altyapı hizmetlerinde YİD yöntemini ve işletme hakkı devirlerini düzenleyen genel kanunlar bulunmaktadır. Üyelik müzakereleri çerçevesinde bu düzenlemelerin ve düzenlemelerde yer alan tanımların AB düzenlemelerine uyumlaştırılması gerekmektedir. AB düzenlemelerinde KÖİ terimi kamu hizmetlerinin özel teşebbüslere gördürülme politikalarının ismi olarak kullanılmaktadır. Hukuki terim olarak imtiyaz terimi kullanılmaktadır. Türkiye’de ise Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları dışında imtiyaz kavramını açıklayan hukuki bir metin bulunmamaktadır. Bu çerçevede Türkiye’de yapılacak olası bir hukuki düzenlemede (i) kamu mal, yapım ve hizmet alım sözleşmeleri, (ii) yapım ve hizmet imtiyazı sözleşmeleri ile (ii) yapım ve hizmet unsurlarını içeren karışık sözleşmelerin tanımları konusunda ayrıntılı açıklamalar getirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

AT Antlaşmasının saydamlık ve eşitlik ilkeleri, özel ortakların rekabetçi bir süreçte seçilmesini gerektirmektedir. Yapım ve hizmet imtiyazlarının tahsisatında uygulanacak kurallar, kamu alımlarını düzenleyen 2004/18/EC sayılı çerçeve Direktif tarafından belirlenmektedir. Bunların yanısıra, imtiyaz tahsisatı sürecine itiraz eden isteklilerin şikayetleri, kamu alımlarında şikayetlerin incelenmesine düzenleyen genel kurallara tabidir. Uzun süreli sözleşmeler ile tekel alanı yaratılan ve pazar içi rekabeti ortadan kaldıran YİD ve Yİ yöntemlerini düzenleyen kanunlarda pazar için rekabeti düzenleyen ayrıntılı ihale kuralları bulunmamaktadır.<sup>75</sup> İmtiyaz tahsisatında ilanlar ve teklif verme usullerine

<sup>74</sup> Bovis 2005, s. 188.

<sup>75</sup> Devlet Denetleme Kurulunun Raporunda “YİD, Yİ ve İHD projelerinde kamu yararını gözetmeyen, hatalı ve usulsüz çok sayıda işlem ve uygulama belirlendiği; yönetmeliğe aykırı, özensiz ve yüzeysel biçimde hazırlanmış yapılabirlik raporlarının uygun bulunduğu; enerji birim fiyatının ana öğelerinden birini oluşturan yatırım tutarları konusunda, hemen bütün uygulamalarda şirketlerin bildirimlerine itibar edildiği, bunların doğruluğunun araştırılmadığı” belirtilmektedir. Bu değerlendirmeler, en azından bugüne kadar gerçekleştirilen Yİ, Yİ ve İHD modellerinde, özel teşebbüs seçiminde, rekabetçi bir ihale sürecinde olması gereken objektif, saydam ve eşitlikçi bir yarışmanın yaşanmadığını göstermektedir (Devlet Denetleme Kurulu, 2003).

ilişkin usul ve esaslar ikincil mevzuat ile düzenlenmektedir. Öte yandan, AB uygulamalarında olduğu gibi, imtiyazların tahsisatı sürecinde kamu kurumlarının kararlarına karşı yapılan itirazları değerlendirecek merkezi bir kamu kurumu bulunmamaktadır.

İmtiyaz sözleşmelerinin belirleyici özelliklerinden bir diğeri de idareler ile özel teşebbüsler arasında yapım ve işletme riskinin dağıtımıdır. AB uygulamaları çerçevesinde, imtiyazcı şirketin talep riskinin en azından bir kısmını üstlenmesi gerekmektedir. Pozitif hukukumuzda imtiyaz tanımı bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarında imtiyaz kavramı açıklanırken “sermaye, kâr, hasar ve zararının özel hukuk kişisine ait” olması öngörülmektedir<sup>76</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi imtiyazı veren ve hizmetin gördürülmesi sürecini düzenleyen taraf idare, imtiyazcı özel girişimci, hizmetin bedelini ödeyenler ise tüketicilerdir. Oysa, YİD ve Yİ yöntemleri çerçevesinde sabit fiyat üzerinden verilen alım garantileri, imtiyazın doğasında var olması gereken risk transferini ortadan kaldırmaktadır<sup>77</sup>. Bu yöntemler çerçevesinde, imtiyazcı teşebbüsler ürettikleri mal ve hizmetleri kullanıcılara değil, sabit fiyat üzerinden doğrudan kamu kurumlarına satmaktadırlar. Bunun yanı sıra, kamu kurumlarının imtiyazcı teşebbüslerden satın alacakları mal ve hizmetlerin bedelini ödeyememeleri ve bu teşebbüslere taahhüt ettikleri üretim girdilerini temin edememeleri durumunda ortaya çıkacak ödeme yükümlülükleri için Hazine garantileri verilmektedir.

Atiyas elektrik maliyetinin yatırım maliyeti, yakıt maliyeti, sabit işlem maliyeti ve değişken işlem maliyeti şeklinde dört unsurunun bulunduğunu; işlem ve yatırım maliyetinin sözleşme başında belirlendiği

<sup>76</sup> Danıştay’a göre de imtiyazın temel özelliklerinden birisi imtiyazcının risk üstlenmesidir. Danıştay’a göre “imtiyaz hukuku ve buna ilişkin yargı kararlarının yanı sıra 3996 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinde de, bu kanuna göre yapılacak işlerin finansmanından, işi alan sermaye şirketinin sorumlu olacağı kuralına yer verilmiştir. Bu durumda sözü edilen otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince yüklenici firmalara..boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağı açık bulunmaktadır” (Danıştay 1. D;E.998/267-K.998/481’den aktaran Gözübüyük ve Tan 2006, s. 689).

<sup>77</sup> YİD ve Yİ yöntemleri çerçevesinde üretilen yapım işleri veya hizmetlerin tamamını kamu kurumlarının satın almasını öngören sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleri yerine esasen kamu alım sözleşmelerinin unsurlarını içermektedir. Bunun yanı sıra gerekçesinde KÖİ yöntemi olarak nitelendirilmesine rağmen, özel kişilerce yaptırılacak sağlık tesislerinin Sağlık Bakanlığınca 49 yıllığına kiralanmasını öngören YK yöntemi de tesis kiralanmasına yönelik kamu alımına benzenmektedir. Çünkü bu sözleşmeler, kamu alımlarında olduğu gibi, kamu kurumlarının kendi sorumluluklarında gerçekleştirecekleri (elektrik ve sağlık) işleri için özel sektörden ücreti karşılığında alım yapmasını öngörmektedir.

varsayımı altında, elektrik maliyetinin bu bileşenlerinin maliyetlerini azaltıcı bir müşevvik içerebileceğini, ancak bu varsayım altında da (sabit fiyat üzerinden verilen alım garantileri nedeniyle) maliyet verimliliğindeki tüm iyileşmelerin görevli şirkette kalacağını ve tüketicilere yansımayacağını belirtmektedir<sup>78</sup>. Bunun yanısıra, YİD ve Yİ projeleri ile gerçekleştirilen elektrik santrallerinde, yakıt maliyeti tümüyle tüketicilere yansıtıldığından üreticilerin ucuz yakıt tedarik etme müşevvikleri de bulunmayacaktır<sup>79</sup>. Bunun yanısıra -Devlet Denetleme Kurulunun Araştırma Raporunda YİD, Yİ ve İHD yöntemlerinin, işletmecileri "görevli" sayan ve onlara hemen hemen hiçbir işletme riski bırakmayan uygulamalar olduğu ve yöntemlerde verilen güvenceler ve rekabete olanak tanımayan fiyat politikalarının kurulmaya çalışılan serbest enerji piyasanın işleyişini engellediği belirtilmektedir<sup>80</sup>.

Büyük yatırımlar gerektiren imtiyaz sözleşmelerinde projenin geri dönüş süreleri uzun tutulmaktadır. Bu nedenle, imtiyaz sermayenin (normal kâr dahil) geri dönüşünü sağlayacak kadar makul bir süre için tahsis edilmelidir. AB'nin orantısallık ilkesi çerçevesinde, sermayenin geri dönüşünün altında belirlenen sürenin yatırımcıya, üzerindeki ise rekabete zarar vereceği belirtilmektedir. AB uygulamalarında sözleşme süreleri 20-30 yıl civarında yoğunlaşmaktadır<sup>81</sup>. Türkiye'de düzenlenen imtiyaz sözleşmelerinin süreleri çok daha uzundur. 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımını ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen YİD sözleşmelerinin süresi 99 yıla kadar belirlenebilmektedir. Azami sözleşme süreleri, YİD uygulamalarında ve sağlık tesislerinin kiralanmasını öngören YK yönteminde 49 yıldır. Altyapı hizmetlerinde gerçekleşen hızlı teknolojik değişim göz önünde bulundurulduğunda ve AB uygulamaları ile karşılaştırıldığında 49 ve 99 yıl gibi uzun sözleşme sürelerinin piyasalarda rekabet kısıtı yaratacağı açıktır.

<sup>78</sup> Atiyas 2006, s. 77.

<sup>79</sup> KÖİ projelerinde risk paylaşımı ve devlet garantileri konularında kuramsal açıklamalar ve (sorunlu) ülke deneyimleri için bkz. SADKA, E. (2006), Public-Private Partnerships: A public Economics Perspective, IMF Working Paper, WP/06/77 ve IRWIN, T. (2007), Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. World Bank, Directions in Development, Washington, DC.

<sup>80</sup> Devlet Denetleme Kurulu, 2003.

<sup>81</sup> European Commission, 2004

## **KAYNAKÇA**

ATİYAS, İ. (2006), Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayınları, İstanbul.

BOVIS, C. (2005), Public Procurement in European Union, Palgrave, New York.

BOVIS, C. (2007), EU Public Procurement Law, Edward Elgar, Northampton.

CASTALIA (2007), PPP Units: Lessons for their Design and Use, report to PPIAF and the World Bank, February.

ÇAL, S. (2008), Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayınları, Ankara.

DAVID, H., R. DE LA MOTTE ve S. DAVİES (2003). “Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)”, Public Services International Research Unit (PSIRU), <http://www.epsu.org>, Erişim Tarihi: 25.11.2007.

DEVLET DENETLEME KURULU, (2003), Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu, No:2003/6, <http://www.cankaya.gov.tr>, Erişim Tarihi: 11.7.2006.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (1995), Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000) DPT Yayınları, Ankara.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2006), Dokuzuncu Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara.

DURAN, L. (1991), “Yap-İşlet-Devret”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:46(1-2), s. 156.

EUROPEAN COMMISSION (2004), Resource Book on PPP Case Studies, Directorate General for Regional Policy, Brussels, <http://www.pppcentrum.cz/res/data/001/000228.pdf>, Erişim Tarihi: 12.02.2009.

EUROPEAN COMMISSION (2005), Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on



Public Contracts and Concessions, Commission Staff Working Paper, SEC (2005) 629.

ECORYS (2008), The Next generation of PPP in Turkey, Final Report, Rotterdam.

EMEK, U. (1999), “Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı, 02.12.1999, Ankara.

EMEK, U. (2000), “Özelleştirme Uygulamalarında; Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, İktisat, İşletme ve Finans, No:169, s. 74-86.

EMEK, U. (2002a), The Role of Auction Design in Awarding Spectrum Concessions: Turkish GSM Experience, DPT Yayınları, Ankara.

EMEK, U. (2002b), Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları, Ankara.

EROL, G.S. (1999), Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezleri, Ankara.

FAYARD, A. (2004), “Analysis Of Highway Concession in Europe”, Tebliğ, University of Bergamo – Italy Conference on Highways: cost and regulation in Europe, <http://dinamico2.unibg.it/highways/paper/FAYARD.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2009.

GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. ve T. TAN (2006), İdare Hukuku: Genel Esaslar, Cilt 1, İkinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÜNDAY, M. (2002), İdare Hukuku, Beşinci Baskı, İmaj Kitabevi Yayıncılık, Ankara.

GRIMSEY, D. ve M.K. LEWIS (2004), Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure provision and Project Finance, Edward Elgar, Massachusetts.

HODGE, A.G. ve C. GREVE (2007), Public–Private Partnerships: An International Performance Review, Public Administration Review, No:67(3), s. 545-558.

INTERNATIONAL FINANCIAL SERVICES (2003), Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets, London.

IRWIN, T. (2007), Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. World Bank, Directions in Development, Washington, DC.

KLEIN, M. (1998), "Bidding for Concessions", World Bank Policy Paper, No: 1957.

KLEIN, M., M.KERF, R.D. GRAY, T. IRWIN, C. LEVESQUE VE R.R. TAYLOR, (1998), Concessions for Infrastructure: A guide to Their Design and Award, World Bank Technical paper No: 399

ÖZAY, İ. (1996), Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.

SADKA. E. (2006), "Public-Private Partnerships: A public Economics Perspective", IMF Working Paper, WP/06/77.

SAYISTAŞ (2002), Yap-İşlet-Devret Modeli İle Yapılan 'İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi' Hakkında Rapor, Sayıştay Genel Kurulunun 11.4.2002 tarih ve 5022/1 sayılı kararı, www.sayistay.gov.tr, Erişim Tarihi: 3 Mart, 2009.

SHLEIFER, A. (1998), "State versus Private Ownership", Journal of Economic Perspectives, No:(12)4, s.133-150

SIGMA (2008), Peer Assistance in Public Procurement and Concessions/PPPs. Final Report, Paris, October.

STIGLITZ, J. (1999), "Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries", Speech, The World Bank, Beijing, China, July 25.

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (1999),Public-Private Partnerships:Terms Related to Building and Facility Partnerships, <http://www.gao.gov/special.pubs/Gg99071.pdf>, Erişim Tarihi: 25.11.2007.

WORLD BANK (1997), Toolkits for Private Participation in Water and Sanitation,

Washington, <http://www.worldbank.org/html/fpd/wstoolkits/index.html>, Erişim Tarihi:12.03.2009.

**KREDİ KARTLARI PAZARINDA ÇOK MARKALILIK VE  
REKABET:  
REKABET KURULU KARARLARI IŞIĞINDA PAZAR ANALİZİ**  
*MULTI-BRANDING IN THE CREDIT CARDS MARKET AND  
COMPETITION: MARKET ANALYSIS IN LIGHT OF THE  
COMPETITION BOARD DECISIONS*

**Alper KARAKURT\***

**Öz**

*Bu çalışmada esas olarak, tüketicilere avantajlı bir şekilde (taksitli ya da puan/nakit para kazanarak) alışveriş yapma imkanı sunan çok markalı kredi kartları pazarındaki rekabetçi yapı ve bu yapının tüketiciler üzerindeki etkisi incelenmiştir. Değerlendirme, Rekabet Kurulu'nun pazarın çok markalılık yönünü ele alan kararları ışığında gerçekleştirilmiştir. Yapılan analiz sonucunda; Rekabet Kurulu tarafından genel hatları ile dengeli bir şekilde uygulanan, çok markalılığı kuvvetlendirme amaçlı, tüketici faydasını gözeten ve rekabet odaklı bir politikanın, ülkemiz kredi kartları pazarının gelişmesinde etkili olduğu görülmüştür.*

**Anahtar Kelimeler:** Çok Markalı Kredi Kartları, Pazar Analizi, Rekabet Politikası.

**Abstract**

*In this paper, competition landscape in the market of multi-branded credit cards which are offering customers inherent benefits and the effects of this competition on the card users have been evaluated. This examination was based on the decisions taken by the Turkish Competition Authority regarding multi-branding side of the credit cards market. In conclusion, a pro-active competition policy, aiming to support multi-*

---

\* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. akarakurt@rekabet.gov.tr

Bu çalışmada yer verilen görüşler yazarın kendi görüşleri olup Rekabet Kurumu'nun görüşlerini yansıtmaz. Çalışmaya olan katkılarından dolayı BDDK Uzman Yardımcısı Nihan Savran'a, Rekabet Uzmanı Zeynep Madan ve Çağlar Deniz Ata'ya teşekkür ederim.

*branding and focusing on consumer benefits, has been followed systematically by the Turkish Competition Authority and this policy has played an important role in developing the credit cards market in Turkey.*

**Key Words:** *Multi-Branded Credit Cards, Market Analysis, Competition Policy.*

## 1. GİRİŞ

Piyasadaki çok sayıda mal ya da hizmetin, kredi kartı ile avantajlı bir şekilde (taksitli ya da puan/nakit para kazanarak) satın alınmasına olanak tanıyan çok markalılık (multi-branded), ülkemiz kredi kartları pazarında önemli bir uygulama alanı bulmuştur<sup>1</sup>. 1999 yılından itibaren geleneksel kredi kartlarının farklılaştırılması ve daha cazip hale getirilmesi sonucunda ortaya çıkan çok markalı kredi kartlarının sahip oldukları söz konusu avantajlar, kredi kartları pazarının bu yönde gözle görülür bir yol kat etmesinde büyük rol oynamıştır. Nitekim ülkemizde kredi kartı kullanımında, çok markalılık özelliğinin getirdiği taksitli alışveriş yapma ya da puan/hediye kazanma gibi imkanlar belirleyici bir role sahiptirler<sup>2</sup>.

Bu çalışmada esas olarak çok markalı kredi kartları pazarına<sup>3</sup> ilişkin Rekabet Kurulu tarafından alınan kararların, pazarı nasıl şekillendirdiği tespit edilmeye çalışılacaktır. Ancak bu analize geçmeden önce, söz

<sup>1</sup> Çok markalı (multi-branded) kavramının kullanılmasının nedeni, bu özelliğe sahip kredi kartı ile birden fazla ürünün, markanın ya da mağazanın mallarının, avantajlı bir şekilde satın alınabilmesidir. Pazarda karşılaşılan bir diğer uygulama olan, tek bir mağaza ya da marka ile sınırlı olmak kaydıyla özel imkanlar tanıyan kredi kartları ise ortak markalı (co-branded) kredi kartı olarak adlandırılmaktadır. Ortak markalı kredi kartları ilk kez 1997 yılında piyasaya çıkarken, çok markalı kredi kartları 1999 yılında kullanıcıların hizmetine sunulmuştur (BKM, 2006). Son dönemde ortak markalı kartların, çok markalı kartlara dönüşmekte olduğu görülmektedir (TBB, 2004:19)

<sup>2</sup> Kredi kartı pazarını konu alan bir çalışmada, kart kullanıcılarından anket tekniği ile veri toplanmıştır. Bu verilere göre, kredi kartı sahibi olan tüketicilerin kredi kartlarıyla alışveriş yapmalarını sağlayan nedenler önem düzeyine göre şu şekilde sıralanmıştır: kredi kartlarının alışverişini taksitlendirme imkanı % 63,1 ile birinci sırada yer alırken, sırasıyla % 53,8 ile kredi kartlarının alışverişlerde ödeme kolaylığı sağlaması, % 46,6 ile kredi kartlarının alışverişler sırasında yeterli nakit sağlaması, % 52,7 ile bankanın ödül sisteminden (puan, nakit para kazanma vb.) yararlanılması ve son sırada % 72,6 ile alışveriş sırasında kredi kartı kullanmanın prestij sağlaması yer almaktadır (Tatlıdil ve Savaşçı, 2006:68). Söz konusu sonuçlar, kredi kartlarının çok markalılık özelliğinden kaynaklanan avantajlarının, tüketici gözünde ne derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

<sup>3</sup> Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında “çok markalı kredi kartı” kavramı kullanılacaktır. Pazarın kredi kartı pazarı değil de çok markalı kredi kartı pazarı olarak adlandırılmasının nedeni, kredi kartları pazarının “çok markalılık” yönünü ön plana çıkarmaktadır.

konusu pazarın gelişimi, özellikleri ve sınırları belirlenecektir. Çalışmada ayrıca; pazarda uygulanan bir rekabet politikasının olup olmadığı, şayet böyle bir politika varsa bu politikanın esasları ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda Rekabet Kurulu kararlarının yalnızca pazardaki rekabet üzerinde nasıl bir etki doğurduğu ile yetinilmeyecek, aynı zamanda tüketici etkisini de esas alan bir bakış açısı benimsenecektir. Bu bakış açısının bir sonucu olarak kredi kartı kullanıcılarının, çok markalı kredi kartları pazarındaki gelişmelerden nasıl etkilendikleri belirlenmeye çalışılacaktır.

Mikro seviyede pazar analizi olma özelliğine de sahip olan çalışma, kredi kartları pazarını tüm yönleriyle değil (ortak takas komisyonu, kredi kartı gecikme faizi, kredi kartı hizmet bedeli gibi) yalnızca çok markalılık yönüyle irdeleyecektir. Çalışmanın kapsamının kredi kartları pazarına ivme kazandıran çok markalılık ile sınırlandırılmasının, yalnızca konunun açık ve net bir şekilde tartışılmasına imkan tanımak ile kalmayıp aynı zamanda rekabet politikasının etkilerinin anlaşılmasında da kolaylık sağlayacağı düşünülmektedir.

## **2. ÇOK MARKALI KREDİ KARTLARI PAZARININ YAPISI VE GELİŞİMİ**

Çok markalı kredi kartları pazarı; kredi kartını tüketicinin kullanımına sunan **ihraççı banka**, bu banka ile “üye işyeri sözleşmesi” imzalamak suretiyle ihraççı bankanın kredi kartlarına ayrıcalıklı alışveriş imkanı tanıyan **üye işyerleri** ve üye işyerlerinden, ihraç edilen kart vasıtasıyla alışveriş yapan **kullanıcı** (tüketici) üçgeninde ortaya çıkmaktadır. Bankalar, piyasaya sürdükleri çok markalı kredi kartları aracılığıyla kullanıcılarının, üye iş yerlerinden taksitli olarak mal ya da hizmet satın alabilmelerine, alışveriş tutarının üye işyeri ve banka tarafından belirlenen bir oranı dahilinde para/ödül kazanabilmelerine ve kazanılan bu paraların harcanabilmesine olanak verecek şekilde kartlı ödeme sistemini hayata geçirmektedirler.

Tarihsel olarak incelendiğinde çok markalı kredi kartlarının ilk olarak mağaza kartları şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Genellikle mağazaların kendisinin çıkardığı bu kartlar, müşterileri tanımak, tüketiciyle daha sıkı diyalog kurmak ve müşteri sadakatini sağlamak gibi amaçlarla müşterilere indirim ve taksit olanağı sunmuşlardır. Tek bir mağazada

geçerli olan bu kartlar kısa süre içerisinde yerini birden çok mağazada geçerli olan kartlara bırakmış, bu arada bazı mağazalar bankalarla anlaşmak suretiyle aynı zamanda kredi kartı özelliği de taşıyan mağaza kartlarına yönelmişlerdir.

2000 başlarında yaşanan ekonomik krizlerin ve enflasyonist ortamın da etkisiyle, tüketicilerin taksitli alışverişe yönelmeleri sonucunda, daha sonra ayrıntılı incelenecek olan Advantage Card gibi kimi mağaza kartlarının kısa süre içerisinde göstermiş olduğu başarı, daha önce bu alana ilgi göstermeyen bankacılık sektörünün ilgisini çekmiş ve ekonomik konjonktür dolayısıyla kar marjları daralan bankaların, kaybettikleri karlılığı bireysel bankacılık hizmetleri ve özellikle kredi kartlarına yönelerek kapatma eğilimi ile birlikte, bankalar sahip oldukları kredi kartlarına taksit özelliğini eklemek suretiyle çok markalı kartlar pazarına giriş yapmaya başlamışlardır.

İlk kez 1999 yılında piyasaya çıkan çok markalı kredi kartları bugün pazarda yaygın bir hizmet unsuru halini almıştır. Halihazırda piyasada faaliyet gösteren çok sayıda banka, üye işyeri sözleşmeleri vasıtasıyla sürekli geliştirmeye ve genişletmeye çalıştığı üye işyeri ağında, yukarıda sayılan pek çok türden müşteri sadakati sağlamaya yönelik avantajlar eşliğinde çok markalı kredi kartı hizmeti sunmaktadır. Bu sistemde üye işyeri konumundaki teşebbüsler kimi zaman, kredi kartı başvurusu toplama ya da ellerindeki kendilerine ait müşteri portföylerini bankaya aktarma gibi yükümlülükler ile karşı karşıya kalmakta veya çok sayıda bayisi, şubesi olan üye işyeri konumundaki mağazanın şirket logosunun yer aldığı kredi kartları banka tarafından basılabilmektedir.

Çok markalı kredi kartı alışverişlerini, diğer klasik kredi kartı alışverişlerinden ayıran bir takım farklar da bulunmaktadır. Nitekim ilk bakışta isteyen mağazalar klasik kredi kartlarına da taksit imkanı sağlamakta iseler de, çok markalı kartlarla üye işyerinde işlem yapıldığında, işlem bedelinin tamamı, kart ihraç eden banka veya finans kurumu tarafından mağazaya taahhüt edilmekte, diğer bir ifade ile tüketici finansmanı sağlanmaktadır. Klasik kredi kartlarındaki taksitlendirme durumunda, kartın iptali halinde işlemi yapan mağaza, geri kalan taksitleri karttan tahsil edememekte ve kart ihraç eden banka geri kalan taksitlere yönelik olarak mağazaya ödeme yapmamaktadır. Uygulamada çok markalı kredi kartlarını farklılaştıran bir diğer nokta ise, alışveriş oranının belirli bir

yüzdesi şeklinde puan/para kazanılması ve bunların üye işyerinde tekrar harcanabilmesidir. Klasik kredi kartlarında da kullanıcı, alışveriş miktarına göre belirli oranlarda banka tarafından ödüllendirilmektedir. Çok markalı kartlarda, banka tarafından verilen bu standart miktarın ötesinde, genellikle üye işyeri tarafından verilen ilave ödül/para söz konusu olmaktadır<sup>4</sup>.

### **3. ÇOK MARKALILIK VE REKABET**

Çok markalı kredi kartları pazarında iki ayrı rekabet alanı bulunmaktadır: kart kullanıcısı rekabeti ve üye işyeri rekabeti. Buna göre bankalar ya müşteri elde etmek için diğer bankalar ile rekabet halindedirler ya da müşterilerine sağladıkları kredi kartlarının kullanılacağı üye işyeri sayısını artırmak için rekabet etmektedirler. Bankalar mümkün oldukça çok sayıda ve geniş yelpazede faaliyet gösteren ve aynı zamanda marka bilinirliğine sahip, prestij sahibi, yaygın kullanımı olan, geniş bir dağıtım ağına sahip olan marka veya mağazalar ile üye işyeri ilişkisi kurmak istemektedirler. Banka bu türden ne kadar çok üye işyerini sistemine dahil eder ve bu mağazalar ile cazip promosyonlar düzenlerlerse, o nispete yeni müşteri bulma ve aynı zamanda eski müşterilerinin sadakatini ve sahip olduğu kredi kartının kullanım oranını artırma imkanına sahip olacaktır. Bu yönüyle üye işyeri kanadında cereyan eden rekabetin, müşteri rekabeti üzerinde önemli etkisinin olduğu açıktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında öncelikle Rekabet Kurulu tarafından bugüne kadar verilen ve kredi kartı pazarının çok markalı olma özelliğine yön veren kararların irdelenmesi gerekmektedir. Ancak buradaki amacımız; söz konusu Kurul kararlarının Rekabet Hukuku açısından değerlendirilmesinden yani hukuki analizinden ziyade, alınan kararların kredi kartları pazarının gelişimine nasıl etki ettiğini tespit etmek, bu kapsamda kredi kartları pazarında uygulanan rekabet politikasının sınırlarını ve esaslarını ortaya koymaktır. Bu sebeple mümkün oldukça Rekabet Hukuku'nun kendine özgü terminolojisinden sıyrılarak yalın bir anlatım tercih edilecektir.

Çok markalı kredi kartları pazarına ilişkin alınan Rekabet Kurulu kararlarını iki ana alt başlık altında değerlendirmek mümkündür. Bunlar;

---

<sup>4</sup> 22.7.2004 tarih ve 04-48/631-157 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

- banka ile mağaza arasındaki ilişkileri düzenleyen “**üye işyeri anlaşmaları**” ve
- bankanın bu anlaşmalar ile kurduğu üye işyeri ağını bir diğer bankanın da kullanımına izin verdiği “**kredi kartı program paylaşımı sözleşmeleri**”ni konu alan kararlardır.

Her iki anlaşma türü de birbirinden tamamen farklı niteliklere sahip olup, çok markalı kredi kartları pazarında farklı etkiler doğurmuşlardır. Aşağıda her bir anlaşma türüne ilişkin Rekabet Kurulu yaklaşımları ortaya konulacak, sonrasında bu değerlendirmeler ışığında Kurul tarafından bugüne kadar bir politikanın izlenip izlenmediği, eğer böyle bir politika varsa bu politikanın belirleyici prensipleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

### **3.1. Üye İşyeri Anlaşmaları**

Rekabet Kurulu'nun kredi kartları pazarındaki üye işyeri anlaşmalarına yönelik aldığı ilk ve en önemli karar Advantage kararıdır. Boyner Grubu'nun kendi mağazalarında kullandığı Çarşı Kartı, Beymen Kart gibi kartları Advantage Card adı ile tek bir kart çatısı altında toplayarak, başka mağazaları da bu gruba dahil etmesiyle 20 kadar üye kuruluşu olan bir alışveriş kartı ortaya çıkmıştır. 1998 yılında piyasaya çıkarılan Advantage Card, bünyesinde bulunan güçlü markaların da etkisiyle kısa zamanda oldukça önemli bir büyüme kaydetmiş ve 2000 yılında 180 civarında marka, 2900 adet satış noktası ve 1.4 milyon kart hamili sayısına ulaşmıştır. Boyner Grubuna bağlı Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş. (Benkar), esas itibariyle bir mağaza kartı olarak 1989 yılında kullanıma sunulmuş olmakla birlikte, 1998 yılının sonunda çok markalı olmasından dolayı çok sayıda satış noktasında kabul gören ve böylelikle satıcı firmalar arasında bir “ağ” oluşturan kartını “Advantage” markası altında pazara çıkarmıştır<sup>5</sup>.

Benkar, “ağ” olarak adlandırdığı sistemine dahil ettiği üye mağazalarla yaptığı sözleşmelerine koyduğu “münhasırlık”<sup>6</sup> (exclusivity) hükmü doğrultusunda, ağına dahil olan bir mağazanın başka bir alışveriş kartı sistemine de dahil olmasını engellemekte; ayrıca “ağ” sistemine giren mağazaların farklı bir sistemin de üyesi olmaları durumunda bu üyelikleri

<sup>5</sup> 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>6</sup> Münhasırlık hükmünün temel belirleyicisi, “yalnızca anlaşmanın diğer tarafı ile iş yapma”, rakip firmalar ile çalışmama yükümlülüğüdür (Silva, 2000:113; Marsden, 2000:127).



sona erdirmektedir. Buna göre, taksitli alışveriş kartı sistemlerinden birine dahil olmak isteyen mağazalar, Advantage Card ile diğer taksitli alışveriş kartları arasında bir seçim yapmak zorunda bırakılmışlardır. Böyle bir durumda da doğal olarak Türkiye'deki en geniş üye mağaza ağı ve yüksek bir kart hamili sayısı ile Advantage Card, mağazaların öncelikli tercihi olmuştur<sup>7</sup>.

Rekabet Kurulu yaptığı inceleme neticesinde, pazar lideri konumundaki Benkar'ın rakiplerinin pazara girişlerine engel olan münhasırlık hükümlerinin sözleşmelerden çıkartılması gerektiğini belirlemiş, bunun için Benkar'dan Karar'ın tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde öngörülen değişikliklerin yapılmasını istemiştir.

Aynı kararda, Advantage kart dışında, aynı fonksiyonu yerine getiren çok markalı kredi kartlarını da içeren pazardaki diğer oyunculara yönelik hükümler de yer almaktadır. Buna göre pazarda taksitli alışveriş olanağı sunan kartları pazarlayan diğer teşebbüslerin de, söz konusu Kurul Kararı'nın kendilerine gönderilmesi yoluyla, sistemlerine dahil olan mağazaların aynı anda başka bir kart sistemiyle çalışmalarını engellememelerinin gerektiği yönünde bilgilendirilmelerine karar verilmiştir.

Yukarıdaki bilgilerden de anlaşılacağı üzere, pazar liderinin (ve diğer oyuncuların) münhasır uygulamalarının yasaklandığı Advantage kararının alındığı dönemde, karara konu olan Advantage kart henüz kredi kartı olmayıp yalnızca taksitli mağaza kartı işlevi görmektedir. Bu karardan sonra Advantage kart, 05.09.2002 tarih ve 02-52/683-277 sayılı Rekabet Kurulu kararı sonrasında HSBC Bank A.Ş.'ye devri gerçekleştirilerek kredi kartı olma özelliği kazanmıştır.

HSBC Bank A.Ş.'ye devir işlemi gerçekleşmeden önce Benkar'a, "Advantage Card Üye İşyeri Sözleşmesi"nde yer alan ve üye işyerlerinin başka taksitli kartlarla çalışmasını engelleyen hükümlerin kaldırılması için tanınan süre son bulmuş, buna rağmen anılan Kurul Kararına aykırı olarak Benkar'ın rekabeti kısıtlayıcı sözleşme hükümlerini kaldırmayarak, anlaşmayı aynı haliyle uygulamaya devam etmesi karşısında Benkar hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca soruşturma açılmıştır.

<sup>7</sup> 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

Soruşturma süresince “Advantage Card Üye İşyeri Sözleşmeleri”nin 4.2. maddesinde yer alan aşağıdaki münhasırlık hükmü tekrar ele alınmıştır:

*4.2. Bu sözleşme yürürlükte olduğu sürece, ŞİRKET, XXX Mağaza(lar)ı için, BENKAR dışında her hangi bir banka, finans kurumu ve sair kuruluş ile Mağaza kartı (store card), co-branded kart/kredi kartı (ortak markalı kart/kredi kartı), multi-branded kart/kredi kartı (çok markalı kart/kredi kartı) tanzim etmemeyi ve ettirmemeyi, taksitli ödeme veya hediye/ödül programları uygulamamayı/uygulattırmamayı kabul ve taahhüt etmiştir.*

Söz konusu soruşturma süreci sonunda Rekabet Kurulu, gerekçeli Kararı’nda<sup>8</sup>, “Advantage Card Üye İşyeri Sözleşmeleri”nin 4.2. maddesindeki münhasırlık hükmüne yönelik olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

*Ancak günümüzde, taksitli alışveriş kartı hizmeti giderek tüm bankalar tarafından sunulma aşamasına gelmiştir. Bir mağazanın bir kart ile münhasır çalışması halinde, diğer kartlara sahip tüketiciler bu mağazadan taksitli alım yapamayacaklardır. O mağazadan alım yapılabilmesi için, mağazanın öngördüğü karta da sahip olmaları gerekecektir. Münhasır uygulamaların yaygınlaşması durumunda tüketiciler birçok değişik alışveriş kartını kullanmak ve her kart için ayrı ayrı üyelik ödemesi yapmak zorunda kalacaklardır. Bu durumun tüketicilere yarar sağlamadığı gibi zararına olduğu kuşkusuzdur.*

.....

*Tüm üye işyerinin sözleşmelerinde rekabet yasağının yer alması, Advantage Card dışındaki kartlarla işlem yapmama taahhüdününün asıl amacının Advantage Card’ın pazar payını korumak ve geliştirmek, diğer taksitli alışveriş kartlarının piyasaya girişini zorlaştırmak olduğunu açıkça göstermektedir.*

Söz konusu kararında Rekabet Kurulu, anlaşmalardaki münhasırlık uygulamalarının amacını “piyasaya girişleri zorlaştırmak” olarak belirlemiştir. Teorik olarak incelendiğinde, münhasır hükümler içeren

<sup>8</sup> 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

sözleşmelerin en temel etkisi pazara giriş engeli yaratmasıdır<sup>9</sup>. Söz konusu uygulamaların piyasada yaygın olarak gerçekleşmesi, giriş engeli yaratarak piyasadaki potansiyel rekabet ortamına da zarar verebilecektir (Preston, 1965; Areeda ve Kaplow, 1997). Pazarda markalı ürün satan ya da önemli müşteri hacmine sahip olan mağazaların, konumu itibari ile pazar lideri olan bir banka veya birden fazla sayıdaki güçlü bankalar tarafından münhasırlık hükümleri yoluyla kendilerine bağlanması, çok markalı kredi kartı pazarına sonradan girmek isteyen bankaların kapsamlı bir üye işyeri ağı oluşturamamalarına ve bu nedenle rekabetçi bir baskı doğuramamalarına neden olabilecektir<sup>10</sup>.

Kararında Rekabet Kurulu; pazara giriş engeli yaratmak suretiyle rekabetin gelişmesine engel olan ve aynı zamanda tüketicilerin de aleyhine sonuçlar doğuran münhasırlık hükümlerinin, Rekabet Kurulu'nun önceki kararına rağmen, uygulanmaya devam edilmesi nedeniyle -Benkar'ı ve bu arada Advantage Card'ı devralan- HSBC Bank A.Ş.'ye beş Trilyon TL para cezası verilmesine, üye işyerlerine yüklenen "başka sağlayıcılara ait kartlarla taksitli satış yapma yasağının" sözleşme veya protokollerden çıkarılmasına, bu işlemin yapılmaması halinde ilgili teşebbüse süreli para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun yukarıdaki iki kararı sonrasında yalnızca Advantage kart özelinde değil, pazarın genelindeki münhasır uygulamaların önüne geçildiği görülmektedir. Söz konusu kararlarda, pazardaki rekabetin gelişmesinin yanı sıra doğrudan tüketici refahı temelli bir politikanın izlendiğini söylemek mümkündür. Çok markalı kredi kartları pazarının önündeki giriş engellerinin kaldırılmasının ortaya çıkardığı rekabet, tüketicilerin çok sayıdaki alternatif kartlardan istediğini seçme özgürlüğünü beraberinde getirmiştir. Münhasır uygulamaların yaygınlaşması durumunda ortaya çıkması muhtemel pazar yapıları ise, bu ideal durumdan önemli ölçüde farklı olacaktır. Nitekim böyle bir durumda ilk senaryo, bir bankanın çok markalı kredi kartının, münhasır anlaşmalar kanalıyla pazardaki mağazaların önemli bir bölümünü elinde bulundurması ve bundan dolayı tüketicilerin söz konusu kartla alışveriş yapmak zorunda

<sup>9</sup> Bkz. Comanor ve Frech, 1985.

<sup>10</sup> Bkz. Martin, 1994:493. Harvard Ekolü olarak adlandırılan bir grup, bu tür münhasır anlaşmaların "stratejik giriş engeli" olarak kullanılabilmesi görüşünü savunmaktadır (Boscheck, 2000:9; Ornstein, 1989:86-88). Ayrıca bkz. Aghion ve Bolton, 1987.

kalmalarıdır. İkinci alternatif senaryoda, her bir banka kendi münhasır anlaşmaları yardımıyla belirli mağazaları kendine bağlayabilecek ve tüm bankaların pazardaki mağazaları bu şekilde kendilerine bağlamaları karşısında tüketiciler, çok sayıda kredi kartına sahip olmak zorunda kalacaklardır. Nitekim tüm bankaların münhasır sözleşmeler ile mağazaları kendilerine bağlamaları durumunda, her bir mağazanın yalnızca tek bir kredi kartı ile çalıştığı pazar yapısı ortaya çıkacaktır. Bunun otomatik sonucu, tüketiciler bir mağazadan belirli avantajlar dahilinde alışveriş yapmak istiyorlarsa, bunun için mutlaka o mağazanın üyesi olduğu bankanın kredi kartına sahip olmaları gerektir. Münhasır anlaşma olmadığı durumda ise aynı mağaza birden fazla çok markalı kredi kartı programına dahil olabilecek, bu da aynı mağazada birden fazla kredi kartının promosyon, puan/nakit para ve taksit imkanından yararlanabilmesi anlamına gelecektir. Bu yönüyle münhasır anlaşmaların pazarda yaygınlaşması durumunda, tüketicilerin ellerinde bulundurmaları gereken çok markalı kredi kartı sayısının şimdikinden daha fazla olacağını söylemek mümkündür.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Rekabet Kurulu'nun pazarda belirlemiş olduğu politikanın, tüketiciler nezdinde önemli sonuçları ortaya çıkmıştır. Bu noktada analiz edilmesi gereken husus, Rekabet Kurulu tarafından yukarıda esasları tespit edilen politikanın takip eden süreçte ne derece istikrarlı bir şekilde uygulanmaya devam edildiğidir.

Genel olarak Rekabet Kurulu'nun yukarıda zikredilen kararlarında tespit ettiği prensiplerin, pazar aktörleri tarafından uygulandığını ve bu yönüyle Kurul Kararları'nın pazarda belirleyici olmaya devam ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim Kurul kendisine yapılan bir şikayet başvurusunda, piyasada faaliyet gösteren Akbank T.A.Ş., Finansbank A.Ş., Garanti Bankası A.Ş., Yapı Kredi Bankası A.Ş., T. İş Bankası A.Ş., T. Dış Ticaret Bankası A.Ş.'nin bazı perakendeciler ve servis sağlayıcıları ile sadece bu bankalara ait kredi kartlarına taksit ve ödüllü işlem uygulanması için münhasır anlaşmalar imzalandığına ilişkin iddiayı incelemiştir<sup>11</sup>. Dosya raportörlerinin yaptığı inceleme neticesinde; iddia konusu üye işyeri sözleşmelerinde münhasırlık tesis etmeye yönelik hükümlere rastlanmadığına, üye işyerlerinin tek banka ile çalışma yönündeki kişisel tercihlerinin pazardaki yapı üzerinde belirleyici olduğu sonucuna

<sup>11</sup> 20.9.2004 tarih ve 04-60/865-204 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

ulaşmıştır. Nitekim Karar'da bazı mağazaların, birden fazla bankanın çok markalı kredi kartı programına aynı anda dahil olmak suretiyle bu bankaların kredi kartlarının hepsine birden avantaj sağlandığı, kimi mağazaların (özellikle akaryakıt istasyonlarının) ise tek bir "çok markalı kredi kartı programına" dahil olmayı tercih ettikleri ifade edilmiştir.

Bir diğer Rekabet Kurulu Kararı'nın<sup>12</sup> karşı oy gerekçesinden, Kurul Kararı ile sektördeki diğer bankaların anlaşma ve uygulamalarının incelenmesi amacıyla sektör raporu hazırlatıldığı ve bu raporda, Garanti Bankası-YKM sözleşmesi dışında pazarda münhasırlık uygulamasına rastlanılmadığı, sektörde münhasırlık içeren hükümlere izin verilmemesi gerektiğinin vurgulandığı anlaşılmaktadır.

Bu kararlardan görülmektedir ki; Rekabet Kurulu'nun kredi kartları pazarında henüz çok markalılık özelliği yaygınlaşmadan Advantage kararı ile yasakladığı münhasırlık hükümleri, pazardaki diğer oyuncular tarafından da uygulanmamış, Rekabet Kurulu da yalnızca kendisine yapılan şikayetlerle yetinmeyerek pazar araştırması yoluyla pazarın rekabetçi yapısını kontrol etmiş, pazardaki rekabet kısıtlarına zamanında müdahale etmenin bir aracı olarak aktif bir politika benimsemiştir.

Ancak Rekabet Kurulu tarafından benimsendiği söylenen, çok markalılığı kuvvetlendirmeyi amaçlayan, tüketici faydasını gözeten, aktif bir rekabet politikasının mutlak surette tutarlılık arz ettiğini söylemek de mümkün değildir. Türk Hava Yolları A.O. (THY) ile Türkiye Garanti Bankası A.Ş. (Garanti Bankası) arasında imzalanan "THY Frequent Flyer Programı Shop&Miles Kredi Kartı İşbirliği Sözleşmesi"nin incelendiği Rekabet Kurulu Kararı<sup>13</sup> bu durumu net bir biçimde ortaya koymaktadır.

İncelemeye konu sözleşme, THY'nin sadakat programı Miles&Miles'in devamı olacak şekilde, program üyelerinin talep etmeleri durumunda, Garanti Bankası'ndan temin edecekleri ve mülkiyeti THY'ye ait Shop&Miles hizmet markasını taşıyan kredi kartlarını kullanarak puan kazanacakları bir düzenlemeyi öngörmektedir. Söz konusu sözleşmenin 1.3. maddesinde yer alan,

*"...THY, sözleşme geçerli olduğu sürece markayı başka bir banka ve finansal kuruluşa kullandırmamayı, mil satışı yapmamayı, mil*

<sup>12</sup> 22.7.2004 tarih ve 04-48/631-157 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>13</sup> 30.7.2004 tarih ve 04-50/678-172 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

*kazanımına yönelik olarak başkaca banka ve finansal kuruluşla bir co-branded veya multibranded kredi kartı ile sadakat programı uygulamasına girmemeyi ... taahhüt eder.”*

ve 6.1./v maddesinde yer alan,

*“THY, madde 1.3’teki hükümler saklı kalmak üzere ödeme aracı olan başka hiçbir kart veya programla sözleşme süresince mil kazanımına yönelik benzer işbirliği yapmayacaktır. Ayrıca, THY, finansal kurum veya kuruluşlar ile sözleşme süresince mil kazanımına yönelik benzer bir işbirliği yapmayacaktır.”*

hükümleri, THY’nin münhasıran Garanti Bankası ile çalışmasını garanti altına almaktadır.

Advantage kararında piyasada faaliyet gösteren Benkar’ın münhasırlık hükümlerini yasaklayan ve diğer bankalara bu türden münhasır anlaşma yapmamalarını bildiren Rekabet Kurulu bu dosyada, Garanti Bankası’nın THY’yi münhasır üye işyeri haline getirmesine onay vermiştir. Nitekim ilgili Karar incelendiğinde, bu dosya özelinde Rekabet Kurulu’nun, belirlediği politikadan farklı bir karar vermesini rasyonel kılacak herhangi bir gerekçeye yer vermediği görülmektedir.

Bir diğer kararında Rekabet Kurulu, Garanti Ödeme Sistemleri A.Ş. tarafından pazarlanan Bonus Card’ın üye işyerlerinden bazılarında Bonus Card dışında başka bir kredi kartıyla ödeme yapılamaması ve taksit imkanının kullandırılmaması uygulamalarına ilişkin şikayete bağlı olarak söz konusu bankanın üye işyeri sözleşmelerini incelemiştir<sup>14</sup>.

Bu sözleşmelerden Yeni Karamürsel Giyim ve İhtiyaç Maddeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. (YKM) ile aktedilen “Ortak Kart Düzenleme Sözleşmesi”nin XI. maddesi şu şekildedir:

*“Taraflar Sözleşme’nin yürürlükte bulunduğu sürece, birbirleriyle rekabet etmeme konusunda anlaşmışlardır. Bu cümleden olmak üzere; YKM, Sözleşme süresi boyunca, Banka’nın sunduğu hizmetlere benzer hizmet sunan başka bir banka ve/veya kuruluşun kredi kartlarını desteklemeyeceğini, diğer kuruluşların kredi kartlarını pazarlamak ve tanıtmak amacı ile mağazalarda stand kurmasına ve promosyon*

<sup>14</sup> 22.7.2004 tarih ve 04-48/631-157 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

*yapmasına Banka'nın yazılı onayı olmaksızın izin vermeyeceğini kabul ve beyan eder.*

*YKM, bu Sözleşme süresince, Banka veya Banka'nın yetkilendireceği bir tüzel kişilik dışında bir üçüncü tüzel kişiliğin, Mağazalar'da alışveriş yapılmasına olanak tanıyan kart çıkarmasına imkan vermemeyi, YKM logosunu kullanmak suretiyle dahi 3. bir gerçek ve tüzel kişinin bu işlemleri yapabilmesine muvafakat etmeyeceğini, YKM logosunu kullanmak suretiyle açılacak Mağazalar ile bu yönde yapılacak sözleşmelerde sadece YKM'nin taraf olabileceğini kabul, beyan ve taahhüt eder.”*

Bu kararda da Rekabet Kurulu, yukarıdaki münhasırlık hükümlerinin sözleşmelerden çıkartılmasını sağlamaya yönelik olarak, şikayete konu “Ortak Kart Düzenleme Sözleşmesi”ne ilişkin bir soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Yukarıdaki değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, Rekabet Kurulu'nun çok markalı kredi kartları pazarında rekabeti kısıtlayıcı münhasır anlaşmalara müdahale etme şeklindeki genel prensibinden bazı kararlarda uzaklaşıldığı açıktır. Rekabet Kurulu, bu pazara ilişkin ana politikasının nedenlerini çok iyi bir şekilde ortaya koymuş olmasına rağmen, münhasır anlaşmalara izin vermeme yönündeki bu rekabet politikasının bazı durumlarda tersi yönünde karar almasının nedenlerini gerektiği şekilde belirtmemiştir. Ancak sınırlı sayıdaki münferit sözleşmelerde gözlemlenmiş olan bu ayrık durumların, Rekabet Kurulu tarafından pazarın genelinde aktif bir şekilde uygulanan politikasını saptırdığı söylenemez. Bu yönüyle Kurul tarafından 2001 yılının başından bu yana büyük ölçüde tutarlı bir şekilde uygulanan ve bu pazara özgü olan rekabet politikası, pazarın biçimlenmesinde önemli rol oynamıştır. Pazara girişin önünde var olan münhasırlık temelli giriş engellerinin ortadan kaldırılması ya da olası giriş engellerine izin verilmemesi, pazarın rekabetçi bir yapı kazanarak dinamik bir hal almasında etkili olmuştur<sup>15</sup>. Bu sayede özellikle tüketiciler çok sayıda alternatif çok markalı kredi kartları içinden

<sup>15</sup> Çok markalılığın pazara rekabetçi bir yapı kazandırdığı, sektör temsilcileri tarafından da dile getirilmiştir. 2002 yılında kaleme alınan Capital Dergisi'ndeki yazıda sektör temsilcileri; çok markalılığın pazarda hız kazandığını, bankaların bu yöntemle hizmet çeşitlendirmesine gittiklerini ve ilerleyen dönemde de bu trendin devam edeceğini ve pazardaki çok markalı rekabetin hız kazanacağını belirtmişlerdir (Capital Dergisi, 2002).

kendi tercihleri doğrultusunda seçim yapma özgürlüğüne kavuşmuşlardır. Kredi kartı pazarının çok markalılık yönünde gelişen rekabetçi yapısı, bankaların kredi kartı müşterilerini kendilerine çekebilmek için üye mağazalar ile cazip promosyonlar düzenlemelerine, daha fazla taksit ya da bonus/hediye para vermelerine yol açmıştır. Bu tür müşteri çekmeye yönelik rekabetçi politikalar yalnızca kredi kartı kullanım oranının ve kredi kartı müşterilerinin sayısının artmasında değil, aynı zamanda rekabetin getirdiği cazip promosyonlardan yararlanmak isteyen tüketicilerin, düşen enflasyonun etkisi ile beraber, daha fazla tüketime yönelmeleri ve bu şekilde ekonominin canlanması ve büyümesinde de etkili olabilecek niteliktedir. Bu etkinin boyutu, Rekabet Kurulu tarafından münhasır uygulamaların kaldırılması ile pazara giriş yapmakta zorluk çekmeyen ya da pazarda etkin hale gelen çok markalı kredi kartı sayısına ve bu bankaların rekabet adına ne derecede cazip promosyon düzenlediklerine bağlıdır.

Aşağıda incelenen Kredi Kartı Program Paylaşımı sözleşmelerinin pazardaki rekabet seviyesi üzerinde önemli etkileri bulunması dolayısıyla, bu noktada analizin içerisine dahil edilmesi yerinde olacaktır.

### **3.2. Kredi Kartı Program Paylaşımı Sözleşmeleri**

Çalışmada ele alınacak olan ikinci anlaşma türü, “Kredi Kartı Program Paylaşımı Sözleşmesi”dir (KKPPS). Özellikle kapsamlı bir üye işyeri ağına sahip bankalar tarafından kurulup işletilmekte olan çok markalı kredi kartı sistemi, bu anlaşma türü ile, geniş bir üye işyeri alt yapısına sahip olmayan ve kendi sistemini kurmak yerine, başka bir bankanın alt yapısını bedel karşılığında kullanmak isteyen bir diğer bankanın da kullanımına açılmaktadır. Bu kapsamda KKPPS genellikle, bir bankanın kredi kartı programının bir diğer banka tarafından kullanılabilmesini ve tarafların -bu kullanım sırasındaki- hak ve yükümlülüklerinin, uygulama esaslarının, hizmet, iletişim ve marka standartlarının belirlenmesini konu almaktadır.

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, Kurul’un bugüne kadar çok sayıda bu türden bankalar arası anlaşmayı ele aldığı görülmektedir. Bu anlaşmalardan Türkiye Garanti Bankası A.Ş. ile Şekerbank T.A.Ş. arasında imzalanan “Bonus Kredi Kartı Program Paylaşımı Sözleşmesi”ne ilişkin Rekabet Kurulu kararında<sup>16</sup>, söz konusu iki banka arasında imzalanan

<sup>16</sup> 18.10.2007 tarih ve 07-79/983-381 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.



KKPPS incelenmiştir. Dosya konusu KKPPS uyarınca Şekerbank, müşterilerine Garanti Bonus Kart hamillerine sağlanan avantajlara ve özelliklere sahip Bonus Kart'ı Şekerbank isim ve logosunu kullanmak suretiyle pazarlayabilecek, basabilecek, operasyonel hizmetlerini verebilecektir. Ayrıca Şekerbank, Garanti ve Garanti'nin yetkilendirdiği üçüncü kişilerce oluşturulan ağ içerisindeki üye işyerleri ile başkaca bir sözleşme imzalamaksızın kendisi tarafından çıkartılan Bonus Kartlarının da aynı koşullarla ağ içerisinde kabul edilmesi ve işlem görmesi hakkına sahip olacaktır.

HSBC Bank A.Ş. ile Tekstil Bankası A.Ş. arasında imzalanan "HSBC-Tekstilbank Advantage Kredi Kartı Programının Kullanımı İşbirliği Sözleşmesi"nin değerlendirildiği Rekabet Kurulu kararında<sup>17</sup>, söz konusu iki banka arasında imzalanan KKPPS'nin esasları şu şekilde belirlenmiştir:

1. Tekstilbank kredi kartının üzerine bir kabul markası (acceptance mark) olarak HSBC'ye ait olan "Advantage" logosunun basılması,
2. Tekstilbank kredi kartlarının tamamının HSBC tarafından kurulan ve işletilen Advantage Kredi Kartı Programı'na dahil edilmesi,
3. Tekstilbank Advantage kredi kartlarının web üyeleri (üye işyerleri) ile başka bir sözleşme imzalanmaksızın Advantage kredi kartı ürün özelliklerine sahip olması ve böylece Advantage üye işyerlerinde HSBC kredi kartına uygulanan taksit ve ödül koşullarının Tekstilbank kredi kartları için de geçerli olması.

Yukarıdaki örnek kararlardan görüleceği üzere KKPPS, genellikle bir bankaya ait olan marka ya da logonun bir diğer bankanın kullanımına izin veren, temlik edilemeyen, alt lisans verilemeyen, devredilemeyen bir kullanım lisansını da beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte KKPPS'nin temel amacı, halihazırda varolan bir çok markalı kredi kartı programının ve bu programa entegre üye işyeri ağının, bir diğer bankanın müşterilerinin erişimine açmaktır.

Yukarıda amacı ve kapsamı ortaya konmaya çalışılan KKPPS'nin, çok markalı kredi kartları pazarındaki etkilerini tespit edebilmek için öncelikle sözleşmenin taraflarının konumlarının belirlenmesi gerekmektedir. Üye işyeri anlaşmasından farklı olarak bu sözleşme yapısında sözleşmenin her iki tarafı da bankadır. Bu bankalardan birisi çok

<sup>17</sup> 29.11.2007 tarih ve 07-88/1110-432 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

markalı kredi kartları pazarında kendi markası ve üye işyeri ağı ile faaliyette bulunurken diğer taraf, benzer türden bir üye işyeri ağı kurmak yerine, varolan bir ağa dahil olmak istemektedir. Bu yönüyle KKPPS imzalanmadan önce diğer bankanın çok markalı kredi kartı programı ve buna bağlı bir üye işyeri mevcut değildir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, her iki bankanın, çok markalı kredi kartları pazarında birbirlerine rakip oldukları ilk bakışta söylenemez. Ancak Türkiye İş Bankası A.Ş. ve Oyak Bank A.Ş. arasında imzalanan “Maximum Kredi Kartı Uygulama Sözleşmesi”nin incelendiği Rekabet Kurulu kararında<sup>18</sup> bu husus (Oyak Bank’ın kendine ait bir markayla taksit/ödül imkanı tanıyan bir kartının mevcut olmadığı) vurgulandıktan sonra gerekli altyapıyı tesis etmek suretiyle Oyak Bank’ın da yeni bir marka ile çok markalı kredi kartı çıkarabilecek potansiyel bir rakip olduğu belirtilmiştir. Benzer türden anlaşmaların ele alındığı diğer Rekabet Kurulu kararlarında da yine aynı gerekçe ile KKPP sözleşmeleri, rakipler arası anlaşma olarak kabul edilmiştir.

KKPP sözleşmeleri, 2003 yılından buyana bankalar tarafından sıklıkla tercih edilen bir anlaşma türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim 31.12.2002 tarihinde Denizbank A.Ş. ile Türkiye Garanti Bankası A.Ş. arasında imzalanan "Bonus Kredi Kartı Program Sözleşmesi" ile ülkemizde ilk defa çok markalı bir kart ağı bir başka bankanın da kullanımına açılmıştır<sup>19</sup>. Aynı sisteme sırasıyla 2006 yılında TEB ve 2007 yılında Şekerbank T.A.Ş. katılmıştır<sup>20</sup>. 2007 yılında Tekstil Bankası A.Ş.<sup>21</sup> ve Halk Bankası A.Ş.<sup>22</sup>, HSBC Bank A.Ş.’nin çok markalı kart programına dahil olmuştur. Türkiye İş Bankası A.Ş.’nin çok markalı kart ağına 2006 yılında Oyak Bank A.Ş.<sup>23</sup>, 2007 yılında ise Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası A.Ş.<sup>24</sup> katılmıştır.

<sup>18</sup> 24.08.2006 tarih ve 06-59/781-230 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>19</sup> 22.7.2004 tarih ve 04-48/631-157 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>20</sup> 18.10.2007 tarih ve 07-79/983-381 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>21</sup> 29.11.2007 tarih ve 07-88/1110-432 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>22</sup> Halk Bankası A.Ş.’nin, HSBC Bank A.Ş.’nin programına dahil olduğu, Rekabet Kurulu kararından değil Para Dergisi’nin haberine dayanılarak tespit edilmiştir. Bkz. Para Dergisi, 2008.

<sup>23</sup> 24.08.2006 tarih ve 06-59/781-230 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>24</sup> 24.4.2007 tarih ve 07-34/343-124 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

Sonuç olarak günümüzde oldukça yoğun bir şekilde gözlemlenen ve rakip bankalar arasındaki markalararası<sup>25</sup> rekabete etki eden bu anlaşmaların, pazardaki rekabetçi yapıyı nasıl etkilediğinin ve Rekabet Kurulu'nun bu anlaşma türüne karşı kredi kartları özelinde bir politikasının olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Her şeyden önce rakipler arası işbirliği anlaşmalarının teoride birbirinden çok farklı etkileri tespit edilmiştir. Khemani ve Wawerman (1997) bu etkileri şu şekilde sıralamıştır:

- Ölçek ekonomileri doğurmaları,
- Bilgi ve teknoloji transferi,
- Ürün kalitesinde ve standartlarda iyileşme,
- Pazara erişimin önündeki engellerin kaldırılması,
- Pazardaki aktör sayısının artması,
- Etkinlik ve verim artışları.

Aynı yazarlar söz konusu olumlu etkilerin yanı sıra bir takım olumsuz etkilerden de bahsetmişlerdir:

- Pazar gücünün yoğunlaşması,
- Potansiyel rekabetin azalması,
- Pazardaki rekabetçi davranışların koordinasyonunun kolaylaşması.

Yukarıdaki teorik bilgiler boyutunda değerlendirdiğimizde KKPP sözleşmeleri, normalde birbirleri ile rekabet etmesi gereken iki bankanın aynı ağı kullanmak suretiyle bir araya gelmesine neden olacaktır. Bu da potansiyel rekabeti azaltacak ve aynı zamanda rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açabilecektir. Ancak bu etkilerin boyutunun belirleyicisi, sözleşmelerde yer alan hükümlerdir. Bu yönüyle aşağıda Kurul Kararları'na konu olan KKPP sözleşmelerinde tespit edilen kısıtlayıcı hükümlere yer verilecektir.

Türkiye Garanti Bankası A.Ş. (Garanti Bankası) ve Şekerbank T.A.Ş. (Şekerbank) arasında imzalanan "Bonus Kredi Kartı Program Paylaşımı Sözleşmesi"nde rekabetçi bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken bir takım sözleşme hükümleri yer almaktadır:

---

<sup>25</sup> Aynı pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin mal ya da hizmetlerinden kaynaklanan rekabete "markalararası rekabet" adı verilmektedir (Hughes, Foss ve Ross, 2001:424).

c) Taraflar diğ er Taraf'a ait mevcut Bonus Kartlarını kendilerine çekmek amacı ile kampanya düzenleyemezler.

d) Taraflar, reklam ve ilanlarında kendileri tarafından verilen Bonus Kartlarının diğ er tarafça veya Garanti tarafından yetkilendirilen üçüncü kişilerce verilen Bonus Kredi Kartlarından daha avantajlı olduğunu belirtmek suretiyle reklam, tanıtım, vb. uygulama yapamazlar. Bu hüküm tahtında olmak üzere Taraflar, diğ er Taraf'ın ve Garanti tarafından yetkilendirilen üçüncü kişilerin mevcut kart portföylerini kendilerine çekmek için kampanya yapmama konusunda mutabık kalmışlardır.

e) Şekerbank tarafından çıkartılacak olan Bonus Kartlarına Şekerbank tarafından uygulanacak olan her türlü ücret, faiz, komisyon ve her ne ad altında olursa olsun Kart Hamillerinden talep edilen tutarların, Garanti, veya Garanti'nin yetkilendirdiği üçüncü kişilerden kendisine kart hamili çekecek veya Bonus Kredi Kart Programını cazip olmaktan çıkartacak nitelikte olmayacağını Şekerbank kabul ve taahhüt eder.

g) Şekerbank, Garanti Bankası tarafından uygulanmakta olan Bonus Plus ve Bonus Premium gibi kart sadakat programları kapsamında, Bonus kredi kartlarının bir üst seviyede Bonus kazandırmasına ve karta daha fazla avantaj sağlamasına imkân veren kart seviyesi yükseltme uygulamalarını Garanti veya Garanti'nin yetkilendirdiği üçüncü kişilerden kendisine kart hamili çekecek veya Bonus Kredi Kartı Programını cazip olmaktan çıkartacak nitelikte olmayacağını kabul ve beyan etmiştir.<sup>26</sup>”

HSBC Bank A.Ş. (HSBC) ve Tekstil Bankası A.Ş. (Tekstilbank) arasında imzalanan “HSBC-Tekstilbank Advantage Kredi Kartı Programının Kullanımı İşbirliği Sözleşmesi” ile Tekstilbank, HSBC'ye ait olan Advantage çok markalı kart programına dahil olmuştur<sup>27</sup>. Sözleşmenin 5.4. maddesine göre, HSBC ve Tekstilbank kendi müşterileri için düzenleyecekleri Advantage kampanyalarını birbirlerine bildirecekler ve taraflar kampanyaya katılıp katılmamakta serbest olacaklardır. Bununla birlikte Tekstilbank 5.1. maddeye göre Advantage Kredi Kartı

<sup>26</sup> 18.10.2007 tarih ve 07-79/983-381 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>27</sup> 29.11.2007 tarih ve 07-88/1110-432 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

Programı'nın bütünlüğü'nü sağlamak amacıyla Web Üyeleri nezdinde HSBC ile mutabık kalmadan kendi Advantage Kredi Kartlarına HSBC Advantage Kredi Kartlarından daha fazla avantaj sağlamamayı taahhüt etmiştir. Tekstilbank kart hamillerinden talep edilecek tutarlar, kredi kartlarına eklenecek özellikler vb. konularda da kendi Tekstilbank Advantage kredi kartını, HSBC Advantage kredi kartına göre daha cazip hale getirmemeyi taahhüt etmektedir.

Türkiye İş Bankası A.Ş. (İş Bankası) ve Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası A.Ş. (Ziraat Bankası) arasındaki "Maximum Kredi Kartı Uygulaması Sözleşmesi"nin<sup>28</sup> 56. maddesi uyarınca taraflar, birbirlerine ait Maximum kredi kartlarını kendilerine çekmek amacıyla kampanya düzenlemeyeceklerini, kendileri tarafından verilen Maximum kredi kartlarının daha avantajlı olduğunu belirtmek suretiyle reklam, tanıtım yapmayacaklarını kabul ve taahhüt etmektedirler. 57. madde uyarınca ise İş Bankası, Ziraat Bankası tarafından çıkarılacak olan Ziraat Bankası Maximum kredi kartlarına Ziraat Bankası tarafından uygulanacak her türlü ücret, faiz, komisyon vb. şeklinde kart hamillerinden talep edilen tutarların, İş Bankası tarafından talep edilen ortalama oranın/tutarın azami % (...) eksik veya fazla olmasını Ziraat Bankası'na tavsiye edecektir<sup>29</sup>.

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere KKPP sözleşmelerindeki rekabet kısıtlarını iki gruba ayırmak mümkün görünmektedir. Bunlardan ilki sisteme dahil olacak olan bankanın kendi kredi kartını, programın ve üye işyeri ağının sahibi olan bankanın kredi kartından daha avantajlı olduğunu belirtmek suretiyle reklam, tanıtım yapmamasını, programın sahibi olan bankanın kart hamillerini kendine çekecek veya programı cazip olmaktan çıkaracak promosyonlar düzenlememesini, kendi kartını sistemin sahibi olan bankanın kartından daha cazip hale getirmemesini emretmektedir. Bu kısıtlamalar uyarınca ağa yeni dahil olan bankanın kredi kartı en fazla, ağın sahibi ve kart programını yöneten bankanın kredi kartı ile eşdeğer promosyonlar düzenleyebilecek fakat- tüketici nezdinde- hiçbir şekilde ondan daha fazla cazip olamayacaktır.

<sup>28</sup> 24.4.2007 tarih ve 07-34/343-124 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>29</sup> Türkiye İş Bankası A.Ş. (İş Bankası) ve Oyak Bank A.Ş. (Oyak Bank) arasındaki 2006 tarihli "Maximum Kredi Kartı Uygulama Sözleşmesi"nde de benzer türden yükümlülükler Oyak Bank'a yüklenmiştir. 24.08.2006 tarih ve 06-59/781-230 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

İkinci kısıtlama da yine sisteme yeni dahil olan banka üzerine yüklenen ve bu bankanın, üye işyerleri nezdinde kendi kartına, üye işyeri ağının sahibi bankanın kartından daha fazla avantaj sağlamamayı taahhüt etmesidir. İkinci kısıtlama uyarınca da yükümlülük altına giren banka, diğer bankaya kıyasla daha cazip hale gelemeyen, söz konusu bu kısıtlama ilkinden farklı olarak kart hamillerine değil üye işyerlerine sağlanan avantajları kısıtlamaktadır. Her iki kısıtlama da esas olarak sisteme dahil olan banka ile sistemin sahibi olan banka arasındaki potansiyel rekabet imkanını sınırlandırmaktadır.

Rekabet Kurulu yaptığı incelemeler neticesinde yukarıda yer verilen her iki türden kısıtlamaya da izin verme şekilde bir politika benimsemiştir. Kurul, söz konusu sözleşme hükümlerinin rekabeti kısıtlayıcı yönlerinin yanı sıra KKPP sözleşmelerinin etkinlik doğurucu ve özellikle tüketiciler üzerindeki olumlu etkilerini göz önünde bulundurarak, kendisine bildirilen tüm KKPP sözleşmelerine izin vermiştir<sup>30</sup>. Üye işyeri anlaşmalarına ilişkin ilk bölümde tespit edilen katı rekabet yanlısı politika ile kıyaslandığında, ilk bakışta Rekabet Kurulu'nun KKPP sözleşmeleri açısından çok daha esnek bir yaklaşım benimsediği söylenebilir. Ancak Rekabet Kurulu'nun hangi saikler ile böyle bir esnek yaklaşıma yöneldiğinin belirlenmesi bu noktada önemli bir role sahiptir.

Rekabet Kurulu kararına konu olan KKPP sözleşmeleri incelendiğinde, neredeyse tüm kararlarda Kurul tarafından öne sürülen argümanların birbirinin aynı olduğu görülmektedir. Sözleşmelerin piyasa aktörleri tarafından uygulanmasına Kurul tarafından müsaade edilmesinin nedenlerinden ilki, tüketici faydasıdır. KKPP sözleşmesi sayesinde, sisteme dahil olan bankanın müşterilerinin yaygın üye işyeri ağlarından birine katılarak alışveriş yapma imkanına sahip olmaları, tüketici açısından bankacılık hizmetlerinin önemli parçalarından biri olan kredi kartları pazarında hizmet alımında bir iyileşme ortaya çıkaracaktır. Yeni bir bankanın sisteme dahil olması ile birlikte mevcut üye işyeri ağı genişleyecek, bu genişleme tüm müşteriler için faydalı olan bir gelişmeyi de beraberinde getirecektir.

<sup>30</sup> 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi Rekabet Kurulu'na, aynı maddede sayılan bir takım koşulların karşılanması şartıyla, rekabeti kısıtlayan anlaşmalara muafiyet verme yetkisi tanımıştır. Kurul kendisine bildirilen KKPP sözleşmelerini değerlendirmiş ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesindeki şartların sağlandığını tespit etmiştir.

Kararlarda yer verilen bir diğer unsur, anlaşmanın taraflarının kredi kartı pazarındaki toplam pazar payları hesaplandığında, hiçbir anlaşmanın bugüne kadar kredi kartları pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olacak seviyede bir etki doğurmamış olmasıdır<sup>31</sup>. Nitekim söz konusu KKPPS ile sisteme yeni dahil olan banka, benzer bir ağ oluşturmanın maliyetlerinden tasarruf etmekte ve dahası işbirliği sözleşmesinin tarafı olan bankalar, kredi kartları pazarındaki diğer bankalara karşı bu sözleşme vasıtasıyla daha güçlü birer rakip konumuna geçebilecekleri için KKPPS'nin kredi kartları pazarındaki rekabete katkısı da olabilmektedir. Diğer bir ifade ile Rekabet Kurulu, bugüne kadar akdedilen KKPP sözleşmelerinin çok güçlü iki banka arasında gerçekleşmemiş olmasından dolayı, pazarın önemli bir kısmındaki rekabetin etkilenmediği sonucuna ulaşmıştır. Ancak pazarın ilerleyen safhalarında, tüm bankaların kısıtlı sayıdaki üye işyeri ağları çerçevesinde bir araya gelmelerinin sonrasında, az sayıdaki bu güçlü ağlar arasındaki olası KKPP sözleşmelerinin değerlendirilmesinde, Rekabet Kurulu tarafından daha katı yaklaşımların benimsenebileceği öngörüsünde bulunmak mümkündür<sup>32</sup>. Nitekim bu türden kuvvetli ağlar arasındaki işbirlikleri, pazarın önemli bir bölümündeki rekabeti kısıtlayabilecek ölçekte etki doğurabilecektir. Rekabet Kurulu'nun ise ele alınan kararlarında, pazardaki rekabet seviyesinin yeterli olduğu noktasından hareketle özellikle sisteme dahil olan bankanın kart kullanıcılarının, daha yaygın bir üye işyeri ağından daha yüksek bir hizmet kalitesi elde etmesini temine yönelik olarak, tüketici faydası odaklı bir yaklaşım sergilediğini görüyoruz.

#### 4. SONUÇ

Ülkemiz kredi kartları pazarının çok markalılık yönünün gelişmesinde, Rekabet Kurulu'nun aktif politikasının rolü büyüktür. Bu politikanın temel unsurlarından biri tüketici refahıdır. Hem banka ile mağaza arasında imzalanan üye işyeri anlaşmalarında münhasırlık hükümlerine izin verilmemesi hem de bankalar arasında düzenlenen KKPP sözleşmelerine

<sup>31</sup> Para Dergisi'nin verilerine göre, bankalar arasındaki KKPP sözleşmelerinin Rekabet Kurulu kararlarına konu olduğu 2007 yılının Şubat ayı itibari ile Yapı Kredi'nin kredi kartı, ciro bazında yüzde 23'lük pazar payıyla birinci sırada yer almaktadır. Onu yüzde 22'yle Garanti Bankası'nın, yüzde 15'le Akbank'ın, yüzde 14'le de İş Bankası'nın kartı izlemiştir (Para Dergisi, 2007).

<sup>32</sup> Sektördeki KKPP sözleşmeleri neticesinde, 2007 yılının Eylül sonu itibari ile, 35 milyon kredi kartından 25 milyonu dört bankanın çok markalı kredi kartı özelliklerini taşıyor hale gelmiştir (Para Dergisi, 2008). Bu veri, pazardaki işbirliklerinin boyutunu göstermesi açısından önemlidir.

onay verilmesi, kredi kartı kullanıcılarının menfaatine sonuçlar doğurmuştur. Nitekim, münhasırlık hükümlerinin yasaklanması ile çok markalı kredi kartları pazarının önündeki giriş engellerinin kaldırılmasının ortaya çıkardığı rekabet, tüketicilerin çok sayıdaki alternatif kartlardan istediğini seçme özgürlüğünü beraberinde getirmiştir. Pazarın rekabete açık yapısı sayesinde çok markalılık yönü gelişmiş, bankalar kredi kartı müşterilerini kendilerine çekebilmek için üye mağazalar ile cazip promosyonlar düzenlemişler, bu da tüketicilerin daha fazla taksit ya da bonus/hediye para kazanmalarına imkan tanımıştır. Müşteri çekmeye yönelik rekabetçi stratejiler yalnızca kredi kartı kullanım oranının ve kredi kartı müşterilerinin sayısının artmasında değil aynı zamanda rekabetin getirdiği cazip promosyonlardan yararlanmak isteyen tüketicilerin, düşen enflasyonun etkisi ile beraber, daha fazla tüketime yönelmelerinde ve bu şekilde ekonominin canlanmasında da etkili olmuştur. Tüketici faydası unsuru, Rekabet Kurulu'nun KKPP sözleşmelerindeki rekabeti kısıtlayıcı hükümleri yasaklamak yerine uygulanabilir bulmasında da karşımıza çıkmaktadır. Özellikle KKPP sözleşmesi ile çok markalı kredi kartı hizmeti sunmayan ya da kısıtlı seviyede sunan bankaların müşterilerinin yaygın üye işyeri ağlarından birine dahil olarak alışveriş yapma imkanına sahip olmaları, Kurul'un göz önünde bulundurduğu unsurların başında yer almaktadır.

Rekabet Kurulu'nun pazarda uyguladığı politikanın yalnızca yasaklamak ya da sınırlamaktan ibaret dar bir politika olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim üye işyeri anlaşmalarındaki münhasırlık hükümlerine izin vermeyen Kurul, KKPP sözleşmelerine ilişkin olarak daha esnek bir yaklaşım sergilemiştir. Bu esnek yaklaşımda etkili olan bir diğer unsur ise bugüne kadar KKPP niteliğine sahip bankalar arası işbirliği anlaşmalarının henüz rekabeti önemli ölçüde sınırlandıracak boyutta iki banka arasında gerçekleşmemiş olmasıdır. Bu nedenle ileride pazarın olgunlaşması ile birlikte, pazara yönelik politikanın şekillenmesinde rekabetçi kaygılar ön plana çıkabilecektir.

Ancak Rekabet Kurulu tarafından genel hatları ile dengeli bir şekilde uygulandığı tespit edilen, çok markalılığı kuvvetlendirme amaçlı, tüketici faydasını gözetilen, rekabet odaklı, aktif bir politikanın mutlak surette tutarlılık arz ettiğini söylemek de mümkün görünmemektedir. Sınırlı sayıda da olsa kimi Kurul kararlarında, herhangi bir gerekçe ortaya



konmaksızın, uygulanan politika ile örtüşmeyen farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Ancak bu farklılaşmaların, Rekabet Kurulu tarafından pazarın genelinde aktif bir şekilde uygulanan politikayı saptırdığı söylenemez. Bu yönüyle Kurul tarafından 2001 yılının başından bu yana büyük ölçüde tutarlı bir şekilde uygulanan çok markalı kredi kartları pazarına özgü rekabet politikası, pazarın biçimlenmesinde önemli bir rol oynamıştır.

## **KAYNAKÇA**

Aghion, P. ve P. Bolton. (1987). Contracts as Barrier to Entry. *American Economic Review*, 77(3): 388-401.

BKM. (Bankalararası Kart Merkezi) (2006). Türkiye’de Kredi Kartının Tarihçesi.

<http://www.bkm.com.tr/kredikarti9.html>

Areeda, P. ve L. Kaplow. (1997). *Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases*. New York: Aspen Law&Business: 5. Baskı.

Boscheck, R. (2000). The EU Policy Reform on Vertical Restraints- An Economic Perspective. *World Competition*, 23(4): 3-49.

Capital Dergisi. (2002). Liderlik Peşinde.

[http://www.capital.com.tr/haber.aspx?HBR\\_KOD=1177](http://www.capital.com.tr/haber.aspx?HBR_KOD=1177)

Comanor. W.S. ve H.E. Frech. (1985). The Competitive Effects of Vertical Agreements. *American Economic Review*, 75(3): 539-546.

Hughes, M., C. Foss ve K. Ross. (2001). The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law, ECLR 10.

Khemani, S. ve L.Waverman. (1997). Strategic Alliances. *Competition Policy in the Global Economy*:127-151.

Marsden, P. (2000). The Divide on Verticals. *Antitrust Goes Global*, (ed) S.J. Evenett, A. Lehman ve B. Steil. Washington: The Brookings Institution.

Martin, S. (1994). *Industrial Economics*. New Jersey: Prentice Hall: İkinci Baskı.

Ornstein, S.I. (1989). Exclusive Dealing and Antitrust. *Antitrust Bulletin*, 34(1): 65-98.

Para Dergisi. (2007). Para Para Para. 126. Sayı

<http://www.paradergi.com.tr/bor101,126@300.html>

Para Dergisi. (2008). Kredi Kartı İşbirliğinde İlk Ayrılık. 159. Sayı

<http://www.paradergi.com.tr/bor102,159@300.html>

Preston, L.E. (1965). Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards. *Law and Contemporary Problems*, 30:506-529

Silva, L.R. (2000). Law and Policy Towards Vertical Restraints of Trade-The Case of Brazil. *Journal of World Competition*, 23(2): 95-99.

Tatlıldil, Rezan ve İpek Savaşçı. (2006). “Bankaların Kredi Kartı Pazarında Uyguladıkları CRM (Müşteri İlişkiler Yönetimi) Stratejisinin Müşteri Sadakatine Etkisi”. *Ege Akademik Bakış Dergisi*, Cilt 6, Sayı:1.

TBB. (Türkiye Bankalar Birliği). (2004). Ortak Projeler Hakkında Bilgilendirme. *Bankacılar Dergisi*, Sayı 51.

**AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARINA  
YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARI VE TÜRK HUKUKU  
BAKIMINDAN “DE LEGE FERENDA” DÜŞÜNCELER**

*REFORM STUDIES RELATED WITH ACTIONS FOR DAMAGE IN EU  
COMPETITION LAW AND “DE LEGE FERENDA” THOUGHTS IN  
TERMS OF TURKISH LAW*

**Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY\***

**Öz**

*Avrupa Birliği Anlaşması'nda rekabet normlarının ihlaline dayalı tazminat sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zarar görenler tazminat taleplerini ulusal mahkemeler önünde ve üye devletlerin iç hukuk hükümleri çerçevesinde ileri sürebilmektedirler. Ancak, üye devletlerin ulusal hukuklarının farklı olması ve birçoğunun tazminat davalarını etkin kılan yeterli düzenlemeler içermemesi, rekabetin korunmasında tazminat davalarından beklenen yararın sağlanamamasına neden olmaktadır. Bu durum AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının (private enforcement), özellikle de tazminat davalarının yaygınlaştırılması ve daha etkin hale getirilmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir.*

*Bu amaçla AB Komisyonu tarafından başlatılan reform çalışmaları Tazminat Davalarına İlişkin Beyaz Kitap'ın yayınlanmasıyla önemli bir aşamaya ulaşmıştır. Beyaz Kitap'ta yer alan önerilerle amaçlanan, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin tazminat davası açmalarının önündeki engellerin kaldırılması, böylece zarar görenlerin zararlarının tam olarak giderilmesi ve ihlaller üzerinde caydırıcılığın sağlanmasıdır. Bu yapılırken, AB hukuk kültürü ve geleneğine uygun tedbirlere yer vermeye çalışıldığı görülmektedir. Beyaz Kitap'taki önerilerin hayata geçirilmesi halinde, AB rekabet hukukunda tazminat davaları alanında yeni ve özgün bir sistemin oluşacağını söylemek mümkündür.*

---

\* Pamukkale Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi (akortunay@pau.edu.tr).

*Hukukumuzda, rekabet ihlaline dayalı tazminat talepleri 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 57 ve devamında düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun “üç kat tazminat” ve “ispat kolaylığı” gibi davacılar lehine bir takım düzenlemeler içermektedir. Ancak, bunların tazminat davalarını yaygın ve etkin kılmada tek başına yeterli olduğunu söylemek güçtür. Tasarı ile getirilmek istenen düzenlemeler ise, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler bakımından üç kat tazminat sorumluluğunun kaldırılması ve ihlalin Rekabet Kurumu tarafından incelenmekte olmasının adliye mahkemesince bekletici mesele sayabilmesi ile sınırlıdır. Tazminat taleplerinin ileri sürülmesinin önündeki engelleri kaldırıcı asli mekanizmalara (örneğin, yargılama giderlerinin indirilmesi, Kurul kararlarının bağlayıcılığı, sınıf davaları gibi) gerek pozitif hukukumuzda, gerekse Tasarı’da yer verilmediği görülmektedir. Bu alanda yapılacak düzenlemeler, Türk rekabet normlarının AB hukukuyla uyumlu hale gelmesinin ötesinde, tazminat davalarını rekabet ihlalleriyle mücadelede etkin bir araç haline getirmesi bakımından son derece önemlidir.*

**Anahtar Kelimeler:** AB Rekabet Hukuku, Tazminat Davaları, Reform Çalışmaları, Beyaz Kitap, Türk Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirmeler

### **Abstract**

*There is no specific provision in the Treaty on European Union regarding the liability for compensation for the breach of the antitrust rules. Those who have been damaged should put their damage claims forward before the national courts with the framework of member states’ law system. However, some reasons as the differentiation of national law systems of the member states and that the law systems of member states are not having the adequate regulations cause that the expected benefits not to emerge. Therefore, there exists an urgent need to spread the claims damages and make them effective regarding private enforcements in EU Competition Law.*

*For this aim, the reform actions commenced by the EU Commission have reached to a certain point with the White Paper on Damages Actions been published. What is aimed with the proposals of white paper is to smooth the way before the damage claims for those who have been damaged due*

*to breach of competition. Moreover, those proposals embedded in the white paper are also aim to provide deterrence over the breaches. It is obvious that these steps are taken with some care in order to ensure the convenience with the EU law culture and tradition. It is possible to say that there will emerge an original and new system in the damage claims part of the EU competition law if the proposals in white paper to be put into practice.*

*Damage claims based on the competition infringement in our law are regulated in 4054 Numbered Law on Protection of Competition, article no. 57 and following articles. Aforementioned Law contains some regulations in favor of plaintiffs such as “treble damage” and “easiness of evidence”. However, it is difficult to state that these are solely sufficient to generalize and to activate actions of damage. Regulations, which are demanded to be enacted with draft, are limited to cancellation of treble damage responsibility in terms of attempts, which are benefitted from repentance program and that inspection of infringement by Competition Institution is deemed as prejudicial issue by general court. It is seen that it is not given place to actual mechanisms, removing hindrances in front of allegation of damage claims (for example, reduction of litigation costs, binding effect of Board resolutions, class lawsuits etc.) both in our positive law and also in the Draft. Regulations to be made in this field are extremely important in terms of becoming actions for damage as an active instrument for struggle with competition infringements beyond harmonization of Turkish competition norms with EU law.*

**Key Words:** *EU Competition Law, Actions for Damage, Reform Studies, White Paper, Assessment In terms of Turkish Competition Law*

## GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunda rekabet ihlallerine ilişkin temel düzenlemeler Avrupa Birliği Anlaşması'nın (ABA) 81 ila 89. maddeleri arasında yer almaktadır. ABA madde 81'de rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmakta, ayrıca söz konusu anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasaktan muaf tutulabileceği haller düzenlenmektedir. ABA madde 82'de ise, teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. ABA 81. ve 82. maddelerin ihlaline ilişkin kamu hukuku yaptırımları AB Komisyonu (Komisyon) ve üye ülke rekabet otoritelerince uygulanmakta, bunların vermiş oldukları kararlar Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) ve üye ülke mahkemelerince denetlenmektedir.

ABA'da rekabeti ihlâl edici eylemlerin yol açtığı zararlara ilişkin tazminat istemleri açıkça düzenlenmemiştir. Zarar görenler, tazminat taleplerini ulusal mahkemeler önünde ve üye devletlerin iç hukuk hükümleri çerçevesinde ileri sürebilmektedirler<sup>1</sup>. Ancak, üye devletlerin ulusal hukuklarının farklı olması ve birçoğunun tazminat davalarını etkin kılan düzenlemeler içermemesi nedeniyle, AB'de rekabetin korunmasında tazminat davalarından beklenen faydanın tam manasıyla sağlandığını söylemek güçtür. Bu durum, AB bünyesinde tazminat davalarına etkinlik kazandırma ve bu alanda belirli standartlar oluşturma ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Ayrıca, gerek ATAD'ın "*Courage*"<sup>2</sup> ve "*Manfredi*"<sup>3</sup> kararları, gerekse "ABA Madde 81 ve 82'deki Rekabet Kurallarının Uygulanmasına Dair 1/2003 Sayılı Tüzük" (Verordnung (EG) Nr.1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2000 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln)<sup>4</sup> ile *yasal istisna* sistemine geçilmiş olması tazminat davalarına yönelik reform çalışmalarının başlatılmasında önemli derecede etkili olmuştur. Söz konusu reform çalışmaları kapsamında getirilen önerilerin hayata geçirilmesi halinde, AB rekabet hukukunda tazminat davaları alanında yeni ve özgün bir sistemin oluşacağını söylemek mümkündür.

<sup>1</sup> BAUR, J. (1988), "Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen Kartellvorschriften des EWG Vertrages", *Europarecht*, s.259 vd.

<sup>2</sup> Rechtssache C- 453/99, *Sammlung der Rechtsprechung* (2001), s.I-6297.

<sup>3</sup> Rechtssache C- 295/04 –298/04, *Sammlung der Rechtsprechung* (2006), s.I-6619.

<sup>4</sup> ATRG, L 1/1, 4.1.2003.

Türk hukukunda, rekabet ihlali nedeniyle zarar görenlerin tazminat isteyebilecekleri Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 57 ve devamındaki maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Fakat, söz konusu hükümlerin uygulamada yeterince işletildiğini söylemek güçtür. Rekabet hukuku ve kültürünün toplumumuzda köklü bir geçmişe sahip olmamasının bunda etkisi olmakla birlikte, sorunun asıl kaynağı bu alandaki düzenlemelerin yeterli olmamasıdır. Zira, mevzuatımızda tazminat taleplerinin ileri sürülmesini kolaylaştırıcı ve teşvik edici düzenlemelere yeterince yer verilmemiştir. Tazminat davaları, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin zararlarının giderilmesine hizmet etmekle kalmaz; caydırıcı etkisi nedeniyle rekabet ihlalleriyle mücadelede önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla, tazminat davalarının olması gereken seviyeye ulaşmaması bu mücadeleyi zaafiyete uğratacaktır. Hatta, rekabeti ihlâl edenlerin, ihlâl sayesinde elde ettikleri gelirleri para cezalarının finansmanında kullanabilecekleri düşünüldüğünde bu durum kamusal yaptırımların etkisiz ve anlamsız kalması sonucunu doğurabilecektir. Bu sebeplerle, hukukumuzda tazminat davalarını teşvik edici ve yaygınlaştırıcı düzenlemelere gidilmesi son derece önemlidir. Ancak, bu konuda yol gösterici eserler hukukumuzda henüz kaleme alınmış değildir. Bu çalışmada, Türk öğretisinde daha önce değinilmemiş olan ATAD'ın tazminat davaları alanındaki ilke kararları ve AB'de bu konuda yürütülen reform çalışmaları ele alınacak ve ardından söz konusu karar ve çalışmalar ışığında hukukumuzdaki mevcut durum değerlendirilerek yapılması gereken değişikliklere işaret edilecektir<sup>5</sup>.

## **1. AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARINA YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARI**

### **1.1. AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yüklenen Misyon**

AB rekabet normları, kamusal yaptırımların yanı sıra özel hukuk yaptırımlarıyla da desteklenmiştir. ABA'da özel hukuk yaptırımı olarak sadece geçersizliğe yer verilmiş olup, tazminat davalarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AB rekabet kurallarının ihlalinden kaynaklanan tazminat istemlerine ATAD'ın çeşitli kararlarında

<sup>5</sup> Bu çalışma, Erciyes Hukuk Fakültesi tarafından 4-5 Nisan 2008 tarihinde düzenlenmiş olan Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda tarafımdan sunulmuş olan tebliğin, daha sonra AB Komisyonu tarafından yayınlanan Beyaz Kitap dikkate alınarak genişletilmiş ve bu bağlamda hukukumuza yönelik çıkarsamaların geliştirilmiş halini oluşturmaktadır.



değnilmiştir. İlk defa “SABAM” kararında<sup>6</sup>, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluğunun ABA 85. maddenin (yeni 81. madde) kapsamına girdiği, maddede yer alan yasaklamanın üçüncü kişilerin haklarını da korumaya yönelik olduğu ve zarar görenlerin tazminat istemiyle mahkemelere başvurabilecekleri belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, zarar görenler tazminat taleplerini ulusal mahkemeler önünde ve üye devletlerin iç hukuk hükümleri çerçevesinde ileri sürebilmektedirler<sup>7</sup>.

AB hukukunda tazminat davalarına yüklenen misyon zarar görenlerin zararlarının giderilmesi ile sınırlı değildir. Tazminat davaları, AB rekabet normlarıyla hedeflenen amacın gerçekleşmesine önemli katkılar sağlar. Zira, rekabeti ihlâl edenlerin para cezasının yanı sıra tazminat ödeyecek olmaları rekabet karşıtı uygulamalar üzerinde caydırıcılık yaratır<sup>8</sup> ve bu yönüyle tazminat davaları idari yaptırımları tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Bu hususa 1/2003 Sayılı Tüzük (7) Nolu Gerekeçe’de şu şekilde işaret edilmiştir:

*“Üye devlet mahkemeleri, Birlik rekabet kurallarının uygulanmasında önemli bir görev icra etmektedirler. Özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda Birlik hukukundan kaynaklanan hakları, ihlalden zarar görenler lehine tazminata hükmetmek suretiyle korumaktadırlar. Böylece rekabet otoritelerinin görevlerini tamamlayıcı bir rol üstlenmektedirler.”*

Tazminat davalarının AB rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasındaki rolü ve önemine ATAD içtihatlarında da vurgu yapılmıştır. Nitekim, “*Courage*” kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “...ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları, Birlik içinde etkin bir rekabetin oluşmasına önemli katkılar sağlayabilir.”

Buna karşın, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinin farklı olması ve birçoğunun tazminat davalarının işlevselliğini artırıcı düzenlemeler içermemesi nedeniyle, rekabetin korunmasında tazminat davalarından beklenen faydanın tam olarak sağlandığını söylemek güçtür.

<sup>6</sup> Rechtssache 127/73, Sammlung der Rechtsprechung (1974), s.51.

<sup>7</sup> SCHRÖTER, H., H. VON DER GROEBEN ve J. SCHWARZE (2003), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, Art.81, N.261.

<sup>8</sup> Yeşil Kitap, s.4.

## 1.2. Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmalarına Etki Eden Gelişmeler

AB’de rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarına yönelik çalışmaların temelinde iki önemli gelişme yatmaktadır. Bunlardan ilki, tazminat taleplerinin rekabet kurallarının etkin biçimde uygulanmasındaki önemine dikkat çeken ve aşağıda değineceğimiz ATAD kararlarıdır. Diğeri ise, 1/2003 Sayılı Tüzük’le getirilen sistem değişikliğidir.

### 1.2.1. ATAD’ın Tazminat İstemlerine İlişkin Kararları

ATAD, “SABAM” ve daha sonraki kararlarında AB hukukuna aykırı davranışların tazminat sorumluluğuna yol açacağını belirtmekle yetinmiş, bu konuda somut ilkeler getirmemiştir. “Courage” ve “Manfredi” kararlarında ise, ulusal hukuklardaki tazminat hükümlerinin AB rekabet kurallarının etkisini azaltacak nitelikte olamayacağına işaret edilerek bu konuda üye devletlere bırakılan inisiyatifin sınırları çizilmiştir.

#### 1.2.1.1. “Courage” Kararı

Karara konu olayda, İngiliz bira üreticisi Courage Ltd. (satıcı) ile birahane işletmecisi Bay Crehan (alıcı) arasında yapılan hâsılat kirası sözleşmesinde, alıcıya belirli miktarda birayı belirli bir fiyattan alma yükümlülüğü getirilmişti. Sözleşme bu haliyle ABA madde 85 (yeni madde 81)’e aykırılık teşkil eden bir kartel anlaşması niteliğindediydi. Bir süre sonra, satıcı biraların bedelini alamadığı gerekçesiyle alıcı aleyhine dava açtı. Bunun üzerine alıcı, sözleşmenin ABA madde 85 (yeni madde 81) hükmüne aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla karşı dava açarak tazminat talebinde bulundu. Bu davada alıcı, satıcının kendisiyle bira alım sözleşmesi yapmamış diğer (serbest) alıcılara daha düşük fiyatla satış yaptığını, bu fiyat farkı nedeniyle kendisinin de aralarında bulunduğu satıcıyla alım sözleşmesi yapmış (bağlı) alıcıların daha az kâr elde ettikleri ve faaliyetlerine son vermek zorunda kaldıklarını iddia etti. İngiltere Temyiz Mahkemesi, kartel üyelerinin birbirleri aleyhine tazminat davası açmasını engelleyen iç hukuk hükmü nedeniyle önkarar usulü ile ATAD’a başvurdu. ATAD şu gerekçelerle alıcıyı haklı bulmuştur:

*“Rekabeti kısıtlayan veya bozan bir anlaşma ya da davranış nedeniyle zarara uğrayan herkes zararının tazminini talep edemez ise, ABA madde 85/I’deki yasağın uygulamadaki etkinliği önemli ölçüde azalır. Bu şekildeki (zarar gören herkese tanınacak) bir*

*tazminat talebi AB rekabet kurallarının etkinliğinin artmasının yanı sıra, rekabete aykırı -ve çoğunlukla gizli olan- anlaşma ve davranışlardan kaçınılmasını da sağlar. Bu bakımdan, ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları Birlik içinde etkin bir rekabetin sağlanmasına önemli katkılar sağlayabilir. Dolayısıyla, rekabet kurallarına aykırı bir anlaşmanın tarafının dahi dava açabilme imkânı (iç hukuk hükümleriyle) peşinen kısıtlanamaz.”*

Karar, tazminat isteyebilecek kişilerin kapsamını son derece genişletmiştir. Hatta, istemde bulunanın kartel anlaşmasının tarafı olması dahi sorun teşkil etmeyecektir. Ancak hemen belirtelim ki, kararın devamında “hiç kimse hukuka aykırı davranışından menfaat sağlayamaz” prensibi gereği rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşıyan tarafa tazminat hakkının tanınmayacağı şu ifadelerle dile getirilmiştir:

*“Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın taraflarından birinin kendi hukuka aykırı davranışına dayanarak tazminat talep etmesini yasaklayan bir iç hukuk kuralı, ancak onun rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşımaması halinde, AB hukukuyla bağdaşır. Davaya bakan mahkemeye, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma nedeniyle zarara uğradığı iddiasında bulunan tarafın sözleşme koşullarını müzakere özgürlüğünün ve zararını önleme veya azaltmaya yönelik hukuki imkânlarının bulunup bulunmadığı yahut önemli ölçüde kısıtlanmış olup olmadığının araştırılması gerekir.”*

Buna göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda, ancak sözleşme koşulları kendisine empoze edilmiş olan taraf tazminat talep edebilecektir<sup>9</sup>. Böylece, tazminat hükümleriyle sağlanan korumanın kartel üyelerini kapsamadığı, zira geçersizlik yaptırımının kartel üyeleri için yeterli bir koruma oluşturduğu şeklindeki görüş değerini yitirmiştir<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sözleşme koşullarının empoze edilmesi genellikle dikey anlaşmalarda karşılaşılan bir durum olmakla birlikte, yatay anlaşmalarda da ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, bir kota kartelinde, kartel üyesi küçük teşebbüsler kapasitelerinin oldukça altında olmasına rağmen, büyük teşebbüslerce kendilerine tahsis edilen kotaları -kartel içinde yer almamaları halinde maruz kalabilecekleri ve pazar dışına itilmeye kadar varan daha büyük olumsuzluklar sebebiyle- kabullenmek zorunda kalabilmektedirler (LANGEN, E. ve H. J. BUNTE (2007), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 10. Auflage, Luchterhand, § 33, N.34).

<sup>10</sup> Langen ve Bunte 2007, § 33, N.24.

Belirli koşullar altında da olsa, kartel üyelerine tazminat hakkı tanınmış olması olumludur. Zira, gizli kartel anlaşmalarının üçüncü kişilerce açığa çıkarılması çoğu kez olanaksız olduğu düşünüldüğünde, kartel üyelerinin tazminat isteyebilmelerinin *per se* yasaklanmaması rekabet ihlalleriyle etkin biçimde mücadele imkanı sağlar<sup>11</sup>.

Karar, iç hukuk hükümlerinin AB rekabet kurallarının ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarını engelleyici (ve dolayısıyla bu kuralların etkinliğini azaltıcı) nitelikte olamayacağına dikkat çekmesi ve üye devletlere bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirmesi bakımından önemlidir. Ayrıca karar, ATAD'ın AB rekabet hukukuyla hedeflenen amaçlara ulaşma bakımından tazminat sorumluluğunu harekete geçirme eğilimini ortaya koymaktadır<sup>12</sup>.

Buna karşın, zarar gören herkese dava hakkı tanınmış olması dava açabileceklerin kapsamının belirlenmesinde tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Diğer yandan, ispat ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin konularda ortaya çıkabilecek sorunların çözümünün ulusal mevzuatlara bırakılmış olması bu alandaki belirsizliklerin devamına yol açmıştır<sup>13</sup>.

#### 1.2.1.2. “Manfredi” Kararı

Rekabet ihlaline dayalı tazminat talepleriyle ilgili önemli bir diğer karar “Manfredi” kararıdır. Karara konu olay şu şekilde gelişmiştir: İtalyan Rekabet Kurumu bazı sigorta şirketlerinin, sektörel bilgi alışverişinde bulunmak suretiyle sigorta primlerini belirlemeye yönelik kartel oluşturduklarına karar vermiş ve karar sigorta şirketlerinin itirazına rağmen yetkili mahkemece onaylanmıştı. Bunun üzerine, söz konusu şirketlerle sözleşme yapmış olan bazı tüketiciler, kartel anlaşması nedeniyle primlerin yükseldiği ve bu yüzden zarara uğradıkları gerekçesiyle tazminat davası açmışlardı. Davaya bakan mahkeme önkarar usulü ile ATAD'a başvurarak şu soruları yöneltti:

<sup>11</sup> ALEXANDER, C. (2007), “Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle- Ein Überblick”, Juristische Schulung, Heft: 2, s.112.

<sup>12</sup> WAGNER, G. (2007), “Schadenersatz bei Kartelldelikten”, German Working Papers in Law and Economics, Vol. 2007, Paper 18, s.7.

<sup>13</sup> HEİNE-MERNİK, R. (2002), Die Entwicklung eines autonomen europäischen Kartelldeliktsrechts, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Bremen, Bremen, s.202-203.

- ABA madde 81, kartel anlaşması nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin (somut olayda tüketicilerin) geçersizlik ve tazminat taleplerinde bulunmalarına imkân vermekte midir?
- Tazminat davasına bakan mahkeme, failerin elde ettiği menfaatin zarardan fazla olması durumunda ABA madde 81’de yasaklanan davranışlara yönelik caydırıcılığın sağlanması amacıyla re’sen cezalandırıcı tazminata (*Strafschadenersatz, punitive damages*) hükmetmeli midir?
- ABA madde 81’e dayanılarak açılan bir tazminat davasında, zamanaşımı süresinin işleminde kartelin gerçekleştiği mi, yoksa son bulduğu tarih mi esas alınmalıdır?

ATAD önüne gelen olayda, “*Courage*” kararına da atıfta bulunarak, üçüncü kişilerin tazminat istemi hakkında şu açıklamada bulunmuştur:

*“Herkes, ABA madde 81’e göre yasak olan anlaşmaların geçersizliğini ileri sürebilir ve meydana gelen zararının tazminini isteyebilir, yeter ki anlaşma veya davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağı mevcut olsun.”*

Böylece, ATAD zarar ve hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının varlığını davacılık sıfatının tanınması için yeterli görmüştür. Bu durumda, tüketiciler de dahil olmak üzere, dolaylı alıcılar zararlarının tazminini isteyebilecektir. Ancak, dolaylı alıcılarla ihlali gerçekleştirenler arasında her zaman karara konu olaydaki gibi somut bir sözleşme ilişkisi bulunmayabilir. Bu yüzden, zararın ve nedensellik bağının varlığını ispat etmek oldukça güçleşebilir.

Cezalandırıcı tazminat konusunda ise ATAD özetle şu görüşlere yer vermiştir:

*“Tazminatın kapsamının belirlenmesinde esas alınacak kriterler bu konuda Birlik hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, eşdeğerlik ve etkinlik ilkelerine (Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz) riayet edilmek şartıyla iç hukuk kurallarına bırakılmıştır. Eşdeğerlik prensibi gereği, şayet iç hukuk hükümlerine göre bakılan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilebiliyor ise, AB rekabet kurallarının ihlali nedeniyle görülen davalarda da hükmedilebilmesi gerekir.”*

Buna göre, AB rekabet kurallarının ihlalinden kaynaklanan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi prensip olarak sorun teşkil etmeyecektir. Bu kararlar, özellikle Alman hukukunda ileri sürülen ve cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılık oluşturacağına dair görüşler tartışmalı hale gelmiştir<sup>14</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin zorunlu olmadığı kararın devamında şu şekilde açıklanmıştır:

“...AB hukukunun teminat altına aldığı hakların korunması, ulusal mahkemelerin davacının sebepsiz (haksız) zenginleşmesine yol açmasını önleyici kararlar almasına engel değildir.”

Öte yandan, cezalandırıcı tazminatın kabul edilmediği ülkelerde aynı tür ihlallerde daha az tazminata hükmedilecek olması AB içinde farklı uygulamaları beraberinde getirecektir. Ayrıca, davaların yüksek tazminata hükmedilebilecek ülkelere taşınması sorunu (*forum shopping*) ile karşı karşıya kalınabilecektir<sup>15</sup>.

Manfredi Kararında tazminatın kapsamına yönelik tespitlerde de bulunulmuştur. Buna göre, zarar gören sadece fiilî zararını (*damnum emergens*) değil, aynı zamanda mahrum kaldığı kâr (*lucrum cessans*) ile birlikte faiz ödenmesini de isteyebilecektir.

ATAD zamanaşımı süresiyle ilgili olarak, bu meselenin esasen ulusal mevzuatlara bırakılmış olduğunu, ancak zamanaşımı süresinin kartelin meydana geldiği tarihte işleyeceği yönündeki bir iç hukuk hükmünün -özellikle sürenin çok kısa olması halinde- tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesini önemli derecede zorlaştırabileceğine işaret ederek, ulusal mahkemelerce bu yönde bir denetimin yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

ATAD'ın bu kararlar, “*Courage*” kararında ortaya koyduğu “*tazminat davalarına ilişkin iç hukuk hükümlerinin AB rekabet normlarının etkinliğini azaltıcı nitelikte olamayacağı*” yönündeki

<sup>14</sup> HÖLZEL, N. (2007), Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 65, Halle, s.17.

<sup>15</sup> SEITZ, C. (2006), “Kommentar zum Urteil des EuGH Rs. C-295/04, Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.”, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, s.418.

yaklaşımını sürdürdüğü görülmektedir<sup>16</sup>. Ayrıca, üye ülke düzenlemelerinde yer alması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği, ancak bunun zorunlu olmadığı belirtilerek tazminat taleplerinin kapsamı ve zamanaşımı süreleriyle ilgili önemli tespitlerde bulunulmuştur.

### **1.2.2.1/2003 Sayılı Tüzük’le Getirilen Sistem Değişikliği**

17/62 Sayılı Tüzüğün ihtiyaçları karşılama yetersiz kalması AB’de yeni bir düzenleme ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda, 1/2003 Sayılı Tüzük (Tüzük) 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Yeni Tüzükle, Komisyon ile üye devlet rekabet otoriteleri ve mahkemeleri arasında işbirliğinin sağlanmasının yanı sıra, Komisyon ve ulusal rekabet otoritelerinin soruşturma ve inceleme yetkilerinin genişletilmesi hedeflenmiştir<sup>17</sup>. Ayrıca, Komisyon’un iş yükünün hafifletilerek ağır rekabet ihlalleriyle mücadelede daha fazla zaman ve kaynak ayırabilmesi amaçlanmıştır<sup>18</sup>.

Tüzükle birçok konuda yeni düzenlemeler getirilmiş olmakla birlikte, burada konumuzla ilgili olanlara değinmekle yetineceğiz.

Tüzükle getirilen en önemli yeniliklerden birisi, bildirim ve izin sisteminin terk edilerek *yasal istisna* sistemine geçilmesidir. Buna göre, ABA madde 81/I kapsamına giren anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ABA madde 81/III’teki koşulları taşımaları halinde ayrıca bir muafiyet kararına gerek olmaksızın hukuka uygun ve geçerli sayılırlar (Tüzük madde 1). Yeni sistemde teşebbüsler Komisyon’un muafiyet kararına artık ihtiyaç duymayacak, anlaşma, uyumlu eylem veya kararlarının ABA madde 81/III kapsamına girip girmediğini kendileri değerlendireceklerdir. Ancak, sonradan ortaya çıkabilecek bir ihtilaf üzerine Komisyon ya da ulusal rekabet otoriteleri veya mahkemeleri muafiyet koşullarının mevcut

<sup>16</sup> STOCKENHUBER, P. ve R. WITTMANN (2007), “Private enforcement” jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtpraxis?”, *Wohnrechtliche Blätter*, Heft: 12, s.333.

<sup>17</sup> ERDEM, H.E. (2007), 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, *Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler*, İstanbul, s.206.

<sup>18</sup> WEITBRECHT, A. (2003), “Das neue EG-Kartellverfahrensrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, s.69.

olmadığına karar verebilecektir. Böylece, 17/62 Sayılı Tüzükte öngörülen *ex-ante* muafiyet denetimi yerine *ex-post* muafiyet denetimi getirilmiştir<sup>19</sup>.

Tüzüğün 3. maddesi ile ulusal rekabet otoriteleri ve mahkemelere, üye ülkeler arasındaki ticareti olumsuz etkileyen rekabet karşıtı anlaşma veya davranışlara iç hukuk hükümlerinin yanında AB rekabet kurallarını da uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece, AB rekabet kurallarının Ortak Pazar'da etkin biçimde uygulanması ve eşit rekabet koşullarının sağlanması amaçlanmıştır<sup>20</sup>. Ayrıca, farklı yorumlar ve uygulamaların önüne geçmek amacıyla üye devlet mahkemelerinin Komisyon'dan bilgi ve görüş isteyebilecekleri öngörülmüştür (Tüzük madde 15).

Tüzüğün 5 ve 6. maddeleriyle ulusal mahkemeler ve rekabet otoriteleri ABA madde 81 ve 82'yi doğrudan uygulama konusunda yetkili kılınarak AB rekabet hukukunun uygulanmasına aktif olarak katılmaları sağlanmıştır<sup>21</sup>.

Ayrıca, üye devlet mahkemelerinin Komisyon kararları ile çelişen kararlar vermesi engellenmiştir (Tüzük madde 16). Böylece Komisyon kararları bağlayıcı hale getirilmiş, özel hukuk davalarında davacıya Komisyon kararlarına dayanmak suretiyle ABA madde 81 ve 82'ye aykırılığı ispatlama kolaylığı sağlanmıştır<sup>22</sup>.

Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, Komisyon merkezli denetim-yaptırım sistemi yerine, üye ülke rekabet otoritelerinin ve mahkemelerinin de uygulamaya aktif bir şekilde katılımını sağlayan ve AB rekabet hukukunun uygulanmasında merkezîyetçi yapıya son veren yeni bir sistemin benimsendiği görülür<sup>23</sup>. Özellikle, yasal istisna sistemi nedeniyle *ex-post* denetimin güçlenmiş olması, rekabet ihlalleriyle mücadelede özel

<sup>19</sup> HAMMER, J. (2004), "Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003", ERA-Forum, Vol. 5, No: 1, s.8; Erdem 2007, s.208.

<sup>20</sup> Tüzük (8) Nolu Gerekeçe.

<sup>21</sup> Tüzük (7) Nolu Gerekeçe.

<sup>22</sup> Hölzel 2007, s.20.

<sup>23</sup> WISSENBACH, K. (2006), Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder –Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 60, Halle, s.8.



hukuk yaptırımlarının -ve dolayısıyla tazminat davalarının- önemini artırmıştır<sup>24</sup>.

### 1.3. Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları

Gerek ATAD kararları, gerekse 1/2003 Sayılı Tüzük'le yasal istisna sistemine geçilmiş olması AB'de tazminat davalarına ilişkin reform çalışmalarının başlatılmasında önemli derecede etkili olmuştur. Bu kapsamda, ilk olarak Komisyon tarafından Ashurst isimli bir hukuk bürosuna üye ülkelerdeki tazminat taleplerine ilişkin mevcut uygulamalar ve bu alandaki sorunların tespitine yönelik bir araştırma yaptırılmıştır.

Araştırma sonucu hazırlanan raporda<sup>25</sup>, 25 üye ülkedeki tazminat taleplerine ilişkin uygulamaların önemli ölçüde farklılıklar gösterdiği ve yeterince gelişmemiş olduğu ifade edilmiştir<sup>26</sup>. Bunun başlıca nedenleri arasında, üye ülkelerin bir çoğunda rekabet ihlallerindeki tazminat istemlerine yönelik spesifik düzenlemelerin bulunmaması, toplu dava imkânının olmaması, cezalandırıcı tazminata yer verilmemiş olması, kusura dayalı sorumluluk esasının benimsenmiş olması, delillerin toplanması ve ispat yüküne ilişkin kolaylıklar sağlanmamış olması, ulusal mahkemelerin diğer ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerinin kararlarıyla bağlı olmaması, zamanaşımı sürelerinin farklı olması, yargılama masraflarının davayı kaybeden tarafça karşılanması ve başarıya endeksli avukatlık ücretinin (*Erfolgshonorar, contingent fee*) yasak olması gösterilmiştir.

Bu tespitleri dikkate alan Komisyon, yayınladığı "AB Rekabet Hukuku'nun İhlali Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarına İlişkin Yeşil Kitap" (Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts)<sup>27</sup> ile tazminat davaları alanındaki sorunlara yönelik çözüm önerilerini kamuoyunun tartışmasına açmıştır. Ayrıca, Komisyon bünyesindeki Rekabet Genel Direktörlüğü'nce bu konuda hazırlanmış olan Çalışma Belgesi'nde (Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen:

<sup>24</sup> Wagner 2007, s.1; BORNKAMM, J. ve M. BECKER (2005), "Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts", Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Heft: 3, s.215.

<sup>25</sup> ASHURST REPORT (2004), Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report, Ashurst, Brussels, s.1.

<sup>26</sup> Bu konuda raporda somut verilere de yer verilmiş, AB' de açılan tazminat davası sayısının 60 olduğu, bunlardan sadece 12 tanesinin AB hukuku ihlaline dayandığı ve 8'inin tazminatla sonuçlandığı ifade edilmiştir (s.1).

<sup>27</sup> KOM (2005) 672, 19.12.2005. (Aşağıda "Yeşil Kitap" olarak adlandırılacaktır.)

Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts)<sup>28</sup> Yeşil Kitap'taki öneriler hakkında açıklamalara ve ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir. Bir süre sonra, AB Parlamentosu Yeşil Kitap Hakkındaki Kararı (Entschliessung des europäischen Parlaments zu dem Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts)<sup>29</sup> ile tazminat davaları alanında Komisyon tarafından yapılması gereken düzenlemelere işaret etmiştir. Parlamento ve ilgili çevrelerin (dernekler, meslek örgütleri, birlikler, ilgili kurum ve kuruluşların) Yeşil Kitap hakkındaki görüşlerini açıklamalarının ardından, Komisyon 2 Nisan 2008'de yayınladığı “AB Rekabet Hukuku'nun İhlali Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarına İlişkin Beyaz Kitap” (Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts)<sup>30</sup> ve buna dair Çalışma Belgesi (Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules)<sup>31</sup> ile yapılması gereken düzenlemeler hakkında somut öneriler sunmuş, ilgili kesimleri bir kez daha görüşlerini açıklamaya davet etmiştir.

Beyaz Kitap'ya yer alan önerilerin şekillendirilmesinde, ATAD kararlarının yanı sıra Yeşil Kitap hakkındaki görüş ve eleştirilerin de dikkate alındığı görülmektedir. Ayrıca, ABD ve bazı üye ülke uygulamalarından esinlenilmiş; fakat AB hukuk kültürü ile bağdaşmayacak düzenlemelerden kaçınmaya çalışılmıştır. Beyaz Kitap'taki öneriler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tazminat davalarını daha etkin, yaygın ve kolay hale getirmeye yönelik metodlara yer verildiği görülmektedir.

Beyaz Kitap iki ana başlıktan oluşmaktadır. İlkinde, Beyaz Kitap'ın yayınlanma gerekçe ve amacına, ikincisinde çözüm önerilerine değinilmiştir. Beyaz Kitap'ın gerekçesi özetle şu şekilde açıklanmıştır<sup>32</sup>:

*“ATAD kararlarında da vurgulandığı üzere, ABA madde 81 ve 82'nin ihlali nedeniyle zarar gören kişi ve teşebbüslerin failden tazminat talep edebilmeleri mümkündür. Tazminat talepleri ile ilgili olarak üye devletlerin etkin bir hukuki yapı oluşturma yükümlülüğü bulunmasına*

<sup>28</sup> SEC (2005) 1732, 10.02.2006. (Aşağıda “Çalışma Belgesi 2006” olarak adlandırılacaktır.)

<sup>29</sup> 2006/2207 (IN), 25.4.2007. (Aşağıda “Parlamento Kararı” olarak adlandırılacaktır.)

<sup>30</sup> KOM (2008) 165, 2.4.2008. (Aşağıda “Beyaz Kitap” olarak adlandırılacaktır.)

<sup>31</sup> SEC (2008) 404, 2.4.2008. (Aşağıda “Çalışma Belgesi 2008” olarak adlandırılacaktır.)

<sup>32</sup> Beyaz Kitap, s.2.

*rağmen sadece bir kısmı bu alanda bazı adımlar atmıştır. AB rekabet kurallarının ihlalden zarar görenler bu güne kadar nadiren tazminat alabilmiştir ve talep edil(e)meyen tazminat miktarı her yıl milyarlarca Euro'ya ulaşmaktadır.*

*Bunun en önemli sebebi, üye devletlerin tazminat davaları hakkındaki maddi hukuk ve usul hukuku düzenlemelerinin içerdiği engellerdir. Esasen, tazminat gerektiren durumlar geleneksel sorumluluk hukuku ve usul hukuku kurallarınca göz önünde bulundurulmayan hususiyetler taşımaktadır. Bunlar arasında, vakıaların ve ekonomik bağlantıların tespit ve analizinin oldukça karmaşık oluşu, ihlalin ispatı bakımından önemli ve fakat davalının hâkimiyeti altında bulunan delillere ulaşmadaki güçlükler, hükmedilecek muhtemel tazminat miktarı ile davayı kaybetmenin yol açacağı maliyetler arasındaki fark sayılabilir. Rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarının arzulan etkinliğe kavuşmamış olması sorunu, bu alanda AB çapında asgari standartlar getirilmesi suretiyle tekdüze uygulamaların ve hukuk güvenliğinin sağlanmasıyla giderilebilir.”*

Beyaz Kitap'ın amacı hakkında ise şu ifadeler yer verilmiştir<sup>33</sup>:

*“Öncelikli hedef, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin zararlarının tam olarak giderilmesini sağlayabilmek için hukuki yapının bunlar lehine iyileştirilmesidir. Ancak etkin bir tazminat sistemi sayesinde rekabet ihlallerinin yol açtığı maliyetler zarar görenler ve rekabeti ihlâl etmeyen teşebbüsler yerine, failer üzerinde bırakılabilir. Ayrıca, böyle bir sistem birçok ihlalin ortaya çıkmasına imkân verdiğinden rekabet ihlalleri üzerinde önemli derecede caydırıcılık ta sağlanabilecektir.”*

Bahsi geçen amaçlara ulaşma bakımından, AB hukuk kültürü ve geleneğine uygun tedbirlere yer vermeye çalışıldığı vurgulanmıştır. Ayrıca, ATAD'ın kural olarak zarar gören herkesin tazminat isteyebileceği yönündeki içtihatları doğrultusunda, “önerilen tedbirlerin zarar gören tüm grupları, ABA madde 81 ve 82'nin her türlü ihlâl biçimini ve tüm ekonomi dallarını kapsadığı” belirtilmiştir.

<sup>33</sup> Beyaz Kitap, s.3-4.

Aşağıda, sırasıyla Yeşil Kitap'taki alternatif çözüm önerileri, AB Parlamentosu'nun bu konudaki görüşleri ve nihayet Beyaz Kitap'ta yer alan öneriler hakkında bilgi vereceğiz.

#### 1.4. Reform Çalışmalarında Ele Alınan Meseleler ve Çözüm Önerileri

##### 1.4.1. Delillerin Açığa Çıkarılması ve İspat Kolaylığı

Rekabet ihlaline dayalı tazminat davaları alanındaki temel sorunlardan biri, delillerin çoğu kez ihlali gerçekleştirenlerin hâkimiyeti altında olması ve davacının bunlara ulaşmasındaki güçlüklerdir. Bu sorun, henüz rekabet otoritesince ihlale ilişkin bir karar verilmeden önce açılan davalarda (*stand-alone action*) daha fazladır. Oysa, davacının delillere ulaşmasının önündeki engellerin giderilmesi tazminat davalarının yaygınlaşması bakımından son derece önemlidir. Komisyon, Yeşil Kitap'ta delillerin açığa çıkarılması konusunda üye ülkelerde farklı düzenlemeler bulunduğu işaret ederek, bu alanda uygulama birliği ve etkinlik sağlamak amacıyla getirilebilecek bazı çözüm önerilerini seçenekler halinde sunmuştur<sup>34</sup>.

İlk öneri, taraflardan birisinin hukuki olguları detaylı bir şekilde ortaya koyması ve diğer tarafın hâkimiyeti altındaki delilleri belirtmesi halinde (*Fact-Pleading*) mahkemenin söz konusu delillerin ortaya çıkartılmasına karar verebilmesidir. Ancak, mahkemenin bu kararı ihtilafı ilgili ve aleyhinde iddiada bulunan tarafa aşırı külfet gerektirmeksizin erişilebilen dökümanlarla sınırlı olmalıdır. Ortaya çıkarılacak delillerin tespitinde inisiyatif iddiada bulunan taraf yerine mahkemeye bırakılarak bu konuda aşırılığa kaçılması önlenmek istenmiştir.

İkinci öneri, Fact-Pleading sonrasında, mahkeme kararıyla bazı dökümanların ortaya çıkarılmasının zorunlu kılınması şeklindedir. Böylece, taraflarca belirtilmemiş olsa bile ispat bakımından önemli olan dökümanların ibrazı sağlanabilecektir.

Üçüncü öneri, Fact-Pleading sonrasında, taraflara ellerindeki belgelerin listesini diğer tarafa sunma yükümlülüğü getirilmesidir. Şayet mahkeme listeyi sunan tarafın ağır bir zarara maruz kalmayacağına kanaat getirirse diğer taraf listede yer alan belgelere erişebilecektir. Ancak bu yöntem, listedeki verilerin gerçeği yansıtmayabileceği, teşebbüslere aşırı

<sup>34</sup> Yeşil Kitap, s.6; Çalışma Belgesi 2006, s.34 vd. (Opsiyon 1-5).

külfet getireceği ve dava masraflarını artıracığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>35</sup>.

Dördüncü öneri, belgelerin açıklanmasını temin amacıyla tarafların dava konusu delilleri yok etmeleri halinde, para ya da hapis cezasına çarptırılmaları ve/veya iddia ve savunmalarının dikkate alınmaması şeklinde usule ilişkin yaptırımlar getirilmesidir.

Beşinci öneri, mahkemelere ihlale ilişkin delillerin korunması için hızlı, etkin ve geçici önlemlerin alınmasına karar verebilme yetkisinin tanınmasıdır. Bu yöntemin etkin biçimde uygulanabilmesi amacıyla, taraflara henüz dava açılmadan önce de hâkimden söz konusu önlemleri almasını isteme imkânı getirilmektedir. Ancak bunun için, talepte bulunan tarafın ihlalin varlığına inandırıcı delilleri sunması gerekir.

Bu önerilere getirilen temel eleştiri, birçoğunun ticari sırların ortaya çıkmasına yol açabilecek (ya da bu amaçla kötüye kullanılacak) nitelikte olması<sup>36</sup> ve üye ülkelerin tümünde işletme sırlarını korumaya yönelik yeterli düzenlemelerin bulunmamasıdır<sup>37</sup>.

Komisyon, tazminat davalarında ispat yükünün davacıda olmasının getirdiği sorunları da dikkate almış ve Yeşil Kitap'ta bu konuda bazı çözüm önerileri getirmiştir<sup>38</sup>.

Bunlardan ilki, ihlalin varlığının tespitine ilişkin rekabet otoritelerince verilen kararların mahkemeleri bağlayıcı olması ya da böyle

---

<sup>35</sup>BUNDESMINISTERIUM FÜR SOZIALE SICHERHEIT, GENERATIONEN UND KONSUMENTENSCHUTZ (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, [http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/bundesministerium\\_fur\\_ssgk\\_de.pdf](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_ssgk_de.pdf), Erişim Tarihi: 02.01.2009, s.6.

<sup>36</sup>ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS E.V. FRANKFURT AM MAIN (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, <http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264>, Erişim Tarihi:05.01.2009, s.3.

<sup>37</sup>BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E.V. (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,

[http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/bdi.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf),

Erişim Tarihi: 03.01.2009, s.5.

<sup>38</sup>Yeşil Kitap, s.7; Çalışma Belgesi 2006, s.36-37 (Opsiyon 8-10).

bir kararın varlığı halinde ispat yükünün yer değiştirmesidir. Böylece, rekabet otoritesi kararı sonrasında açılan davalarda (*follow-on action*) davacıya önemli ölçüde ispat kolaylığı getirilmektedir. Ancak bu öneri mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>39</sup>. Ayrıca, bağlayıcılık etkisinin, ancak rekabet otoritesi önünde hukuki dinlenilme hakkını kullanmış olan teşebbüslerle sınırlı tutulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>40</sup>.

İkinci öneri, taraflar arasında bilgi asimetrisinin söz konusu olduğu durumlarda ispat yükünün davacı lehine yer değiştirmesidir.

Üçüncü öneri ise, davalının haklı gerekçeler olmaksızın delilleri ortaya çıkarmaktan kaçınması halinde, davacının iddialarını ispat ettiğinin varsayılması ya da ispat yükünün (davalı aleyhine) yer değiştirmesi veya hakim in bu hususu delillerin değerlendirilmesinde dikkate alabilmesidir.

AB Parlamentosu ise, rekabet kurallarını uygulayan otoritelerin ispat yükü bakımından homojen kriterlere göre karar vermeleri ve taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, rekabet otoritelerince verilmiş ve kesinleşmiş kararların, aleyhine karar verilen tarafın özel hukuk davalarında kusurlu olduğu yönünde karine oluşturması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bunun için, davalıya rekabet otoritesince yürütülen soruşturma kapsamında kendisini savunma imkânı verilmiş olmalıdır<sup>41</sup>.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta taraflar arasındaki bilgi asimetrisini bertaraf edici önlemler alınması ve delillere erişimin kolaylaştırılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Yeşil Kitap'taki önerilere yönelik bazı eleştirileri dikkate alarak, delilleri açığa çıkarmaya ilişkin yükümlülüklerin yol açacağı sakıncaların (özellikle kötüye kullanma riskinin) giderilmesi gerektiğine işaret etmiş ve şu önerileri getirmiştir<sup>42</sup>:

- Üye devlet mahkemeleri, belirli koşullarda taraflar ya da üçüncü kişilere davayla ilgili delilleri açığa çıkarmalarını emredebilmelidir.
- Mahkemelerce bu yönde bir karar verilebilmesi için davacının,

<sup>39</sup> LÜBBİG, T. ve M. LE BELL (2006), "Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen", Wettbewerb in Recht und Praxis, s.1212.

<sup>40</sup> Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main 2006, s.4.

<sup>41</sup> Parlamento Kararı, N.11, 13.

<sup>42</sup> Beyaz Kitap, s.5-6.

- Tüm vakıalar ile makul şekilde erişilebilir nitelikteki delilleri belirtmesi ve bunların kendisinin rekabet ihlali sonucu zarar görmüş olduğuna inandırıcı nitelikte olması,
  - İddialarının temellendirilmesi için gerekli olan delilleri sunmasının başka şekilde mümkün olmadığını mahkemeyi ikna edecek biçimde ortaya koyması,
  - Açığa çıkartılmasını talep ettiği farklı delil kategorilerini tam olarak bildirmesi,
  - delillerin açığa çıkarılması yönündeki talebinin dava bakımından önemli, gerekli ve makul olduğuna mahkemeyi inandırması gerekir.
- Pişmanlık programı kapsamındaki beyanlar ve rekabet otoritelerince yürütülen soruşturmaların gizliliğine hanel gelmemesi için gerekli koruma sağlanmalıdır.
  - İlgili delillerin yok edilmesinin veya bu delillerin açığa çıkarılması yönündeki mahkeme kararına uyulmamasının önüne geçilebilmesi için mahkemelerin -ilgili taraf aleyhine karar verebilme imkânı da dahil olmak üzere- gerekli caydırıcı yaptırımları uygulama yetkisine sahip olmaları gerekir.

Ayrıca, Komisyon ulusal rekabet otoritelerinin kararlarının ardından açılan davalar bakımından ispat kolaylığı sağlamaya yönelik bir öneri getirmiştir. Buna göre, “ulusal mahkemeler ABA madde 81 ve 82’nin kapsamına giren bir davranışla ilgili olarak bakmakta oldukları tazminat davalarında, söz konusu davranışın rekabeti ihlâl ettiğine dair Avrupa Rekabet Ağı’na dahil bir üye ülke rekabet otoritesi ya da mahkemesi tarafından daha önce verilmiş ve kesinleşmiş kararlara aykırı kararlar veremeyeceklerdir.”<sup>43</sup>

Bu sayede, hem tazminat davasına bakan mahkemenin hakkında daha önce karar verilmiş bir ihlale ilişkin ikinci bir inceleme yapması nedeniyle oluşacak zaman ve masraf kaybı önenebilecek, hem de ABA

---

<sup>43</sup> Önerinin mefhum-u muhalifinden,

i) ECN’ye dahil olmayan üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerince verilmiş,  
ii) ECN’ye dahil bir üye devlet rekabet otoritesince veya mahkemesince verilmiş ve fakat henüz kesinleşmemiş,  
iii) ECN’ye dahil bir üye devlet rekabet otoritesince veya mahkemesince ilgili davranışın rekabeti ihlâl etmediği yönündeki kararların bağlayıcı etkiye sahip olmayacağı sonucu çıkmaktadır.

madde 81 ve 82'nin tek düze uygulanması suretiyle hukuk güvenliği sağlanabilecektir<sup>44</sup>.

#### 1.4.2. Tazminat Sorumluluğunun Dayandığı Esas

Rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarında yaşanan sorunlardan bir diğeri, davalının ihlaldeki kusurunu ispatlamada karşılaşılan güçlüklerdir. Komisyon, ABA madde 81 ve 82'ye aykırılık sebebiyle tazminat istenebilmesi için kusurun varlığının gerekip gerekmediği konusunda üye ülkelerde farklı uygulamaların bulunduğuna işaret etmiştir. Buna göre, üye ülkelerin bir kısmında kusursuz sorumluluk esasını benimsenmekte<sup>45</sup>, bir kısmında ise hukuka aykırılığın tespiti aynı zamanda kusurun varlığı yönünde karine oluşturmaktadır<sup>46</sup>. Komisyon, davacı lehine ispat kolaylığı sağlayan bu tür uygulamalara müdahale etme gereksinimi duymamaktadır.

Buna karşın, bazı üye ülkelerde tazminata hükmedilebilmesi için kusur şartı aranmaktadır<sup>47</sup>. Davacıya kusurun varlığını ispat yükü getiren bu tür düzenlemeler tazminat davaları üzerinde negatif bir etki doğurmaktadır. Bu olumsuzluğun giderilmesi amacıyla Komisyon Yeşil Kitap'ta bir takım öneriler getirmiştir<sup>48</sup>.

Getirilen önerilerden ilki, kusurun sorumluluk şartı olmaktan çıkartılması ve hukuka aykırı davranışın işlenmiş olmasının bizatihi kusur olarak değerlendirilmesi, ya da hukuka aykırılığın kusurun varlığı bakımından kesin karine oluşturmasıdır. Komisyon, böyle bir düzenlemenin ATAD kararlarına da uygun olduğunu ve rekabet ihlallerinin yarattığı ciddi sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda davalılar yönünden gayri adil bir uygulama oluşturmayacağını belirtmiştir.

İkincisi, hukuka aykırı davranışın işlenmiş olmasının bizatihi kusur teşkil etmesi şeklindeki kuralın sadece ağır ihlaller bakımından söz konusu olmasıdır.

<sup>44</sup> Beyaz Kitap, s.6-7.

<sup>45</sup> Bunlar arasında Çek Cumhuriyeti, İrlanda, Kıbrıs, Slovakya ve İngiltere yer almaktadır (Çalışma Belgesi, 2006, s.38, dn.65).

<sup>46</sup> Söz konusu ülkeler Belçika, Almanya, Estonya, Fransa, İtalya, Letonya, Litvanya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Hollanda, Avusturya ve Slovenya'dan oluşmaktadır. (Çalışma Belgesi 2006, s.38, dn. 66).

<sup>47</sup> Bunlar Danimarka, Yunanistan, İspanya, Polonya, Portekiz, Finlandiya ve İsveç'tir (Çalışma Belgesi 2006 s.38).

<sup>48</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.40-41 (Opsiyon 11-13).



Üçüncüsü, rekabet normlarının ihlalinin ortaya konması kusurun varlığına delalet etmekle birlikte, davalıya ihlalin fiilî ya da hukuki hatasından kaynaklandığını ispat edebilme olanağının tanınmasıdır. Her ne kadar burada hukuka aykırılığının tespiti davalı aleyhine bir durum yaratmakta ise de, davalı iyiniyetli olarak (fiilin hukuka aykırı olmadığı düşüncesiyle) hareket etmiş olması halinde tazminat ödemekten kurtulabilecektir. Bu öneri, “hukuka aykırılığın, kusurun varlığı bakımından kesin karine oluşturması” yönündeki öneriye nazaran davacı açısından daha az güvence sağlamaktadır ve zarar görenlerin bazı durumlarda tazminat alamamalarına yol açabilecek niteliktedir. Ancak, bu olumsuzluk teşebbüslerin basiretli davranışları yönündeki yükümlülüklerinin artırılmasıyla önemli ölçüde giderilebilecektir.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta kusursuz sorumluluk esasının benimsendiği ve hukuka aykırılığın aynı zamanda kusurun varlığına dair karine oluşturduğu üye ülke uygulamalarının sorun yaratmadığı şeklindeki düşüncelerini tekrarlamıştır. Davacıya kusurun varlığını ispat yükü getiren düzenlemelerin tazminat davaları üzerindeki olumsuzluklarının azaltılması bakımından ise şu öneride bulunmuştur<sup>49</sup>:

• ABA madde 81 veya 82'nin ihlâl edildiğinin zarar gören tarafından ispatlanması durumunda, fail meydana gelen zarardan sorumlu olmalıdır, meğer ki ihlalin *mazur görülebilir bir hatadan kaynaklandığını* ispatlayabilsin.

• Davranışın rekabeti ihlâl ettiğinin basiretli bir kişi tarafından dahi bilinmeyecek olması halinde *mazur görülebilir bir hata* söz konusudur.

### **1.4.3. Tazminatın Kapsamı**

Rekabet ihlali neticesi meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla sınırlı olan geleneksel tazminat anlayışı, zarar görenleri dava açma konusunda yeterince teşvik etmemekte ve rekabet ihlalleri ile mücadelede yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle, ABD gibi bazı ülkelerde tazminat davalarını teşvik etmek ve ihlaller üzerindeki caydırıcılığı artırmak amacıyla zarar görenler lehine üç kat tazminata hükmedilebilmektedir.

Geleneksel tazminat anlayışının sakıncalarını göz önünde bulunduran Komisyon, tazminatın kapsamını genişletmek ve bu sayede

<sup>49</sup> Beyaz Kitap, s.7-8; Çalışma Belgesi 2008, s.52-54.

tazminat davalarını yaygınlaştırmak amacıyla Yeşil Kitap'ta bazı öneriler getirmiştir<sup>50</sup>.

Bunlardan ilki, zarar görenin failin ihlalden elde ettiği kazancı isteyebilmesidir. Bu konuda iki ayrı yol izlenebilecektir:

- a) Zarar görenin, failin ihlalden sağladığı kazancın tamamını talep edebilmesi, daha sonra bunun tüm zarar görenler arasında paylaşılması.
- b) Zarar görenin, failin ihlalden sağladığı kazancın tamamını değil, kendisiyle yaptığı işlemlerden elde ettiği kazancı talep edebilmesi.

İkinci öneri, rekabeti kısıtlayan yatay anlaşmalarda -otomatik ya da mahkemenin takdirine bağlı olarak- iki katı tazminata hükmedilmesidir. Bu öneri çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. İlk olarak, iki katı tazminatın cezalandırma niteliği taşıdığı ve bu yüzden devletin cezalandırma erkine müdahale teşkil edeceği belirtilmiştir<sup>51</sup>. Ayrıca, pişmanlık programları üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceği, caydırıcılığın yüksek idari para cezaları veya diğer cezalarla da sağlanabileceği ileri sürülmüştür<sup>52</sup>. Bunun dışında, uyuşmazlıkların taraflar arasındaki sulh anlaşmaları ile mahkeme dışında çözümlenmesini teşvik ettiğinden, AB rekabet kurallarının tek düze ve etkin biçimde uygulanması yönündeki toplumsal yarardan ziyade bireysel menfaatlara hizmet edeceği, failerin müteselsilen sorumlu olacakları düşünüldüğünde teşebbüslerin iflasına neden olabileceği ifade edilmiştir<sup>53</sup>.

Üçüncü öneri, tazminat davalarını teşvik etmek amacıyla faizin, ihlalin ya da zararın gerçekleştiği tarihten itibaren işletilmesidir. Bu kapsamda, faiz oranlarının artırılması ve/veya bileşik faiz uygulanması bir diğer seçenek olarak sunulmuştur.

<sup>50</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.53-54 (Opsiyon 14-17).

<sup>51</sup> DEUTSCHER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMERTAG (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, [http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz\\_wettbewerb.pdf](http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz_wettbewerb.pdf), Erişim Tarihi: 05.01.2009, s.4.

<sup>52</sup> Hölzel 2007, s.29.

<sup>53</sup> DIEMER, C. (2006), "The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", European Competition Law Review, Vol. 27, s.315.

AB Parlamentosu ise, sebepsiz zenginleşmeye yol açmaması amacıyla, tazminatın fiilî zararı ve uğranılan kaybı aşmaması ve özellikle cezalandırıcı tazminatla ilgili olarak üye devletlerin kamu düzenlerinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, faizin ihlâl tarihinden itibaren hesaplanmasını önermiştir<sup>54</sup>.

Komasyon Beyaz Kitap'ta ATAD'ın "Manfredi" kararında ne tür zararların tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin tespitlerine katıldığını belirtmiştir. Hatırlanacağı üzere, söz konusu kararda, zarar görenlerin uğradıkları gerçek zararın tam olarak giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, zarar görenler rekabet ihlali neticesinde uğradıkları fiilî zararların ve mahrum kaldıkları kârın yanısıra faiz de talep edebileceklerdir<sup>55</sup>. Ancak, asıl sorun zararın hesaplanmasında ortaya çıkmaktadır. Zira, zarar görenin ihlâl sonrası ekonomik durumu ile, şayet ihlâl gerçekleşmeseydi içinde bulanacağı durum arasındaki farkın tam olarak hesaplanması oldukça zordur ve hatta çoğu kez mümkün olmayabilir. Bu nedenle, Komasyon zararın hesaplanmasında karşılaşılan güçlükleri gidermek amacıyla, farklı metotlar içeren ve üye ülkeler bakımından bağlayıcılığı olmayan bir rehber hazırlanacağını belirtmiştir

#### **1.4.4. Zararın Yansıtılması Savunması ("passing on defence") ve Dolaylı Alıcıların Dava Hakkı**

Kartel anlaşması veya hâkim durumun kötüye kullanılması neticesinde mal veya hizmetlerin fiyatlarının artması, doğrudan alıcıların rekabetin ihlâl edilmediği piyasalara nazaran daha yüksek fiyat ödemelerine ve zarar görmelerine neden olur. Ayrıca, doğrudan alıcıların zararlarının bir kısmını ya da tamamını bayi, perakendeci, tüketici gibi sonraki (dolaylı) alıcılara yansıtılmaları halinde bunlar da ihlâl sebebiyle zarara uğrayabilirler.

Bu konuda iki önemli sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, doğrudan alıcı tarafından açılan tazminat davasında mahkemenin zararın kısmen veya tamamen sonraki alıcılara yansıtılmış olmasını dikkate alıp almayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, davalının zararın sonraki alıcılara

<sup>54</sup> Parlamento Kararı, N.17, 18. Parlamento Kararı'nın taslak metninde yer alan "kartel anlaşmalarında mahkemelere zararın iki katı tazminata hükmetme yetkisi" nihai metinde yer almamıştır. Taslak metni için bkz

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0133&language=DE&mode=XML#title1>, Erişim Tarihi: 05.01.2009.

<sup>55</sup> Beyaz Kitap, s.8.

yansıtıldığı yönündeki savunmasına itibar edilip edilmeyeceğidir. İkincisi ise, dolaylı alıcıların zararlarının tazminini isteyip isteyemeyeceğidir.

Amerikan hukukunda, zararın yansıtılması (intikali) savunması prensip olarak dikkate alınmamakta ve dolaylı alıcıların tazminat istemleri kabul edilmemektedir<sup>56</sup>. Nitekim, Federal Mahkeme 1968 yılında verdiği “*Hannover Shoe*” kararında, zararın yansıtılması savunmasının yapılamayacağını, aksi takdirde tazminat davalarının içinden çıkılması zor bir hâl alacağını, zararın dağılması ve küçülmesi nedeniyle zarar görenlerin dava açma isteklerinin kırılacağını ve bunun neticesinde rekabet hukukunun uygulanmasında tazminat davalarından beklenen yararın sağlanamayacağını ifade etmiştir<sup>57</sup>. 1977 yılında verdiği “*Illinois Brick*” kararıyla bir adım daha ileri giderek, dolaylı alıcıların tazminat talep edemeyeceklerini belirtmiştir<sup>58</sup>.

ATAD içtihatlarına bakıldığında, zararın intikali savunması ve dolaylı alıcıların dava hakkına ilişkin doğrudan ifadelere yer verilmediği görülür. Ancak, “*Courage*” ve “*Manfredi*” kararlarından ATAD’ın bu konudaki yaklaşımı hakkında ipuçları elde etmek mümkündür. Gerçekten de, söz konusu kararlarda ulusal mahkemelerin davacının sebepsiz (haksız) zenginleşmesine yol açmasını önleyici kararlar verebileceği ve ihlâl ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması halinde, herkesin meydana gelen zararının tazminini isteyebileceği belirtilmiştir. Buna göre, şayet davacının tazminat talebi zararını dolaylı alıcılara yansıtmış olması nedeniyle sebepsiz zenginleşme yaratacaksa<sup>59</sup> davalının bu yöndeki (zararın yansıtılmış olduğu) savunması mahkemelerce dikkate alınabilecek ve bu AB rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Öte yandan, “*herkes*” kavramı dolaylı alıcıları da kapsadığından, ihlâl ile zarar arasında nedensellik bağı ispatlamaları halinde bunlar da tazminat isteyebileceklerdir.

<sup>56</sup> Wagner 2007, s.21.

<sup>57</sup> *Hannover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968).

<sup>58</sup> *Illinois Brick Co v. Illinois*, 431 US 720 (1977). Buna karşın, ABD’de dolaylı alıcıların rekabet ihlallerine karşı *önleme davası* açma hakları vardır. (RÖHLING, A. (2006), “Die passing-on defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, s.1123).

<sup>59</sup> Bu arada, zarar yansıtılmış olsa bile, tazminat talebinde bulunulması, her zaman sebepsiz zenginleşmeye yol açmayabilir. Örneğin, fiyattaki artış sebebiyle satışları ya da müşteri çevresi azalan ilk alıcılar bakımından durum böyledir.

Zararın intikali savunması ve dolaylı alıcıların tazminat talepleriyle ilgili olarak Komisyon Yeşil Kitap'ta dört farklı öneri sunmuştur<sup>60</sup>.

Birinci öneri, davalının zararın intikali savunmasının kabul edilerek hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Bu yöntemde, toplam tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla, zararın ne kadarının kimlere aktarıldığının tespitinde önemli güçlüklerle karşılaşılacaktır. Ayrıca, doğrudan alıcıların zararın intikali nedeniyle, dolaylı alıcıların ise zararın ne kadarının kendilerine yansıtıldığını ispatlamadaki güçlükler sebebiyle tazminat davası açamamaları riskini beraberinde getirmektedir<sup>61</sup>.

İkinci öneri, zararın intikali savunmasının kabul edilmemesi ve sadece doğrudan alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Doğrudan alıcıların ihlalin ve zararın miktarının tespitiyle ilgili delillere ulaşılma kolaylığı dikkate alındığında, bu yöntemin caydırıcılık etkisi daha fazladır. Bununla birlikte, doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmesine yol açabilecek niteliktedir. Diğer yandan, doğrudan alıcıların (örneğin failin hâkimiyeti altında olmaları nedeniyle) dava açmaması halinde yöntemden beklenen fayda sağlanamayacaktır<sup>62</sup>. Ayrıca, bu yöntem tüketicilerin haklarını korumakta yetersiz kalmaktadır. Bu hususu dikkate alan Komisyon, yöntemin uygulanmasında doğrudan alıcıların yanı sıra tüketicilere de dava hakkı tanınabileceğini belirtmiştir<sup>63</sup>.

Üçüncü öneri, zararın intikali savunmasının kabul edilmeyerek hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Ancak bu yöntem davalının meydana gelen zarardan daha fazla tazminat ödemesine yol açabilecek niteliktedir. Bununla birlikte, caydırıcılık etkisi oldukça fazla ve zarar görenleri dava açmaya teşvik edicidir.

Dördüncü öneri iki aşamalıdır. İlk aşamada, zararın yansıtılması savunması kabul edilmeyerek zarar görenlerin tamamına dava hakkı tanınmaktadır. İkinci aşamada, tazminat zarar görenler arasında paylaşılır. Bu model teknik olarak zor olmakla birlikte, tüm zarar görenlerin zararının giderilmesine olanak sağlar. Fakat, zararın tamamını

<sup>60</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.62 vd. (Opsiyon 21-24).

<sup>61</sup> Yeşil Kitap, s.9.

<sup>62</sup> Failin kontrolü altında olmaları nedeniyle doğrudan alıcıların dava açmaması riskine karşı Amerikan hukukunda bir sonraki alıcıya dava hakkı tanınmaktadır (Wagner 2007, s.22).

<sup>63</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.62.

yansıtılmış olan ilk alıcılar bu sürecin dışında kalmayı tercih edebileceklerdir. Zira, uygulamanın sonunda ellerine hiç bir şey geçmeyecektir<sup>64</sup>.

AB Parlamentosu ise, zarar gören herkesin dava açabileceği yönündeki ATAD içtihatlarına işaret ederek, dolaylı alıcıların taleplerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmelerin önlenmesi için davalıya zararın yansıtıldığı yönünde savunma yapabilme imkânı verilmesi, bu yüzden de küçük meblağlı çok sayıda talebin ele alınabildiği yargılama usullerinin (toplu davaların) getirilmesinin önemine değinmiştir<sup>65</sup>.

ATAD'ın "*Manfredi*" kararındaki yaklaşımını göz önünde bulunduran Komisyon, davalının zararın intikali savunmasının kabul edilmemesinin, zararını sonraki alıcılara yansıtılmış olan ilk alıcıların sebepsiz zenginleşmesine ve davalılar açısından zararın birden fazla tazminine yol açabileceğini belirterek Beyaz Kitap'ta şu öneriyi getirmiştir: "Davalı, zararın intikali savunmasını yapma hakkına sahip olmalıdır. Ancak, davalının bu savunmasını ispatında aranan ispat ölçüsünün, davacının zararını ispatlarken yerine getirmesi gerekenden daha az olmaması gerekir."<sup>66</sup>

Ayrıca, Komisyon *zarar gören herkesin* dava açabilmesi ilkesinin dolaylı alıcıları da kapsadığını ifade etmiştir<sup>67</sup>. Bununla birlikte, dolaylı alıcılar ihlalin doğrudan muhatabı olmadıklarından, zararın kendilerine yansıtıldığını ve yansıtılan miktarı ispat etmekte güçlüklerle karşılaşabileceklerdir. İspat edememeleri durumunda ise, zararlarının giderimi söz konusu olmayacağı gibi, bu durum failin haksız zenginleşmesine de yol açacaktır. Bu sebeple, Komisyon "dolaylı alıcılar lehine, zararın tamamının kendilerine yansıtıldığına dair kesin olmayan bir kararın kabul edilmesi gerektiğini" belirtmiştir<sup>68</sup>.

#### 1.4.5. Kolektif Hak Arama Yolları: Toplu Davalar

Rekabet ihlalleri bazen küçük miktarlarda yaygın zararlara yol açabilirler. Bu durumda zarar gören tüketiciler ve küçük işletmeler yargılama

<sup>64</sup> Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006, s.13.

<sup>65</sup> Parlamento Kararı, N.20.

<sup>66</sup> Beyaz Kitap, s.7; Çalışma Belgesi 2008, s.65.

<sup>67</sup> Beyaz Kitap, s.4.

<sup>68</sup> Beyaz Kitap, s.9.

giderleri, zaman kaybı ve davayı kaybetme riski gibi nedenlerle dava açmaktan kaçınabilirler<sup>69</sup> Bunların birçoğunun dava açması ise davacı, davalı ve yargı organları bakımından önemli külfetleri beraberinde getirebilir. Gerçekten de, böyle bir durumda her bir davacı açtığı davayla ilgili masraf ve riskleri tek başına üstlenmek, davalı birden fazla davayla uğraşmak ve bunun için işletme faaliyetlerinden ayrıca zaman ayırmak, yargı ise aynı konudaki çok sayıda talep hakkında ayrı ayrı karar vermek durumunda kalmaktadır. Toplu davalar, küçük ve yaygın zararların giderilmesine hizmet etmekle kalmaz; çok sayıda uyuşmazlığın tek bir dava ile çözümüne imkân vermesi bakımından usul ekonomisine de önemli katkılar sağlar.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta kolektif hak arama yöntemi olarak üç ayrı toplu dava modelinden bahsetmektedir. Bunlar, Temsilci Davası (*Stellvertreterklage*), Sınıf Davası (*Gruppenklage*) ve Kamu Yararına Dava'dır (*Rechtsstreit im öffentlichen Interesse*).

Temsilci davası, bir gerçek veya tüzel kişi (örneğin tüketici birliği) tarafından belirli bir kişi grubunu (örneğin birlik üyelerini) temsilen ve onların haklarını korumak amacıyla açılan davadır. Sınıf davası, belirli veya tanımlanabilir kişi grubunun haklarını korumak amacıyla, çok sayıda talebin topluca ileri sürülebilmesine imkân veren davadır. Kamu yararına dava ise, belirli kişilerin değil kamunun adına yürütülür. Hükmedilen tazminat, davayı açan gerçek veya tüzel kişiye ya da zarar görenlere ödenebilir<sup>70</sup>.

Komisyon, bilhassa temsilci davası ve sınıf davalarının tüketicilerin haklarının korunmasında önemli bir rol oynadığını belirtmiştir. Zira, söz konusu davalar zaman ve masraf tasarrufunun yanı sıra, davacıların (tüketicilerin) iyi organize olmuş ve daha fazla ekonomik güce sahip davahılar (teşebbüsler) karşısında pozisyonlarını güçlendirmelerini sağlar<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> GLÖCKNER, J. (2007), "Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts,- Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!", Wettbewerb in Recht und Praxis, Heft: 5, s.493; GRUBER, J. P. (2006), "Schadenersatz und Kartellrecht- das Grünbuch der Kommission-", Medien und Recht-International Edition, Heft: 1, s.20-21.

<sup>70</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.65.

<sup>71</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.66.

Amerikan hukukunda sınıf davaları (*class action*) açıkça düzenlenmiştir ve oldukça yaygın bir uygulamaya sahiptir<sup>72</sup>. Bu sayede küçük ve fakat yaygın zararların giderilmesi mümkün olabilmektedir. Buna karşın, AB üyesi ülkelerin çoğunda tazminat istemlerini içeren toplu dava şekli mevcut değildir<sup>73</sup>.

Yeşil Kitap'ta toplu dava konusunda iki öneriye yer verilmiştir<sup>74</sup>. Bunlardan ilki, tüketicilerin ayrı dava açma hakları saklı kalmak suretiyle, tüketici birliklerine dava açma yetkisi verilmesidir. Bu durumda, dava açabilecek yetkili birliklerin belirlenmesi (tescil veya izin sistemi getirilmesi ya da doğrudan mahkemece belirlenmesi), tazminatın nasıl dağıtılacağı (birliğe mi yoksa üyelere mi ödeneceği), ödenecek tazminatın hesaplanması (birliğe ödenecek tazminatın failin elde ettiği kazanç, üyelere ödenecek tazminatın ise uğradıkları zarara göre hesaplanması) gibi konuların da açıklığa kavuşturulması gerektiği Komisyon tarafından belirtilmiştir<sup>75</sup>.

İkinci öneri, üretim ya da dağıtım zincirinde yer alan toptancı ya da perakendeci gibi ara alıcılara da toplu dava imkânının verilmesidir.

Ancak bu öneriler, toplu davaların hukuki dinlenilme hakkını ihlâl ettiği<sup>76</sup> ve -Amerika uygulamasında karşılaştığı üzere- kötüye kullanılabileceği<sup>77</sup> gerekçesiyle eleştirilmiştir.

<sup>72</sup> ZIRNGIBL, E. (2006), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Augsburg, München, s.23; ÖZSUNAY, E. (2005), "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri, s.123.

<sup>73</sup> Komisyon, AB üyesi ülkelerdeki toplu davaların daha ziyade önleme ve durdurma istemleriyle sınırlı olduğunu, tazminat talebine imkan veren toplu dava modellerinin sadece İsveç ve İngiltere'de bulunduğunu belirtmektedir. (Çalışma Belgesi 2006, s.66 vd.). Amerikan hukukundaki sınıf davalarında mahkeme kararı adlarına dava açılan gruba dahil tüm kişiler bakımından bağlayıcıdır. Ancak bu kural henüz dava sonuçlanmadan davanın dışında kalmak istediğini beyan eden kişiler bakımından uygulanmaz (opt-out model). Bkz. Zirngibl 2006, s.68. İsveç hukukunda ise mahkeme kararı yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsar (opt-in model). Bkz. Çalışma Belgesi 2006, s.67.

<sup>74</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.68 vd. (Opsiyon 25-26).

<sup>75</sup> Yeşil Kitap, s.10.

<sup>76</sup> Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main 2006, s.9; Hölzel 2007, s.32.

<sup>77</sup> Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006 s.14; Deutscher Industrie- und Handelskammertag 2006, s.5.



AB Parlamentosu ise, tüketicilere *doğrudan veya tüzükleri gereği bu konuda yetkili birlikler aracılığıyla* toplu dava açma imkânının verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>78</sup>.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta etkin bir kolektif hukuki himaye sağlanabilmesi için birbirini tamamlayan ikili bir sistem önermiştir<sup>79</sup>.

Bunlardan ilki, tüketici birlikleri, kamu kurumları veya meslek birlikleri tarafından belirli yahut tanımlanabilir bir grup adına dava açılmasına imkân veren Birlik Davaları'nın (*Verbandsklage*) getirilmesidir. Bu kapsamda, dava açmaya yetkili Birlikler bir üye devlet tarafından önceden resmen belirlenebileceği gibi, somut bir rekabet ihlaline mahsus olmak üzere (*ad hoc*) sonradan da yetkilendirilebileceklerdir.

Diğeri ise, mahkeme kararının yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsadığı (*opt-in model*) sınıf davalarına yer verilmesidir. Böylece, Birliklerin tazminat davası açmaması (ya da sınırlı kapasiteleri sebebiyle ihlallerin tümüne karşı dava açabilecek durumda olmamaları) halinde, zarar görenler haklarını toplu olarak arama imkânından mahrum kalmayacaklardır.

Ayrıca, Komisyon zarar görenlerin hak kaybına uğramamaları için söz konusu mekanizmaların yansira, bireysel dava açma imkânlarının saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ancak, Komisyon bu durumun zararın birden fazla tazminine yol açmaması için gerekli düzenlemelerin yapılmasının önemine de vurgu yapmıştır.

#### **1.4.6. Tazminat Davalarının Önündeki Bariyer: Yargılama Giderleri**

Rekabet hukuku kaynaklı tazminat davaları karmaşık yapıları ve fazla zaman gerektirmesi nedeniyle diğer davalara nazaran yüksek maliyetlere yol açabilmektedir. Bu yüksek maliyetleri üstlenme riski, tazminat davalarını engelleyici bir etkiye sahiptir.

Komisyon tarafından hazırlatılan Ashurst Raporunda, yargılama giderleri alanındaki düzenlemeler bakımından iki soruna işaret edilmiştir<sup>80</sup>.

Bunlardan ilki, davacının yargılama giderlerinin bir kısmını peşinen ödemek zorunda olmasıdır. Davacı, davayı kazanması halinde bu giderleri

<sup>78</sup> Parlamento Kararı, N.21.

<sup>79</sup> Beyaz Kitap, s.4-5.

<sup>80</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.70.

davalıdan isteyebilme imkânına sahip olsa bile, çoğu kez uzun süren yargılama sonuna kadar beklemeyi göze almamakta ve dava açmaktan kaçınabilmektedir.

İkincisi, “kaybeden öder” (“*der Unterlegene zahlt*”, “*loser pays*”) prensibi gereği, davacının davayı kaybetmesi halinde yaptığı harcamalara ek olarak davalının masraflarını da üstlenecek olmasıdır. Kaybeden tarafın ödemesi kuralı, özellikle dava harçları, avukatlık ve bilirkişilik ücretlerinin dava değeri üzerinden hesaplandığı durumlarda davacının yüksek yargılama masraflarıyla karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Ayrıca, bu kural düşük meblağlı tazminat istemleri bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir. Zira, davacının talep ettiği tazminatla mütenasip olmayan yargılama giderleri ortaya çıkabilir. Bu itibarla, yargılama giderlerinin kaybeden tarafça ödenecek olması -bilhassa davayı kazanma ihtimalinin çok yüksek olmadığı durumlarda- zarar göreni dava açmaktan alıkoyabilecek niteliktedir.

Amerikan hukukunda da genel kural, yargılama masraflarının kaybeden tarafça karşılanmasıdır. Avukatlık ücretini ise taraflar kendileri öder. Buna karşın, rekabet hukuku davalarında davacının kazanması halinde avukatlık masrafları davalı tarafa yüklenmektedir. Fakat bu kural davalı bakımından işletilmemekte, davalı davayı kazansa bile avukatlık masraflarını kendisi karşılamaktadır. Bu uygulamanın arkasında tazminat davalarını teşvik amacı yatmaktadır<sup>81</sup>. Amerikan hukukuna özgü bir diğer uygulama, başarıya endeksli avukatlık ücretinin kararlaştırılabilmesidir. Buna göre, davanın kazanılması halinde avukat ücret olarak hükmedilen tazminatın belirli bir kısmını almakta, kaybedilmesi durumunda ise kendisine herhangi bir ödeme yapılmamaktadır<sup>82</sup>. Böylece, dava kaybedilse bile avukatlık ücreti ödeme riski ortadan kalkmaktadır. Bu yöntem AB üyesi bazı ülkelerde izin verilmekle birlikte, bazılarında yasaktır<sup>83</sup>.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta yargılama giderlerine ilişkin düzenlemeler konusunda üye devletlerde farklı uygulamalar bulunduğuna dikkat

<sup>81</sup> BUNDESKARTELLAMT (2005), Private Kartellrechtsdurchsetzung-Stand, Probleme, Perspektiven,

[http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05\\_Proftag.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf),

Erişim Tarihi: 29.12.2008, s.19.

<sup>82</sup> Bundeskartellamt 2005, s.19.

<sup>83</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.76.

çekmiştir. Ayrıca, bazı üye ülkelerde mahkeme harçlarının çok düşük miktarlarda olmasına rağmen, bazılarında talep edilen miktar üzerinden hesaplandığını ve bunun yüksek maliyetlere yol açtığını belirtmiştir<sup>84</sup>.

Yargılama masraflarının tazminat davaları bakımından yarattığı riskin azaltılmasına yönelik olarak Komisyon'un getirdiği öneri şu şekildedir<sup>85</sup>:

“Mahkemeye davayı kaybeden davacının yargılama masraflarından muaf tutulmasına karar verme yetkisi tanınabilir. Hatta bu karar henüz davanın başında alınabilir. Böylece, davacı bakımından oluşabilecek riskler daha baştan giderilebilecektir. Masraflardan muaf tutma kararı, ekonomik bakımdan zayıf olan tarafı maliyet riskinden koruyarak tazminat taleplerini ileri sürme hakkını kullanmasına önemli derecede hizmet eder. Aynı gerekçelerle, dava masraflarının sadece davanın kötü niyetli olarak açıldığı hallerde davacıya yükletilmesi yönünde bir kural da getirilebilir. Böylece, davacının dava masraflarını üstlenme riskine karşı korunmasının yanı sıra haksız davaların açılması da önlenilebilecektir.”

Bu öneriyle ilgili şu eleştiriler getirilmiştir: “Kaybeden öder” ilkesi kötü niyetli ve haklı bir gerekçeye dayanmayan davalarla mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesini engeller. Davacı haklı olduğu kanaatinde ise bazı riskleri de göze almak zorundadır<sup>86</sup>. Eğer davayı kaybeden davacı ödemeyecekse, masraflar kimin tarafından karşılanacaktır? Bu masrafların hukuka aykırı davranmamış olan davalı tarafından, ya da kamu kaynaklarından (dolayısıyla rekabet ihlaliyle hiçbir ilgisi bulunmayan vergi mükelleflerince) karşılanması doğru olmaz<sup>87</sup>.

AB Parlamentosu da, davacının yargılama giderlerini karşılama endişesiyle dava açmaktan kaçınabileceğine dikkat çekerek, mahkemenin tarafların farklı ekonomik durumlarını dikkate alabilmesini, gerektiğinde yargılamanın başında bu durumu kontrol etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, tazminat davalarını kolaylaştırmak amacıyla, adli yardım alanında gerekli düzenlemelerin yapılması tavsiyesinde bulunmuştur<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.74.

<sup>85</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.76 (Opsiyon 27).

<sup>86</sup> Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006, s.15.

<sup>87</sup> Deutscher Industrie- und Handelskammertag 2006, s.6; Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main 2006, s.10.

<sup>88</sup> Parlamento Kararı, N.22-23.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta davalıya nazaran ekonomik bakımdan zayıf olan ve yüksek yargılama masrafları nedeniyle dava açamayacak durumdaki kişilerin dava açmalarının sağlanabilmesi için üye devletlerin bu alandaki mevcut düzenlemelerini gözden geçirmelerinin yararlı olacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda, sulh gibi uyuşmazlığın süratli biçimde sonlandırılmasını sağlayıcı çözümler üzerinde durulabileceğine, zira bu sayede yargılama masraflarının önemli derecede azalabileceği ve hatta hiç oluşmayabileceğine dikkat çekilmiştir. Bunun dışında, rekabet ihlali kaynaklı tazminat davalarında mahkeme masraflarına bir üst sınır getirilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Komisyon üye devletlerin birçoğunda geçerli olan "kaybeden öder" ilkesinin haksız yere dava açılmasını önleyici bir fonksiyona sahip olmakla birlikte, zarar görenlerin haklı taleplerini ileri sürmelerini engelleyebileceğine işaret etmiştir. Bu sebeple, Komisyon üye devlet mahkemelerine davayı kaybeden davacının (davayı haklı bir neden olmaksızın ya da kötü niyetli açmamış olması şartıyla) karşı tarafın masraflarını üstlenmemesi yönünde karar verebilme yetkisinin tanınması gerektiğini belirtmiştir.

Bu açıklamalar ışığında Komisyon üye devletlerin,

- yargılama masraflarını azaltıcı bir yöntem olan sulh müessesini teşvik edici düzenlemeler yapmalarının,
- mahkeme masraflarını -rekabet ihlallerine dayalı tazminat taleplerinin ileri sürülmesini engellemeyecek şekilde- makul bir seviyede tespit etmelerinin,
- davanın haklı gerekçelerle açıldığı durumlarda, ulusal mahkemelere yargılamanın mümkün olduğunca erken bir safhasında *davacının davayı kaybetse bile karşı tarafın tüm masraflarını karşılamayacağına* karar verebilme yetkisini tanınmalarının gerekliliğine işaret etmiştir<sup>89</sup>.

#### **1.4.7. Tazminat Davalarının Pişmanlık Programları (Leniency Programs) Üzerindeki Olumsuz Etkilerinin Azaltılması**

Pişmanlık Programları, kartel anlaşmaları ya da diğer rekabet kısıtlamaları hakkında rekabet otoritelerine bilgi verilmesi veya ihbarda bulunulması üzerine, rekabet hukukuna aykırı davranan teşebbüslere veya bu teşebbüslerin yöneticilerine verilecek cezaların kaldırılması veya

<sup>89</sup> Beyaz Kitap, s.11.

hafifletilmesini amaçlayan bir yöntemdir<sup>90</sup>. Pişmanlık programları gizli kartel anlaşmalarının ortaya çıkmasını sağlayan önemli bir enstrümandır ve bu yönüyle caydırıcılık etkisine sahiptir. Ayrıca, ihlallerin ispatını kolaylaştırmaları nedeniyle kaynak tasarrufu da sağlarlar<sup>91</sup>. Bununla birlikte, pişmanlık programının ilgili teşebbüslere sağladığı avantaj kamu otoritelerince uygulanacak yaptırımlarla sınırlı olup, onları özel hukuk yaptırımları karşısında korumaz. Bu husus, 8.12.2006 tarihli Kartellerde Para Cezalarının Uygulanmaması ve İndirilmesine Dair Komisyon Bildirisi'nde (Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen)<sup>92</sup> şu şekilde ifade edilmiştir: “*Para cezalarında muafiyet ya da indirim tanınmış olması, ABA madde 81’in ihlalinin yol açtığı özel hukuk alanındaki sonuçları ortadan kaldırmaz*”.

Buna göre, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalabileceklerdir. Hatta, tazminat ödeme riski bu teşebbüsler bakımından daha yüksektir. Zira, pişmanlık programından yararlanan bir teşebbüsün sunduğu ve rekabet otoritesinin kararında yer alan bilgi ve belgeler tazminat davasında aleyhine delil teşkil edebilecektir. Bu ise teşebbüslerin pişmanlık programlarına başvurmaktan vazgeçmesine neden olabilecektir<sup>93</sup>. Dolayısıyla, tazminat kurallarının pişmanlık programlarıyla uyumlu hale getirilmesi son derece önemlidir.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta tazminat davalarının pişmanlık programları üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması konusunda üç farklı öneri sunmuştur<sup>94</sup>. Bunlardan ilki, pişmanlık programına ilişkin başvuruların ve rekabet otoritesine sunulan bilgi ve belgelerin gizli tutulmasıdır. Böylece, söz konusu bilgi ve belgeler daha sonra açılacak tazminat davalarında başvuru sahiplerinin aleyhinde kullanılamayacaktır.

İkinci öneri, pişmanlık programından yararlanan teşebbüslere yöneltilen tazminat taleplerinde indirime gidilmesidir. Bu kapsamda, söz

<sup>90</sup> ÖZSUNAY, E. (2006), “ABD ve Kartel Hukuklarında Pişmanlık Programları ve Türk Rekabet Hukuku Üzerine Düşünceler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Kayseri, s.28-29.

<sup>91</sup> KOCAER, Ş. (2005), Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.9-10.

<sup>92</sup> ATRG, C 298/11, 8.12.2006.

<sup>93</sup> Özellikle, üç kat tazminatın söz konusu olduğu durumlarda bu olasılık daha da yüksektir.

<sup>94</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.80-81 (Opsiyon 28-30).

konusu teşebbüsün ispat vasıtalarını açığa çıkarmış olması karşılığında her bir tazminat talebi bakımından belirli bir miktar -örneğin %50 oranında- indirim yapılabilirdir. Böylece, rekabet ihlallerinde iki katı tazminat uygulaması getirilse bile, programdan yararlanan teşebbüsün sorumluluğu gerçek zararı tazmin etmekle sınırlı olacaktır. Pişmanlık programı kapsamına girmeyen teşebbüsler ise zararın tamamından müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Bu öneri, ilgili teşebbüsün tazminat sorumluluğunun azaltılarak ta olsa devam edecek olmasının pişmanlık programları üzerindeki olumsuzlukları tamamen ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>95</sup>.

Üçüncü öneri, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsün zararın tamamından müteselsilen değil, zarardaki payı oranında sorumlu tutulmasıdır. Fakat, bunun ilgili teşebbüsün sorumluluk miktarının tespitinde güçlükler yaratabileceği belirtilmiştir<sup>96</sup>. Ayrıca, müteselsil sorumluluk kapsamında ilgili teşebbüsün iç ilişkide diğer borçlulara sorumlulukları oranında rüçû imkânının zaten bulunduğu, dolayısıyla sonuçta çok fazla şeyin değişmeyeceği ifade edilmiştir<sup>97</sup>.

Konuyla ilgili olarak AB Parlamentosu, gizli bilgilerin korunması ve pişmanlık programlarının etkin biçimde uygulanması bakımından üye devlet mahkemelerinin işbirliği yapmalarının önemine dikkat çekmiştir. Ayrıca, pişmanlık programı kapsamında rekabet otoriteleriyle işbirliği yapan ilk başvuru sahibinin diğer failerle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaması tavsiyesinde bulunmuştur<sup>98</sup>.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta pişmanlık başvurusunda bulunan tüm teşebbüsleri (para cezasının affedilmiş ya da indirilmiş olması bakımından ayırım yapılmaksızın) kapsayacak biçimde ve söz konusu başvurunun rekabet otoritesince kabul veya reddedilmiş ya da henüz bir karara

<sup>95</sup> Deutscher Industrie- und Handelskammertag 2006, s.6.

<sup>96</sup> BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE/ BUNDESKARTELLAMT (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/bundesministerium\\_fur\\_wtb\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_wtb_de.pdf), Erişim Tarihi: 03.01.2009, s.9.

<sup>97</sup> Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 2006, s.17.

<sup>98</sup> Parlamento Kararı, N.16-17.

bağlanmamış olmasına bakılmaksızın gerekli korumanın sağlanmasının önemli olduğunu belirtmiştir<sup>99</sup>.

Ayrıca, pişmanlık programı kapsamında kendilerine para cezasından bağışıklık tanınmış olan teşebbüslerin tazminat sorumluluklarının, “kendileriyle doğrudan ya da dolaylı olarak sözleşme ilişkisi bulunan kişilerin zararlarıyla” sınırlı tutulması önerisinde bulunmuştur. Daha önce Yeşil Kitap’ta da yer alan bu öneri, ilgili teşebbüsün sorumluluk miktarının tespitinde güçlükler yaratabileceği gerekçesiyle bazı çevrelerce eleştirilmişti. Bu nedenle Komisyon Beyaz Kitap’ta “sorumluluğun ne ölçüde sınırlandırılması gerektiğinin tespitiyle ilgili ispat yükünün pişmanlık programından yararlanan teşebbüse ait olması gerektiğini” ifade etmiştir. Ancak, böyle bir düzenlemenin ne kadar gerekli olduğu, zarar görenlerin zararlarının tam olarak giderilmesi bakımından ne ölçüde tatmin edici olduğu ve ihlale katılmış (bilhassa pişmanlık başvurusunda bulunmuş) diğer teşebbüsler açısından ne gibi etkiler doğuracağına üzerinde düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>100</sup>.

#### **1.4.8. Zamanaşımı Sürelerinin Tazminat Davaları Lehine Düzenlenmesi**

Zamanaşımı süreleri tazminat davaları üzerinde önemli etkilere sahiptir. Kısa zamanaşımı süreleri, delillerin toplanması ve davanın hazırlanmasını zorlaştırdığından zarar görenlerin aleyhinedir. Zamanaşımı süresinin kısa oluşu, bilhassa rekabet otoritelerince verilmiş bir kararın ardından açılması düşünülen tazminat davalarını olumsuz yönde etkileyebilir. Zira, rekabet otoritesi henüz kararını vermeden tazminat talepleri zamanaşımına uğrayabilmektedir. Bu ise, zarar görenin iddiasını rekabet otoritesinin kararına dayanmak suretiyle (daha kolay biçimde) ispatlama imkânından mahrum kalmasına neden olur.

Komisyon, Yeşil Kitap’ta zamanaşımı sürelerinin işleme hakkında iki öneri getirmiştir<sup>101</sup>. Bunlardan ilki, Komisyon veya bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturma başlatılması halinde zamanaşımı süresinin durmasıdır<sup>102</sup>. Böylece, zarar gören hak kaybına uğrama endişesi

<sup>99</sup> Beyaz Kitap, s.12; Çalışma Belgesi 2008 s.83-84.

<sup>100</sup> Beyaz Kitap, s.12.

<sup>101</sup> Çalışma Belgesi 2006, s.93 (Opsiyon 35).

<sup>102</sup> Alman Rekabet Kanunu’ndaki düzenleme (GWB § 33 Abs.5) bu öneriye kaynaklık etmiştir. Söz konusu düzenleme hakkında daha fazla bilgi için bkz. BECHTOLD, R. ve O. OTTING

taşımaksızın soruşturma sonuna kadar bekleyebilecek ve verilecek kararı iddialarını ispatta kullanabilecektir.

İkincisi, zamanaşımı süresinin rekabet ihlali hakkındaki kararın kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlamasıdır.

AB Parlamentosu'na göre, Komisyon veya üye devlet rekabet otoritelerinden birisinin rekabet kurallarının ihlaline dair karar vermesinden itibaren *bir yıl* içinde tazminat davası açılabilir. Böyle bir kararın bulunmaması halinde ise, Komisyon'un ABA madde 81 ve 82'ye aykırılık nedeniyle ceza verebileceği süre içinde tazminat davası açılması gerekir. Ayrıca, Komisyon veya rekabet otoritelerinin araştırma başlattığı tarihten itibaren zamanaşımı süresi durmalıdır. Keza, taraflar arasında uzlaşmaya yönelik görüşmelerin devam ettiği sürece zamanaşımı süresinin durması gerekir<sup>103</sup>.

Komisyon, Beyaz Kitap'ta zamanaşımı sürelerinin,

- devam eden ya da tekrarlanan ihlallerde, ihlâl nihai olarak sona ermeden ve
- zarar görenin ihlali ve zararı öğrenmesinin mümkün olmasından daha önce işlemeye başlamaması gerektiğini belirtmiştir<sup>104</sup>.

Ayrıca, rekabet otoritelerince verilmiş bir kararın ardından, bu karara dayanarak tazminat davası açılma olanağını muhafaza etmek amacıyla, rekabet otoritesince yürütülen soruşturma (ya da ihlale ilişkin yargılama) esnasında zamanaşımı süresinin dolmasını önleyici tedbirler alınması gerektiğine işaret etmiştir. Bu kapsamda, *rekabet otoritesinin yahut mahkemenin kararının kesinleşmesinden itibaren zamanaşımı süresinin başlaması gerektiğini* belirtmiştir.

Komisyon, Yeşil Kitap'ta yer alan “bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturma başlatılması halinde zamanaşımı süresinin durması” şeklindeki öneriden ise şu gerekçeyle vazgeçmiştir: “Bir rekabet otoritesince soruşturmanın ne zaman başlatıldığı (ya da sona erdirildiği) her zaman bilinemeyeceğinden, davacı için geriye kalan zamanaşımı süresini hesaplamak zor olabilir. Ayrıca, zamanaşımının durmasının

(2006), Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München, § 33, N.32 vd.

<sup>103</sup> Parlamento Kararı, N.24-25.

<sup>104</sup> Beyaz Kitap, s.10.



sürenin bitimine doğru gerçekleşmesi halinde, tazminat davasını hazırlamak için yeterli süre kalmayabilir”.

Bu gerekçelerle Komisyon, “zamanaşımı süresinin asgari 2 yıl olması ve bu sürenin rekabet otoritesinin ya da mahkemenin bu konudaki kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlaması” önerisinde bulunmuştur<sup>105</sup>.

## **2. AB’DEKİ REFORM ÇALIŞMALARI IŞIĞINDA TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER**

### **2.1. Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerine Yönelik Düzenlemelerde Modernizasyon Gereksinimi**

Türk rekabet hukukunda tazminat talepleri RKHK’nun 57 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu düzenlemelerin rekabet ihlalleri ile mücadelede tazminat davalarından beklenen yararı sağlamakta yeterli olduğunu söylemek güçtür. Gerçi söz konusu hükümlerde “üç kat tazminat” ve “ispat kolaylığı” gibi davacılar lehine bazı avantajlar getirilmiştir. Ancak, bu avantajların kullanılabilmesi bazı koşulların varlığına bağlanmış olması bir yana<sup>106</sup>, bunların tazminat davalarını teşvik etmekte tek başına yeterli olmaları düşünülemez. Gerçi, 31.7.2008 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (Tasarı)<sup>107</sup> ile tazminat davaları alanındaki bazı sorunları gidermeye yönelik düzenlemeler getirilmek istenmektedir. Ancak, bu düzenlemeler pişmanlık programından yararlanan teşebbüslerin üç kat tazminat sorumluluğunun kaldırılması ve ihlalin Rekabet Kurumu tarafından incelenmekte olması halinde adliye mahkemesinin bunu bekletici mesele sayabilmesi ile sınırlıdır (Tasarı madde 26, 27).

Buna karşın, sınıf davaları, yargılama giderleri yönünden davacılar için kolaylıklar sağlanması ve Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarının bağlayıcı

<sup>105</sup> Beyaz Kitap, s.10.

<sup>106</sup> Örneğin, üç kat tazminata hükmedilebilmesi için failin kast ya da ağır ihmal içinde hareket etmiş olması şarttır. (SANLI, K.C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri, s.270). Aynı şekilde, zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren kanıtları mahkemeye sunmaları halinde aksini ispat yükü davalılara geçmektedir (RKHK madde 59/I).

<sup>107</sup> <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1605.doc>, Erişim Tarihi: 10.01.2009.

olması gibi tazminat davalarını kolay, ucuz ve etkin hale getirici tedbirlere gerek pozitif hukukumuzda gerekse Tasarı'da yer verilmediği görülmektedir. Bu durum, tazminat davalarının arzulanan seviyeye ulaşmaması ve rekabet ihlalleri üzerindeki caydırıcı etkinin azalması sonucunu doğurur. Bu ise, rekabet hukuku yaptırım sisteminin zaafiyete uğramasına neden olur. Bu zaafiyet, rekabeti ihlâl edenlerin, haklarında yeterli tazminat davası açılmaması nedeniyle ihlâlden sağladıkları gelirleri, para cezalarının finansmanında kullanabilecekleri düşünüldüğünde, kamusal yaptırımların amacına ulaşmaması gibi son derece vahim sonuçlara yol açabilecek niteliktedir ve bu yüzden küçümsenmemelidir.

Bu noktada cevaplanması gereken soru, Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının işlevselliğinin ne şekilde artırılabilir. Kuşkusuz, bu sorunun yanıtı hukuk politikası tercihlerine göre farklılıklar gösterebilecektir. Bununla birlikte, RKHK'nun hazırlanmasında AB rekabet kurallarının önemli ölçüde kaynaklık ettiği ve AB rekabet hukukunda tazminat davalarına ilişkin sorunların birçoğunun Türk Hukuku'nda da mevcut olduğu düşünüldüğünde, AB'de getirilmek istenen çözümlerden hukukumuzda yararlanılması mümkündür. Bu itibarla, aşağıda Beyaz Kitap'ta önerilen düzenlemeler ışığında hukukumuzdaki mevcut durum değerlendirilerek, yapılması gereken değişikliklere işaret edilecektir.

## 2.2. Türk Hukukuna Yönelik Değerlendirme ve Öneriler

### 2.2.1. Delillere Ulaşma ve İspat Kolaylığı

Medeni usul hukukumuzda *taraf larca hazırlama ilkesi* geçerlidir. Buna göre, iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıalar ve bunlara ilişkin delillerin taraf larca mahkemeye bildirilmesi gerekir; hâkim delillere kendiliğinden başvuramaz<sup>108</sup>. Bununla birlikte, hâkime taraf ların iddia ve savunmaları kapsamındaki delillerin açığa çıkartılması konusunda bazı yetkiler verilmiştir. Örneğin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) madde 75/III'e göre, *hakim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere kendilerini dinleyebilecek ve gerekli delillerin mahkemeye ibrazını emredebilecektir*. Keza, HUMK madde 242/II'de, (mahkemece) *ibrazına karar verilen vesikanın, ibraz edecek taraf yedinde bulunmaması halinde bu kanun hükümlerine göre*

<sup>108</sup> KURU, B. (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara, s.402.

*celp ve tetkik olunacağı* belirtilmiştir. Dolayısıyla, davalının (veya üçüncü şahısların) hâkimiyeti atındaki delillerin açığa çıkarılmasında karşılaşılabilecek güçlükler bu hükümlerin işletilmesiyle aşılabilecektir.

Zarar görenler lehine ispat kolaylığı sağlanması hususunda da hukukumuzda bazı düzenlemeler mevcuttur. Nitekim, RKHK'nun 59. maddesinde zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da rekabetin bozulduğu izlenimini veren kanıtları mahkemeye sunmaları halinde, aksini ispat yükünün davalılara geçeceği belirtilmiştir. Bunun dışında, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığını her türlü delille ispatlama olanağı getirilmiştir.

Ancak, bahsi geçen hükümlerin yeterli olduğunu söylemek güçtür. Bu kapsamda, Beyaz Kitap'ta da işaret edildiği üzere, delillerin açığa çıkartılmasına ilişkin mahkeme kararına riayet edilmemesini ya da delillerin yok edilmesini önleyici yaptırımlar getirilmesinde yarar vardır. Ayrıca, delillerin açığa çıkarılması neticesinde pişmanlık programı kapsamındaki açıklamaların ve rekabet otoritelerince yürütülen soruşturmaların gizliliğine hâlel gelmesini engelleyici düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Bunların dışında, zarar görenlere ispat kolaylığının sağlanması bakımından Kurul kararlarının ardından açılacak davaları teşvik edici düzenlemeler yapılmalıdır. Daha önce verilmiş bir Kurul kararının, aynı konudaki tazminat davası üzerinde nasıl bir etki doğuracağı hukukumuzda açıkça hükme bağlanmış değildir. Bununla birlikte, doktrindeki görüşler Kurul kararlarının mahkemeleri bağlayıcı olamayacağı yönündedir<sup>109</sup>. İleri sürülen en önemli gerekçe, mahkemelerin idari organların kararlarıyla bağlı olmasının yargı bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmayacak olmasıdır<sup>110</sup>. Ancak, mahkemelerin Kurul kararlarını dikkate alıp almamak hususunda tümüyle serbest bırakılmasının hukuk güvenliği açısından sorunlara yol açabileceği

<sup>109</sup> İNAN, N. (2004), "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II*, Kayseri, s.62; GÜRZUMAR, O. B. (2006), "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak" (Sempozyum Bildiriler Kitabı), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.180; Sanlı 2003, s.261; ASLAN, İ.Y. (2005), *Rekabet Hukuku*, Ankara, s.697.

<sup>110</sup> İnan 2004, s.63.

gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim, Yargıtay tazminata karar verilebilmesi için Kurul tarafından ihlalin saptanması gerektiği görüşündedir<sup>111</sup>.

Öte yandan, Tasarı'nın 27. maddesiyle, RKHK'nun 58. maddesinin başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir:

**“Kurumun Bilirkişiliği ve Bekletici Mesele**

MADDE 58- Adli mahkeme, Kanunun ihlal edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlalin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun bilirkişiliğine başvurabilir. Başkanlık, bilirkişi raporunu hazırlamak üzere tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıda meslek personelinin görevlendirir. Davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde bir inceleme, önaraştırma veya soruşturma yürütülüyor olması durumunda ise, hâkim Kurulun nihai kararını bekletici mesele sayabilir.”

Tasarıdaki bu hükmün, adliye mahkemelerine, ihlâl hakkında Kurul tarafından henüz bir karar verilmemiş olmasını “bekletici mesele” sayma yetkisi tanımakla yetinmesi ve tazminat davasına bakan mahkemenin Kurul kararına aykırı karar verme yetkisini ortadan kaldırmaması nedeniyle nihai bir çözüm sağladığını söylemek güçtür.

Kanaatimizce, *kesinleşmiş Kurul kararlarının, yürütülen soruşturmada savunma hakkı tanınmış teşebbüslerle sınırlı olmak üzere, tazminat davalarında kesin delil teşkil etmesi* yönünde bir düzenleme yapılmasında fayda vardır<sup>112</sup>. Bu sayede, hem çelişkili kararların ortaya çıkması önlenilecek ve hem de zarar görenlere önemli ölçüde ispat kolaylığı sağlanabilecektir.

### **2.2.2 Tazminat Sorumluluğunun Dayandığı Esas**

RKHK'da sorumluluğun hangi esasa dayandığı konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarında kusur sorumluluğunun mu, yoksa kusursuz sorumluluk esasının mı geçerli olacağı noktasında tereddütleri berberinde getirmiştir. Doktrindeki hakim görüş, rekabet ihlallerinden doğan sorumluluğun “kusur

<sup>111</sup> Yargıtay 19. HD. 1.11.1999 E. 99/3350, K. 99/6364.

<sup>112</sup> Benzer bir düzenleme Alman Rekabet Kanunu'nda (GWB) mevcuttur. Buna göre, tazminat davasına bakan mahkeme, rekabet otoritesinin aynı konuda ihlalin varlığına dair kesinleşmiş bir kararı mevcut ise bununla bağlıdır (GWB § 33 Abs.4).

sorumluluğu” olduğu yönündedir<sup>113</sup>. Bununla birlikte, rekabeti ihlâl edici davranışların bazılarının (örneğin kartel anlaşmalarının) nitelikleri icabı failin kusuru bulunmaksızın işlenmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla ihlalin kanıtlanması halinde ayrıca kusurun ispatına gerek kalmayacağı belirtilmektedir<sup>114</sup>. Doğrudan rekabeti ihlâl amacı taşımamakla birlikte, böyle bir sonuç doğurmuş olan davranışlar bakımından ise, (çoğunlukla tacir olan) failerin bizatihi bu sonucu öngörmemiş ve gereken tedbirleri almamış olmalarının kusurlu olduklarını göstereceği ifade edilmektedir<sup>115</sup>. Doktrindeki bu açıklamalar ışığında, rekabet ihlalleri bakımından hukukumuzda kusur sorumluluğu esas olmakla birlikte, zarar görenlerin kusurun varlığını ispat yükümlülüklerinin önemli ölçüde hafiflediği görülmektedir. Bu durum Beyaz Kitap’ta ortaya konulan yaklaşımla örtüşmektedir. Bununla birlikte, doktrindeki açıklamalara paralel somut düzenlemelerin yapılması yargılama esnasında karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından yararlı olacaktır.

### 2.2.3. Tazminatın Kapsamı

RKHK madde 57’de rekabet ihlali nedeniyle zarar görenlerin tazminat haklarının bulunduğu ifade edilmiş, daha sonra RKHK 58/I’de tazminatın kapsamına yer verilmiştir. RKHK madde 58/I c.1’e göre, zarar görenler ödedikleri bedel ile rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir. Hüküm, (tüketiciler de dahil olmak üzere) *alıcıların* isteyebilecekleri tazminatın kapsamını belirlemektedir. Buna göre, alıcılar hükümde işaret edilen fark teorisi

<sup>113</sup> İnan 2004, s.48; Gürzumar 2006, s.153; Sanlı 2003, s.225-226; EROĞLU, S. (2000), Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, s.215; İKİZLER, M. (2005), Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara, s.356; kusursuz sorumluk esasının geçerli olduğu yönünde TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara, s.299; GÜVEN, P. (2008), Rekabet Hukuku, Ankara, s.755. Tasarı’da, tartışmalara son verecek biçimde kusur sorumluluğundan açıkça bahsedilmektedir. Tasarı’nın 22. maddesi ile RKHK’nun 57. maddesi şu şekilde değiştirilmek istenmektedir: “Her kim, *kusurlu olarak*, 4 üncü madde kapsamında olan ve muafiyetten yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut 6 veya 7 nci maddeyi ihlal ederse, ihlalden zarar görenlerin bu nedenle uğradıkları her türlü zararı tazmin etmekle yükümlüdür...”

<sup>114</sup> AKINCI, A. (2001), Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara s.368; Sanlı 2003, s.226; AKSOY, M. N. (2004), Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.154, dn.196.

<sup>115</sup> Gürzumar 2006,s.154; Akıncı 2001, s.369.

çerçevesinde bedel farkını yani “fiilî zararlarını” talep edebileceklerdir<sup>116</sup>. RKHK madde 58/I c.2’de ise, rekabetin sınırlanmasından etkilenen *rakip teşebbüslerin* bütün zararlarını isteyebilecekleri ifade edilmiştir<sup>117</sup>. Rakip teşebbüslerin zararı genellikle kâr mahrumiyeti şeklinde ortaya çıkacağından, maddedeki *bütün zararlar* ifadesinin “mahrum kalınan” kâr şeklinde anlaşılması gerekir<sup>118</sup>.

ATAD’ın “*Manfredi*” kararında zarar görenlerin fiilî zararlarını ve mahrum kaldıkları kârı isteyebileceklerine işaret ettiği hatırlandığında, RKHK’daki hükümlerin AB’deki uygulamalara paralellik arz ettiği görülmektedir.

RKHK madde 57’de her türlü zararın tazmininden bahsedilmekle birlikte, yansıma zararların tazmin edilemeyeceği genel kabul görmektedir<sup>119</sup>. İsbetli bulduğumuz bu görüşlerin AB’deki gelişmelere aykırı olmadığını düşünüyoruz. Zira, ATAD kararlarından yansıma zararların tazmin edilmesi gerektiği sonucunu çıkarmak mümkün olmadığı gibi, Beyaz Kitap’ta bu tür zararların tazmin edilmesi gerektiğine dair herhangi bir ifadeye de yer verilmemiştir. Keza, aksini kabul davalı teşebbüslerin aşırı bir tazminat yüküyle karşı karşıya kalmalarına yol açabilecektir.

Manevi zararların tazmininin istenip istenemeyeceği ise tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hâkim görüş, bu tür taleplerin ileri sürülmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı yönündedir<sup>120</sup>.

Türk rekabet hukukunda tazminatın kapsamıyla ilgili bir başka düzenleme RKHK madde 58/II’de yer alır. Hükümle zarar görenlere üç kat

<sup>116</sup> Gürzumar 2006, s.160.

<sup>117</sup> Fail ile arasında rekabet ilişkisi olmayan teşebbüslerin de ihlâl nedeniyle zarar görmeleri mümkün olmasına rağmen, hükümde sadece “rakip teşebbüsler” den bahsedilmiş olması eleştirilmiştir (Bkz. İnan 2004, s.50).

<sup>118</sup> Sanlı 2003, s.237; Gürzumar 2006, s.162.

<sup>119</sup> SAYHAN, İ. (2005), “Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt 5, Sayı 3, s.61; Gürzumar 2006, s.162; Sanlı 2003, s.239-240; aksi görüşte Topçuoğlu 2001, s.303.

<sup>120</sup> Özsunay 2005, s.144; TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yaşığına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri, s.260; BADUR, E. (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Ankara, s.162; Topçuoğlu 2001, s.304; aksi görüşte Sanlı 2003, s.59; Akıncı 2001, s.389.

tazminat talep etme imkânı tanınmıştır. Bunun için bazı şartların varlığı gerekir. İlk olarak, ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması, ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmalıdır<sup>121</sup>. İkinci olarak, zarar görenlerin üç kat tazminata hükmedilmesi yönünde bir talepte bulunmaları gerekir. Bu şartların varlığı halinde, hâkim uğranılan zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği (veya elde etmesi muhtemel olan) kârların üç katına kadar tazminata hükmedebilecektir.

ABD antitröst hukukundan iktibas edilmiş olan üç kat tazminat yaptırımı, tazminat davalarını teşvik edici ve ihlaller üzerinde caydırıcı bir etkiye sahiptir. Buna karşın, tazminat müessesesine “zararın giderimi” dışında, faili “cezalandırma” görevi de yüklemesi nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir<sup>122</sup>. Söz konusu eleştiri bir yana bırakılsa bile, üç kat tazminat yaptırımının teşebbüsleri pişmanlık programlarına başvurmaktan alıkoyabileceğini ve müteselsil sorumluluk nedeniyle failerin ekonomik yıkımına neden olabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir<sup>123</sup>. Bu yüzden, üç kat tazminat yaptırımı terk edilmeli, onun yerine AB’deki gelişmelere paralel biçimde toplu dava, yargılama giderlerinin azaltılması gibi tazminat davalarını teşvik edici ve yaygınlaştırıcı diğer uygulamalara yer verilmelidir.

#### 2.2.4. Zararın Yansıtılması Savunması ve Dolaylı Alıcıların Dava Hakkı

RKHK madde 57 ve devamında “zarar görenlerin” tazminat isteyebilecekleri ifade edilmiş, ancak bunların kimler olduğu açıklanmamıştır. Doktrinde, tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin *normun koruma amacı* kuramına göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>124</sup>. Buna göre, yalnızca RKHK’daki normlar ile korunmak istenen kişiler zararlarının giderilmesini talep edebilirler. Doğrudan alıcılar ve (tüketiciler de dahil olmak üzere) dolaylı alıcılar rekabet normlarının

<sup>121</sup> Doktrinde, “tarafların anlaşması ya da kararı” ile ifade edilmek istenenin aslında “tarafların kastı” olduğu belirtilmiştir (Sanlı 2003, s.270). Bu husus, Tasarı’nın 26. maddesinde dikkate alınmış ve RKHK madde 57/II’nin şu şekilde düzenlenmesi öngörülmüştür: “Ortaya çıkan zarar, Kanunu ihlal eden teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin *kastı veya ağır ihmalden* kaynaklanmışsa, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir...”

<sup>122</sup> Özsunay 2003, s.147.

<sup>123</sup> Nitekim, bu sakıncaları dikkate alan Komisyon, Yeşil Kitap’taki *iki katı tazminat* önerisinden vazgeçmiştir.

<sup>124</sup> Sayhan 2005, s.53; Gürzumar 2006, s.146, 160; Sanlı 2003, s.234 vd.

koruma amacı kapsamında mütalaa edildiğinden<sup>125</sup>, uğradıkları zararların tazminini isteyebileceklerdir<sup>126</sup>. Ayrıca, mevzuatımızda davalının “zararın sonraki alıcılara yansıtılmış olduğu” def’inde bulunabilmesini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu açıdan, hukukumuzdaki mevcut durumun (zararın intikali savunmasının geçerli olması ve dolaylı alıcılara dava hakkı tanınması yönündeki) ATAD kararları ve Komisyon’un yaklaşımıyla aynı yönde olduğu görülmektedir.

Öte yandan, zararın intikali sebebiyle çok sayıda küçük zararların oluşması mümkündür. Bu tür zararların tazminine yönelik taleplerin ileri sürülmesinde karşılaşılabilecek zorlukların aşılmasında önemli bir araç olan toplu davalara hukukumuzda yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Ayrıca, dolaylı alıcılar ihlalin doğrudan muhatabı olmadıklarından, zararın kendilerine yansıtıldığını ve yansıtılan miktarı ispatlamakta güçlüklerle karşılaşabileceklerdir. Bu nedenle, Beyaz Kitap’ta önerildiği üzere, RKHK’da “*dolaylı alıcılar lehine, zararın tamamının kendilerine yansıtıldığına dair kesin olmayan bir karineye*” yer verilmesi bahsedilen güçlüklerin aşılmasında etkili olacaktır.

### 2.2.5. Toplu Davalar

Toplu davaların tazminat taleplerinin ucuz, etkin ve yaygın biçimde ileri sürülebilmesine imkân vermesinin yanı sıra, usul ekonomisi açısından da önemli avantajlar sağladığını daha önce belirtmiştik. Toplu davaların en önemlileri “sınıf davaları” ve “birlik davaları”dır. Sınıf davalarına hukukumuzda yer verilmemiştir. Her ne kadar, HUMK madde 43’te düzenlenmiş olan (ihtiyari) dava arkadaşlığı kapsamında zarar görenlerin birlikte dava açması mümkün ise de, bu yöntem sınıf davalarından birçok yönden ayrılır. HUMK madde 44’te dava arkadaşlarının birlikte hareket edeceklerinin belirtilmiş olması da bu sonucu değiştirmez. Zira, her dava arkadaşının davası birbirinden bağımsız olup, dava arkadaşı kadar dava

<sup>125</sup> Gürzumar 2006, s.161. Sayhan ise, tüketicilerin zararlarının *yansıtma zarar* niteliğinde olduğu ve bu nedenle tazmin edilemeyeceği görüşündedir. (Sayhan 2005, s. 61, dn.67).

<sup>126</sup> Sanlı, dolaylı alıcıların zararlarının belirlenmesinin mahkemeler için güç olacağı, bilhassa tüketicilere dava hakkının verilmesinin yargı sistemi için büyük bir yük oluşturacağı gerekçesiyle dolaylı alıcılara dava hakkı verilmemesi gerektiğini savunmaktadır (Sanlı 2003, s.241). İnan ise, tüketicilerin tazminat talep etmelerini teorik olarak mümkün görmekle birlikte, pratikte bunun gerçekleştirilmesinin oldukça zor olduğu kanaatindedir. (İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, s.16-17.



vardır<sup>127</sup>. Bunun neticesi olarak, ihtiyari dava arkadaşları kişisel iddia ve savunmalarını diğerlerinden bağımsız olarak ileri sürebilirler. Dava arkadaşlarının hepsi için ortak olan bir def'i (örneğin zamanaşımı def'i) sadece bunu ileri sürmüş olan bakımından hüküm ifade eder<sup>128</sup>. Ayrıca, her bir dava arkadaşı için ayrı ayrı hüküm verilebilecek olduğundan, birinin talebi kabul edilirken, diğeri açısından davanın reddi mümkündür. Keza, dava arkadaşları hakkında ayrı ayrı yargılama giderlerine hükmedilir<sup>129</sup>.

Hukumumuzda, tazminat istemiyle açılabilen birlik davalarına da yer verilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu madde 58/III hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, mesleki ve iktisadi birliklerin rekabet ihlalinin tespiti, önlenmesi ve ihlâl neticesi ortaya çıkan durumun giderilmesini isteyebilmeleri mümkün olmakla birlikte<sup>130</sup>, söz konusu birliklere tazminat talebinde bulunma yetkisi tanınmamıştır<sup>131</sup>.

Tazminat taleplerini de içeren kollektif hak arama yollarına hukukumuzda yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik<sup>132</sup>. Söz konusu eksikliğin giderilmesinde, ne tür bir yol izlenmesi gerektiğinin tespitinde yarar vardır. Öncelikle, Beyaz Kitap'taki birlik davaları ve sınıf davalarının bir arada uygulanması yönündeki öneriyi isabetli bulmadığımızı belirtelim. Zira, bu tür bir uygulama zararın birden fazla tazminine yol açabilecektir. Bu yüzden, birlik davası ya da sınıf davalarından yalnızca birisine yer verilmesi daha doğrudur. Öte yandan, birlik davaları tazminat istemlerini

<sup>127</sup> PEKCANITEZ, H., O. ATALAY ve M. ÖZEKES (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara, s.191.

<sup>128</sup> ALANGOYA, Y. (1999), Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul (1965 Tıpkı Basım), s.125; Pekcanitez vd. 2006, s.191, dn.55.

<sup>129</sup> ULUKAPI, Ö (1991), Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya, s.225, 230 vd.

<sup>130</sup> Tekinalp 2005, s.260. Bu imkân Tasarı'da açıkça düzenlenmektedir. Tasarı'nın 26. maddesi ile getirilmek istenen yeni RKHK madde 57/III hükmü şu şekildedir: "İhlalden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlalin sona erdirilmesini veya yakın ihlal tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır."

<sup>131</sup> ARKAN, S. (2001), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s.306. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 118. maddesinde "grup davası" başlığı altında bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, "Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler". Görüldüğü üzere, bu düzenlemede de davacılık sıfatı tanınan tüzel kişilere temsil ettikleri grup adına tazminat talebinde bulunma yetkisi tanınmamaktadır.

<sup>132</sup> Esasen bu eksiklik sadece rekabet hukuku bakımından değil, kitlesel zararların söz konusu olduğu çevre ve ilaç hukuku gibi diğer alanlar için de söz konusudur.

birliklerin inisiyatifine bırakması nedeniyle sakıncalıdır. Çünkü, birlikler (dava sonunda tazminata hükmedilse bile, bu kendileri için herhangi bir ekonomik fayda sağlamayacağından) tazminat taleplerinin ileri sürülmesi hususunda zarar görenler kadar istekli davranmayabileceklerdir<sup>133</sup>. Bu sorunun, hükmedilecek tazminatın bir kısmının davayı açan birliklere bırakılması suretiyle aşılması düşünülebilir ise de, bu defa birlik davalarının sırf birliğe gelir sağlamak amacıyla açılması ve kötüye kullanılması riski ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, birlik davalarında tazminatın hesaplanması ve paylaşılmasında bir takım sorunlar yaşanabilecektir. Bu sakıncalar sınıf davaları açısından söz konusu değildir. Bununla birlikte, Amerikan hukukundaki (*opt-out model*) sınıf davalarında, mahkemece verilecek karar prensip olarak davaya katılmayanlar için de bağlayıcı olduğundan “hukuki dinlenilme hakkını” zedeleyebilecek niteliktedir. Bu itibarla, İsveç hukukundan esinlenilerek Beyaz Kitap’ta önerilmiş olan ve mahkeme kararının yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsadığı (*opt-in model*) sınıf davasına hukukumuzda yer verilmesi düşünülebilir<sup>134</sup>. Kuşkusuz, bu yönde yapılacak düzenleme zarar görenlerin bireysel dava açma imkânlarını ortadan kaldırmamalıdır.

### 2.2.6 Yargılama Giderleri

Yargılama giderleri, kural olarak davada haksız çıkan tarafa yüklenir. Dolayısıyla, “*kaybeden öder*” ilkesi hukukumuzda da geçerlidir. Ancak, bu ilkenin zarar görenlerin (özellikle de tüketicilerin) dava açmaktan kaçınmalarına neden olabileceğini daha önce belirtmiştik. RKHK’da bu olumsuzluğu gidermeye yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan, HUMK madde 465’te adli yardım (müzaheret adliye) kurumuna yer verilmiştir. Buna göre, yargılama giderlerini, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora sokmaksızın kısmen ya da tamamen ödeyemeyecek durumda olan kişilere, haklılıklarına dair kanaat oluşturmaları halinde yargılama giderlerini ödemekten geçici olarak bağışıklık tanınır. Kural olarak, adli yardımdan sadece gerçek kişiler

<sup>133</sup> Nitekim, 2005 yılında Alman hukukunda yapılan değişiklikle birliklere *failin ihlalden elde ettiği menfaati hazineye devretmesi talebiyle* dava açma yetkisi tanınmış (GWB § 34a), fakat düzenlemeden beklenen yarar elde edilememiştir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. LOEWENHEIM U., K.M. MEESEN ve A.RIESENKAMPF (2006), Kartellrecht, Band 2: GWB Kommentar, München, § 34a.

<sup>134</sup> Kanaatimizce, bu konudaki düzenleme kitlesel zararların söz konusu olduğu diğer alanları da kapsayacak genel bir hüküm şeklinde HUMK’da yapılabilir.

yararlanabilir. Tüzel kişiler adlî yardım talebinde bulunamaz. Zira, ailenin geçiminin önemli ölçüde sıkıntıya düşmesi, sadece gerçek kişiler bakımından söz konusu olabilir<sup>135</sup>. Hâl böyle olmakla birlikte, düzenleme hayır kurumları (müessesatı hayriye) bakımından istisna getirmiştir.

Adlî yardımdan yararlanabilmenin iki koşulu vardır: “*Yoksul olmak*” ve “*haklı olmak*”. Buradaki yoksulluk, genel manada yoksulluk olmayıp, dava için yapılması gereken lüzumlu giderler nedeniyle önemli ölçüde ekonomik sıkıntıya düşülecek olmasıdır<sup>136</sup>. Haklı olmak kavramı, teknik anlamda ispat hükümlerinin uygulanması sonucu ortaya çıkacak haklılık şeklinde anlaşılmalıdır<sup>137</sup>. Haklılık ile kastedilen, adlî yardım talebinde bulunan kimsenin iddia veya savunmasında açıkça haksız olmaması, davada başarılı olma ihtimalinin kaybetme ihtimaline nazaran daha fazla olmasıdır. Davacının, haklı olduğu konusunda hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşturması yeterlidir<sup>138</sup>.

Rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarında HUMK madde 465’in işletilmesine bir engel yoktur. Bununla birlikte, adlî yardımdan yararlanabilecek kişilerin, hayır kurumları bir tarafa bırakılacak olursa, gerçek kişilerle sınırlı tutulmuş olması rekabet ihlali nedeniyle zarara uğramış tüzel kişileri bu imkândan yoksun bırakmaktadır. Oysa, tazminat davası açabilecek kişiler arasında rakip teşebbüsler önemli bir kesimi oluşturur ve bunların tüzel kişiliğe sahip olma olasılığı oldukça yüksektir. Adlî yardımdan yararlanabilecek gerçek kişiler (örneğin tüketiciler) ise, yoksulluk koşulu için olmasa bile, haklılık koşulunun ispatında güçlükler yaşayabileceklerdir. Tüm bunların ötesinde, adlî yardımın yargılama giderleri bakımından sadece geçici bir bağımsızlık sağlaması ve adlî yardımdan yararlanan kişinin davayı kaybetmesi halinde yargılama giderlerini ödeyecek olması, adlî yardım müessesesini tazminat davalarını teşvik edici bir araç olmaktan çıkarmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, HUMK madde 465’te yer alan düzenlemenin, yargılama giderlerinin tazminat davalarını engelleyici etkisini gidermede yeterli olduğunu söylemek güçtür. Bu alanda özel bir

<sup>135</sup> Pekcanitez vd. 2006, s.601.

<sup>136</sup> Pekcanitez vd. 2006, s.602.

<sup>137</sup> TAŞKIN, A. (2000), “Noterlik İşlemlerinde Adlî Yardım Hükümlerinin Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 49, Sayı 1-4, s.124.

<sup>138</sup> Pekcanitez vd. 2006, s.603.

düzenlemeye gidilmelidir. Bu, tüzel kişi/gerçek kişi ayrımı yapılmaksızın ve haklılık şartı aranmaksızın, mahkemelere yargılama giderlerini davacının ekonomik durumuna uygun hale getirme yetkisi veren bir düzenleme olmalıdır. Bu kapsamda, Alman hukukundaki (GWB §89a) gibi, *davacının yargılama giderlerinin tamamını ödemesi halinde ekonomik durumunun ciddi olarak tehlikeye gireceğini inandırıcı biçimde ortaya koyması halinde, mahkemenin yargılama giderlerini indirebilmesi* şeklinde bir hükme RKHK'da yer verilebilir. Ayrıca, suiistimalleri önlemek bakımından, *davanın kötü niyetli olarak açıldığı hallerde dava masraflarının davacıya yükletilmesi* yönünde bir yaptırım getirilebilir.

Beyaz Kitap'ta, yargılama masraflarını azaltılması amacıyla sulh müessesini teşvik edici kurallara yer verilmesi önerilmiştir. Esasen, hukukumuzda bu konuda bazı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, HUMK madde 213'te, hakimin sonuç vereceği umulan hallerde iki tarafı sulhe teşvik edebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, sulh ilk duruşmada yapılırsa karar ve ilam harcının üçte biri, daha sonra yapılırsa üçte ikisi alınmaktadır. (Harçlar Kanunu madde 22). Keza, dava delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın gereğinin yerine getirilmesinden önce sulhle sonuçlanırsa tarifedeki vekâlet ücretinin yarısına, daha sonraki bir aşamada sulhle sonuçlanması halinde ise tarifedeki vekâlet ücretinin tamamına hükmedilir (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi madde 6). Ancak, HUMK madde 213 hükmünün uygulamada yeterince işletildiğini söylemek güçtür. Mahkemelerin rekabet ihlallerine ilişkin tazminat davalarında bu düzenlemeye sıklıkla müracaat etmelerinde yarar vardır. Ayrıca, rekabet hukuku alanındaki tazminat davalarına mahsus olmak üzere, harç ve avukatlık ücretlerinde sulh nedeniyle yapılacak indirimlerin yükseltilmesi ya da mahkemelere bu konuda takdir yetkisi tanınması uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü teşvik edebilecektir.

### **2.2.7. Tazminat Davalarının Pişmanlık Programı Üzerindeki Etkileri**

Pişmanlık programı ile ilgili olarak yakın zamana kadar mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 23.1.2008 tarihinde RKHK'nun 16. maddesinde yapılan değişiklikle pişmanlık uygulamaları hukukumuzda yerini almış oldu. Bu yeni düzenlemeye göre, rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri ile bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak

bu maddedeki idari para cezaları verilmeyebilecek veya bu cezalarda indirim yapılabilecektir (RKHK madde 16/VI).

Pişmanlık programından yararlanan teşebbüslerin tazminat sorumluluğunun hafifletilmesine yönelik bir düzenleme ise henüz hukukumuzda mevcut değildir. Ancak, Tasarı bu alanda bir düzenleme içermektedir. Tasarı'nın, RKHK'nun 57/II maddesinde değişiklik öngören 26. maddesi ile getirilmek istenen hüküm şu şekildedir: "Ortaya çıkan zarar, Kanunu ihlal eden teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin kastı veya ağır ihmalden kaynaklanmışsa, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir. *Kurumla aktif işbirliği yaparak ceza bağışıklığından veya indiriminden yararlanan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri bakımından ise, hükmedilecek tazminat uğranılan zararı aşamaz.*"

Hüküm, pişmanlık programından yararlanan teşebbüslerin tazminat sorumluluğunu hafifletmesi bakımından son derece olumlu olmakla birlikte yeterli değildir. Zira, söz konusu teşebbüslerin meydana gelen zarardan müteselsilen sorumlu olmaya devam edecek olmaları onları pişmanlık programına başvurmaktan alıkoyabilecektir. Bu yüzden, Beyaz Kitap'ta belirtildiği üzere, pişmanlık uygulaması kapsamında para cezasından bağışıklık tanınmış olan teşebbüslerin tazminat sorumluluklarının, "*kendileriyle sözleşme ilişkisi bulunan kimselerin zararlarıyla*" sınırlı tutulmasını sağlayan bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

### **2.2.8. Zamanaşımı süreleri**

RKHK, tazminat davalarında zamanaşımı süreleriyle ilgili olarak özel bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla, RKHK kapsamında açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süreleri genel hükümlere tâbidir. Rekabet ihlali nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olup, zarar görenler, Borçlar Kanunu (BK) madde 60 uyarınca zararı ve faili öğrendikleri andan itibaren bir yıl ve ihlalin gerçekleşmesinden itibaren on yıl içerisinde tazminat davası açabileceklerdir.

Rekabetin ihlâl edilmiş olduğunu ispatlamak çoğu kez karmaşık ve zahmetli bir analizi gerektirir. Bu nedenle, tazminat davasının Kurul'un ihlalin gerçekleştiğine dair kararından sonra açılması zarar görenlere önemli derecede ispat kolaylığı sağlayacaktır. Ancak, BK madde 60'daki bir yıllık süre içinde Kurul'un henüz bir karar vermemiş veya kararın

kesinleşmemiş olması ülkemiz koşullarında sıkça karşılaşılabilecek bir durumdur<sup>139</sup>. Keza, Kurul'un soruşturma açmış olması BK madde 132'deki zamanaşımını durduran sebepler arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla, zarar görenlerin iddialarını Kurul kararına dayandırma olanağından mahrum kalma riski yüksektir. Sorunun çözümüyle ilgili olarak doktrinde, "Kurul ihlale ilişkin soruşturma açmış ise, zamanaşımını süresinin Kurul kararına karşı gidilebilecek yargı yollarının tükenmesi anından sonra bir yıl daha devam etmesi" şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi önerilmiştir<sup>140</sup>. Bu düzenleme, Beyaz Kitap'ta önerilen düzenleme ile zamanaşımını süresinin başlayacağı an bakımından benzerlik, sürenin uzunluğu bakımından farklılık göstermektedir.

Kanaatimizce, tazminat davalarının, Kurul kararının (yahut buna ilişkin mahkeme kararının) kesinleşmesinden itibaren 2 yıl içinde açılabilmesi, delillerin toplanması ve davanın hazırlanmasında karşılaşılabilecek güçlüklerin aşılması bakımından -bilhassa toplu davaların açılmasının söz konusu olduğu hallerde- daha isabetlidir.

## SONUÇ

AB rekabet hukukunda yaptırım sistemi iki sütundan oluşur. Bunlardan birisi kamusal yaptırımlar, diğeri özel hukuk yaptırımlarıdır. Özel hukuk yaptırımları arasında yer alan tazminat davaları, caydırıcılık etkisi nedeniyle rekabetin korunmasında önemli rol oynar. Bu yönüyle kamusal yaptırımları tamamlayıcı bir fonksiyona da sahiptirler.

1/2003 Sayılı Tüzükle, AB rekabet kurallarının uygulanmasında Komisyon merkezli denetim sisteminden vazgeçilerek, üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerine AB rekabet kurallarının uygulanmasında önemli yetkiler verilmiştir. Yasal istisna sistemine geçilmesi, rekabet ihlalleriyle mücadelede ex-post denetimin, dolayısıyla özel hukuk yaptırımlarının önemini artırmıştır. Ayrıca, ATAD kararlarında, zarar gören herkesin tazminat davası açabilmesi gerektiği, aksi takdirde rekabetin korunmasına yönelik normların etkinliğinin azalabileceğine dikkat

<sup>139</sup> Nitekim, Aslan, Kurul'un karar vermesi için geçen sürenin hemen her zaman bir yıldan uzun sürdüğünü, verilen kararın yargısal anlamda kesinleşmesinin ise 2-3 yıldan önce gerçekleşmediğini belirtmektedir (Aslan 2005, s.695).

<sup>140</sup> Aslan 2005, s.695.

çekilmiştir. Tüm bu gelişmeler AB rekabet hukukunda tazminat davalarını daha yaygın ve etkin kılma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

ATAD kararlarıyla tazminat davaları alanında temel bir ölçüt getirilmiştir. Buna göre, üye devletlerin tazminat davalarına ilişkin iç hukuk hükümleri AB rekabet normlarının etkinliğini azaltacak nitelikte olmamalıdır. Fakat, üye devletlerin bir çoğunun millî hukuklarının bu ölçütle çelişen düzenlemeler içeriyor olması modernizasyon çalışmalarının başlatılmasına neden olmuştur. Komisyon, tazminat davaları alanındaki sorunların çözümüne yönelik alternatif önerileri ilk olarak Yeşil Kitap ile tartışmaya açmıştır. Daha sonra, bu önerileri kamuoyu ve AB Parlamentosu'nun görüşleri doğrultusunda revize ederek yapılması gereken düzenlemelere ilişkin görüşlerini Beyaz Kitap'ta açıklamıştır.

Beyaz Kitap'ta önerilen düzenlemelerin şekillenmesinde ATAD kararlarında yer alan iki ilkenin merkezi rol oynadığı söylenebilir: “*Zarar Gören Herkesin Dava Açabilmesi*” ve “*Davacının Sebepsiz (Haksız) Zenginleşmesinin Önlenmesi*”.

Komisyon, bu ilkeler ışığında yapılması gereken düzenlemeleri ortaya koyarken Amerikan hukukundaki uygulamalar ve deneyimlerden istifade etmiş, aynı zamanda AB hukuk kültürü ve geleneğinden ayrılmamaya da özen göstermiştir. Örneğin, delillere ulaşma kolaylığı sağlanması konusunda Amerikan hukukundaki yöntemden (*pre-trial discovery*) esinlenilmiş, fakat bu yöntem tümüyle benimsenmemiştir. Keza, yargılama giderlerinin zarar görenlerin dava açmasını engellemeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiği belirtilmiş, ancak başarıya endeksli avukatlık ücretine yer verilmemiştir.

Önerilen düzenlemelere bakıldığında, Komisyon'un üye devletlerin hukuk sistemine yabancı uygulamalar (örneğin cezalandırıcı tazminat) yerine, zarar gören herkesin tazminat davası açabilmesine imkân verecek mekanizmalarla caydırıcılığı sağlama eğiliminde olduğu görülmektedir. Beyaz Kitap'ta yer alan önerilerin hayata geçirilmesi halinde, AB rekabet hukukunda tazminat davalarına ilişkin yeni, özgün ve etkin bir sistemin oluşacağını söylemek mümkündür.

Hukukumuzda, rekabet ihlaline dayalı tazminat talepleri RKHK madde 57 ve devamında düzenlenmiştir Söz konusu hükümlerde “zarar görenlerin” tazminat isteyebilecekleri ifade edilmiş, fakat bunların kimler

olduğu açıklanmamıştır. Doktrinde, tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin *normun koruma amacı* kuramına göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, *zarar gören herkes değil, sadece RKHK'daki rekabet ihlallerini önlemeye yönelik normlar ile korunmak istenen kişiler* zararlarının giderilmesini isteyebilirler. Bu yaklaşımın ATAD kararları ile ne ölçüde bağdaştığı tartışmalıdır. Zira, normun koruma amacı kuramı, rekabeti sınırlayan bir anlaşmanın taraflarına tazminat isteme hakkı vermez. Oysa ATAD “*Courage*” kararında bu tür anlaşmalara taraf olmakla birlikte, sözleşme koşulları kendisine empoze edilmiş kişilerin de tazminat isteyebileceğini belirtmiştir. Buna göre, kartel anlaşmasının taraflarının peşinen (karteli yasaklayıcı) normun koruma amacı kapsamı dışında tutulmaları, bilakis onların rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşıyıp taşımadıklarına göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu yaklaşımın hukukumuzda da benimsenmesi ve olası tereddütlerin giderilmesi amacıyla RKHK’da gerekli düzenlemelerin yapılması isabetli olacaktır.

Rekabetin korunmasında, tazminat davası açabileceklerin kapsamının mümkün olduğunca geniş tutulması kadar, dava açmayı kolaylaştırıcı yöntemlere yer verilmesi de önemlidir. RKHK, “üç kat tazminat” ve “ispat kolaylığı” gibi davacılar lehine bir takım düzenlemeler içermekle birlikte, bunların tek başına yeterli olduğunu söylemek güçtür. Tasarı ile getirilmek istenen düzenlemeler ise, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler bakımından üç katına kadar tazminat sorumluluğunun kaldırılması ve ihlalin Rekabet Kurumu tarafından incelenmekte olmasının adliye mahkemesince bekletici mesele sayabilmesi ile sınırlıdır. Tazminat taleplerinin ileri sürülmesinin önündeki engelleri kaldırıcı asli mekanizmaların (örneğin, yargılama giderlerinin indirilmesi, Kurul kararlarının bağlayıcılığı, sınıf davaları gibi) gerek pozitif hukukumuzda gerekse Tasarı’da yer almadığı görülmektedir. Bu eksikliği giderici düzenlemelere Tasarı’da yer verilmeli, ayrıca bu şekilde oluşturulacak yaptırım sistemini olumsuz yönde etkileyebilecek mevzuatımızdaki hükümler kaldırılmalı ya da revize edilmelidir. Bu yapılırken, ATAD içtihatları göz önünde tutulmalı, söz konusu içtihatlar ile ABD ve üye ülkelerdeki deneyimler göz önünde tutularak hazırlanmış olan Beyaz Kitap’taki önerilerden istifade edilmelidir. Böylece, AB hukukuna aykırılık sorunu oluşmaksızın, hukukumuzda tazminat davaları rekabet ihlalleriyle mücadelede etkin bir araç haline gelebilecektir.



## KAYNAKÇA

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

AKSOY, M. N. (2004), Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ALANGOYA, Y. (1999), Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul (1965 Tıpkı Basım).

ALEXANDER, C. (2007), “Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle- Ein Überblick”, Juristische Schulung, Heft: 2, s.109-114.

ARKAN, S. (2001), Ticari İşletme Hukuku, Ankara.

ASHURST REPORT (2004), Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report, Ashurst, Brussels.

ASLAN, İ. Y. (2005), Rekabet Hukuku, Ankara.

BADUR, E. (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Ankara.

BAUR, J. (1988), “Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen Kartellvorschriften des EWG Vertrages”, Europarecht, s. 257-273.

BECHTOLD, R. ve O. Otting (2006), Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München.

BORNKAMM, J. ve M. BECKER (2005), “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts”, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Heft: 3, s.213-236.

BUNDESKARTELLAMT (2005), Private Kartellrechtsdurchsetzung- Stand, Probleme, Perspektiven, [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitr\\_aege/05\\_Proftag.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitr_aege/05_Proftag.pdf), Erişim Tarihi: 29.12.2008.

BUNDESMINISTERIUM FÜR SOZIALE SICHERHEIT, GENERATIONEN UND KONSUMENTENSCHUTZ (2006),

Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,  
[http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/bundesministerium\\_fur\\_ssgk\\_de.pdf](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_ssgk_de.pdf),  
Erişim Tarihi: 02.01.2009.

BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE/  
BUNDESKARTELLAMT (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der  
Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-  
Wettbewerbsrechts,  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/bundesministerium\\_fur\\_wtb\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_wtb_de.pdf), Erişim Tarihi:  
03.01.2009.

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E.V. (2006),  
Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen  
wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/bdi.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf), Erişim Tarihi: 03.01.2009.

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMERTAG (2006),  
Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen  
wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,  
[http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz\\_wettbewerb.pdf](http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz_wettbewerb.pdf), Erişim Tarihi: 05.01.2009.

DIEMER, C. (2006), “The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, *European Competition Law Review*, Vol: 27, No: 6, s.309-316.

ERDEM, H. E. (2007), 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, *Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler*, İstanbul.

EROĞLU, S. (2000), *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, İstanbul.

GLÖCKNER, J. (2007), “Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts- Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Heft: 5, s.490-500.

GRUBER, J. P. (2006), “Schadenersatz und Kartellrecht- das Grünbuch der Kommission-“, Medien und Recht-International Edition, Heft: 1 s.17-22.

GÜRZUMAR, O. B. (2006), “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak” (Sempozyum Bildiriler Kitabı), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

GÜVEN, P. (2008), Rekabet Hukuku, Ankara.

HAMMER, J. (2004), “Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003”, ERA-Forum, Vol. 5, No: 1, s.7-26.

HEINE-MERNIK, R. (2002), Die Entwicklung eines autonomen europäischen Kartelldeliktsrechts, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Bremen, Bremen.

HÖLZEL, N. (2007), Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 65, Halle.

İKİZLER, M. (2005), Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara.

İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara.

İNAN, N. (2004), “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri.

KOCAER, Ş. (2005), Kartellerle Mücadelede Pişmanlık Programlarının Uygulanması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KURU, B. (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara.

LANGEN, E. ve H. J. BUNTE (2007), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Luchterhand.

LOEWENHEIM, U., K. M. MEESSEN ve A. RIESENKAMPFF (2006), Kartellrecht, Band 2: GWB Kommentar, München.

LÜBBİG, T. ve M. LE BELL (2006), “Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen”, Wettbewerb in Recht und Praxis, s.1209-1216.

ÖZSUNAY, E. (2005), “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri.

ÖZSUNAY, E. (2006), “ABD ve Kartel Hukuklarında Pişmanlık Programları ve Türk Rekabet Hukuku Üzerine Düşünceler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Kayseri.

PEKCANITEZ, H., O.ATALAY ve M.ÖZEKES (2006), Medeni Usul Hukuku, Ankara.

RÖHLING, A. (2006), “Die passing-on defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen.

SANLI, K. C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri.

SAYHAN, İ. (2005), “Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt 5, Sayı 3, 2005, s.29-61.

SCHRÖTER, H., H. VON DER GROEBEN ve J. SCHWARZE (2003), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden.

SEITZ, C. (2006), “Kommentar zum Urteil des EuGH Rs. C-295/04, Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.”, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, s.416-418.

STOCKENHUBER, P. ve R.WITTMANN (2007), “Private enforcement” jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtpraxis?”, Wohnrechtliche Blätter, s.330-336.

TAŞKIN, A. (2000), “Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 49, Sayı 1-4, s.117-136.

TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri.

TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara.

ULUKAPI, Ö. (1991), Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya.

WAGNER, G. (2007), “Schadenersatz bei Kartelldelikten”, German Working Papers in Law and Economics, Vol. 2007, Paper 18, s.1-41.

WEITBRECHT, A. (2003), “Das neue EG-Kartellverfahrensrecht”, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, s.69-73.

WISSENBACH, K. (2006), Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft: 60, Halle.

ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS E.V. FRANKFURT AM MAIN (2006), Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,

<http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264>,

Erişim Tarihi: 05.01.2009.

ZIRNGIBL, E. (2006), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universität Augsburg, München.

## LENIENCY PROGRAMMES

### PIŞMANLIK PROGRAMLARI

**Hilal YILMAZ\***

#### **Abstract**

*The fight against cartels is one of the most important tasks of competition agencies. Although competition agencies (CAs) continue to increase their efforts to break down cartels, they have still continued to form and operate. Because the fight against cartels is a challenging task due to their secret nature, more powers are required to gather enough evidence to detect, prove and prosecute infringement. That is why leniency programs, which have a complex nature, are clearly becoming increasingly important to breaking down cartels.*

*The purpose of this article is survey the basis for leniency programs which have been used in several jurisdictions around the world and explain why the leniency programs are necessary, how they work, what their prerequisites are.*

*The article is structured in the following way: Section 1 provides an introduction to the cartels and aim of cartel policy. Section 2 discusses the reasons to implement a leniency programme. Section 3 discusses the mechanisms of leniency programme to work. Section 4 puts forward the pre-requisites of a successful leniency programme and section 5 concludes.*

**Key Words:** *Cartel, hard-core cartel, leniency programmes, amnesty, cheating*

#### **Öz**

*Kartellerle mücadele, rekabet otoritelerinin en önemli görevlerinden biridir. Rekabet otoritelerinin kartelleri yıkmaya çabalarına rağmen, hala karteller kurulmaya ve işlemeye devam etmektedir. Zira, kartellerin gizli*

---

\* Turkish Competition Authority, Competition Expert. Bu çalışma, yazarın "University of East Anglia, Master Programme (LL.M.) in International Competition Law and Policy" programına sunulan "Leniency Programmes And Turkey" konulu yüksek lisans tezinden derlenmiştir.

*yapısı, tespit edilmesi, ispatlanması ve kovuşturması için yeterince delil bulmaya daha fazla yetki gerektirmesi nedeniyle kartellerle mücadele çok zorlu bir görevdir. Bu nedenle pişmanlık programları, kartelleri yıkmakta gittikçe daha önemli hale gelmektedir.*

*Bu makalenin amacı, dünyada pekçok hukuk düzeninde kullanılan pişmanlık programlarını araştırmak ve pişmanlık programları neden gereklidir, nasıl çalışır, önkoşulları nelerdir gibi konuları açıklamaktır.*

*Makale şu bölümlerden oluşmaktadır: 1. bölüm karteller ve kartel politikasına ilişkin bir giriş sağlayacaktır. İkinci bölümde pişmanlık programı uygulamanın sebepleri tartışılacaktır. Üçüncü bölümde ise pişmanlık programının çalışma mekanizması ele alınacaktır. Dördüncü bölümde başarılı bir pişmanlık programının ön koşulları ortaya konacak ve beşinci bölümde makale sonuçlandırılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Kartel, hard-core kartel, pişmanlık programı, af, aldatma*

## 1. THE PURPOSES OF CARTEL POLICY

Cartels can generally be defined as an agreement between competitors not to compete or to reduce the level of competition, with the object of increasing prices and profits.<sup>1</sup> Spagnolo<sup>2</sup> describes cartels as “*a form of illegal activity involving the joint, coordinated effort of several agents aimed at restricting competition by fixing prices, allocating market shares, preventing entry, and so on.*” They are a kind of organized crime.

Of all anti-competitive agreements, cartels are the most inconsistent with the principles of a free market economy. There is almost universal consensus that cartels are the most harmful type of anti-competitive activity because cartels force the consumers to substitute a less desirable product at a higher price, since they reduce output and increase prices above the competitive level. Cartels cause wealth transfer from consumers to cartel members, misallocation of resources, and reductions in innovation, and thus dynamic efficiency.<sup>3</sup> In short, they waste resources, cause inefficiencies, and steal money from consumers. Cartels also have such a great effect over the international economy that just during the interwar period, international cartels controlled nearly 40% of world trade between 1929 and 1937.<sup>4</sup> On the other hand, they offer no valid economic or social benefits that would rationalize or mitigate the damage that they cause. Since the harmful effects of cartels are well understood, they are generally acknowledged to be the top priority for competition agencies (CAs) and they are prohibited in all competition laws; in some countries they are even regarded as a crime.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> OFFICE OF FAIR TRADE (2005), Predicting cartels, OFT Report OFT773, London, UK, accessible at [http://www.of.gov.uk/shared\\_of/reports/comp\\_policy/of773.pdf](http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/of773.pdf), last visited 01 April 2009, p.18.

<sup>2</sup> SPAGNOLO, G. (2006), “Leniency and Whistleblowers In Antitrust”, Discussion Paper No. 5794, accessible at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=936400](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936400), last visited 01 April 2009, p. 3.

<sup>3</sup> OECD (2002), Report On The Nature and Impact Of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws, OECD, Paris, accessible at <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf>, last visited 01 April 2009, p. 6.

<sup>4</sup> LEVENSTEIN, M.C. and SUSLOW, V.Y. (2002), “What Determines Cartel Success?”, University of Michigan Business School Working Paper No. 02-001, available at <http://www.ssrn.com/abstract=299415>, last visited 01 April 2009.

<sup>5</sup> OECD 2002, p.5.



The most harmful cartels, which are “hard-core cartels”, are anti-competitive agreements that employ harmful tactics such as price fixing, bid rigging, output restrictions or market sharing. Hard-core cartels have been characterized, in the OECD Council Recommendation as “*the most egregious violations of competition law and ... they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others.*”<sup>6</sup>

When CAs fight against cartels, there are generally three stages: discovery, prosecution and punishment. If an antitrust authority can successfully discover, prosecute and penalize cartels, existing cartels can be dismantled and new cartels may be deterred.<sup>7</sup> However, cartel members always try to conceal the cartel, since cartels are illegal, even criminal in some countries. The secret nature of cartels makes detecting and proving infringements pretty difficult for CAs.<sup>8</sup> Therefore information and evidence sources are very more important.

Introducing a leniency program is one of the tools of cartel enforces to obtain evidence and to increase the probability of detection of cartels. In the appropriate atmosphere, a leniency policy can be very helpful as an “*efficient and effective means of detecting, investigating, and prosecuting or adjudicating cartel conduct.*”<sup>9</sup> Leniency policy can fight against collusion in four ways:<sup>10</sup> First, it can help to convict cartels by

---

<sup>6</sup> OECD (1998), Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, OECD, Paris, accesible at <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>, last visited 01 April 2009, p.2.

<sup>7</sup> HARRINGTON, J.E (2006), “Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion”, International Symposium on Towards an Effective Implementation of New Competition Policy, Tokyo, accesible at <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf>, last visited 01 April 2009, p. 2.

<sup>8</sup> ICN (2005), “Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties: Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes”, Working Group on Cartels, Bonn, Germany, accesible at [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_4th\\_bonn\\_2005/Effective\\_Anti-Cartel\\_Regimes\\_Building\\_Blocks.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Blocks.pdf), last visited 01 April 2009, p.5.

<sup>9</sup> ICN (2006), “Anti-Cartel Enforcement Manual: Enforcement Techniques, Chapter 2: Drafting and Implementing an Effective Leniency Program”, Working Group on Cartels, Capetown, South Africa, accesible at [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_5th\\_capetown\\_2006/FINALFormattedChapter2-modres.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/FINALFormattedChapter2-modres.pdf), last visited 01 April 2009, p.10.

<sup>10</sup> Harrington 2006, p.4.

providing evidence, thus resulting in more probable prosecution. Second, it can help with the detection of cartels. Third, it can make them less profitable and thus deter cartel formation. And, fourth, it can make cartels more unstable and thus make them more likely to break down by themselves. Hinloopen and Soetevent state the effects of leniency programs on cartels as follows<sup>11</sup>: “*Leniency programs have an ambiguous effect on internal cartel stability. On the one hand, the incentive to cheat on the cartel is enhanced as defecting cartel members face a reduced fine when they report the cartel. In this way, leniency programs increase the risk of being cheated upon by other cartel members. As Spagnolo (2004, p.6) puts it: ‘breakdowns in trust are the most important reason why even moderate leniency programs may have deterrence effects.’ On the other hand, leniency programs reduce the cost of punishing a defecting cartel member as well. In this way, leniency programs potentially the internal stability of cartels.*”

As well as punishing firms guilty of collusion in the present, it is important to prevent the formation of new cartels in the future so as to prevent the harm they would cause avoided. The central aim of cartel policy must be deterrence and break-up of cartels.<sup>12</sup> According to Spagnolo, cartel policy can take at least two forms:<sup>13</sup>

- the first and most important aim is “ex ante or general deterrence” i.e. stop cartel creation with the threat of severe sanctions, along with other tools that make cartels either unprofitable or unstable;
- a second aim is “ex post deterrence or abandonment”, i.e. if CAs fail to achieve ex-ante deterrence, they force cartel members to abandon the cartel by the threat of more severe sanctions or by other stronger mechanisms.

---

<sup>11</sup> HINLOOPEN, J. and SOETEVENT, A.R. (2005), An Experimental Investigation of the Effects of Leniency Programs for Antitrust Enforcement, accessible at [http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd\\_rom/Session%20IV/IV.G/Hinloopen\\_Soetevent.pdf](http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd_rom/Session%20IV/IV.G/Hinloopen_Soetevent.pdf), last visited 01 April 2009.

<sup>12</sup> FRIEDERISZICK, H.W. and MAIER-RIGAUD, F.P. (2007), “The Role of Economics in Cartel Detection in Europe”, Working Paper No: 014/03/2007, accessible at [http://www.esmt.org/fm/312/Role\\_of\\_Economics\\_in\\_Cartel\\_Detection\\_in\\_Europe.pdf](http://www.esmt.org/fm/312/Role_of_Economics_in_Cartel_Detection_in_Europe.pdf), last visited 01 Apr 2009, p.9; Spagnolo 2006, p.8.

<sup>13</sup> Spagnolo 2006, p.8.

## 2. WHY IS LENIENCY NECESSARY?

Leniency can be described as any reduction of a penalty in exchange of information and cooperation. The most complete form of leniency is “amnesty;” that means no penalty to the first party to submit themselves to the CA and obey the requests of the agency. Since leniency is a more general concept, amnesty is contained within the meaning of leniency, so when this paper discusses leniency, it should also be read to included amnesty. In jurisdictions imposing criminal sanctions for cartels, “leniency” can mean immunity from prosecution.<sup>14</sup>

The penalties that are reduced by leniency programs could be any penalties that can be imposed by a CA: “*finances on companies, fines on individuals, director disqualification and/or imprisonment.*”<sup>15</sup>

Leniency programs must be designed and implemented carefully. Poorly-designed and poorly-implemented leniency programs might have a negative effect on cartels.<sup>16</sup> Because a leniency program reduces the expected fines for cartel members, and thus decreases the expected cost of infringement, leniency programs can have a lessening effect on the level of fines and thus have an adverse effect on deterrence. Unnecessary fine reductions should be avoided and the limitations of leniency should be determined carefully. Leniency should only be granted to secret, horizontal cartels which are the kind of infringement that are the most difficult to detect.<sup>17</sup> “*A priori, therefore, it would be difficult to conclude that a leniency program unambiguously increases welfare, without considering which policies are implementable and desirable.*”<sup>18</sup>

However, experience shows that these programs work. Kovacic defined the contribution of leniency programs as follows: “*Their impact*

---

<sup>14</sup> OECD (2001), “Report On Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels”, Paris, France, accessible at <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf>, last visited 01 April 2009, p.5.

<sup>15</sup> WILS, W.P.J. (2007), “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, World Competition, No:30(1), also available at [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=456087](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087) last visited 01 April 2009, p.1.

<sup>16</sup> BUCCIROSSI, P. and SPAGNOLO, G. (2005), “Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers Still Go to Prison?”, Lear Research Paper 05-01, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=871726](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871726) last visited 01 April 2009, p.47.

<sup>17</sup> Wils 2007, p.27.

<sup>18</sup> MOTTA, M. and POLO, M. (2003), “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, International Journal of Industrial Organization, No: 21(3), p.347-379.

*can be seen in the recent increase in successfully prosecuted cartels. For example, an amnesty program allowed the Antitrust Division to secure more fines in 1999 alone, than the total sum of fines imposed under the Sherman Act since its adoption more than a century before. And in only 19 months during 2002 and 2003, the European Commission took 19 decisions, involving more than 100 companies, for a total amount of fines of almost 3 billion Euros.”<sup>19</sup>*

Pursuant to the US leniency program, only the first firm can gain amnesty, all or nothing, and following firms receive nothing. However, partial leniency is possible through plea bargaining.<sup>20</sup> The US Department of Justice (DOJ) revised its initial Corporate Leniency Policy of 1978 with its current Corporate Leniency Policy in 1993. Thus, amnesty either before or after an investigation became available and amnesty before an investigation became automatic, thus prosecutorial discretion was eliminated. Amnesty was automatically broadened to cooperating individuals applying together with the corporation to the leniency program. DOJ also offered its leniency policy for individuals independently of their firms beginning in 1994. In 2004, the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act limited liability for firms that received leniency to single (actual) damages instead of treble damages.<sup>21</sup>

In 1996, the European Commission of the European Union (EU) issued its first Leniency Notice, which was inspired by the US Corporate Leniency of 1993, and then revised it in 2002. Immunity became automatic, and fine reductions became more closely aligned to the time of submission. Immunity is granted if a firm delivers evidence first and the European Commission (EC) can carry out an inspection or, if an inspection already ongoing, if the firm provides evidence to help (allow) the EU to find an infringement. Otherwise the firm can receive leniency only if it provides evidence setting forth "significant added value," which gives the EC prosecutorial discretion. So a firm must provide evidence

---

<sup>19</sup> AUBERT, C., REY, P. and KOVACIC, W.E., (2006), "The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs On Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, No:24(6), p.1241-1266.

<sup>20</sup> Plea bargaining is a tool used by American prosecutors to obtain guilty pleas in exchange for reduced sentences or charges.

<sup>21</sup> Otherwise 15 U.S. Code §15 allows injured parties to obtain three times actual damages in antitrust suits.

first and before an inspection in order to obtain immunity. Although immunity can be granted after an inspection, it is not guaranteed. Unlike the US Leniency program, ring leaders can obtain leniency if they did not coerce others to join cartels. The 2006 amendment of the Leniency Notice makes it more transparent and predictable.<sup>22</sup>

Leniency policies may raise cartel deterrence directly, by preventing cartel formation or dismantling an existing cartel with the decrease in trust, as leniency program requires those seeking leniency to confess and report other cartel members in order to benefit from it.<sup>23</sup> It may also deter cartels indirectly by shortening the duration and costs of investigations and by increasing the probability of conviction in return for a reduction of fines.<sup>24</sup>

Hinloopen and Soetevent note that the aims of CAs in introducing leniency programs are threefold: *“First and foremost, they want to deter cartel formation. Second, they want members of established cartels to defect and to report their violations to the antitrust authority. Third, antitrust authorities hope that the (more accurate) information received from cartel members themselves helps them to reduce the time and costs of investigation.”*<sup>25</sup>

As mentioned before, a leniency program is one of the tools to detect cartels, due to their inherently secret nature. Moreover CAs have limited resources and are therefore unable to prevent the formation of cartels. That is why help from insider is very crucial to the fight against cartels.

---

<sup>22</sup> For detailed information see; Wils 2007, Harrington 2006 and “Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”, OJ C 298, 8.12.2006, p.17–22, accessible at [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/c\\_298/c\\_29820061208en00170022.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/c_298/c_29820061208en00170022.pdf), last visited 01 April 2009.

<sup>23</sup> BUCCIROSSI, P. and SPAGNOLO, G. (2007), Antitrust Sanction Policy In The Presence of Leniency Programs, accessible at <http://www.gianca.org/PapersHomepage/Buccirossi%20Spagnolo%20-%20Antitrust%20Sanction.pdf>, last visited 01 April 2009, p.3.

<sup>24</sup> Motta and Polo 2003.

<sup>25</sup> HINLOOPEN, J. and SOETEVENT, A.R. (2005), An Experimental Investigation of the Effects of Leniency Programs for Antitrust Enforcement, accessible at [http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd\\_rom/Session%20IV/IV.G/Hinloopen\\_Soetevent.pdf](http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd_rom/Session%20IV/IV.G/Hinloopen_Soetevent.pdf) last visited 1 April 2009, p.2.

### **2.1. Cartels Are Secretive and Hard To Detect**

Cartels are frequently verbally formed and secretly operated because the members know that their behavior is illegal. The cartels try to conceal themselves and their members usually do not co-operate with CAs except through a leniency program. Even after an investigation has been initiated, gathering sufficient evidence to prosecute cartel members successfully may be difficult. In such a situation, detection may only be possible with information or evidence supplied by cartel members themselves. Without an insider, it is difficult to discover, prove<sup>26</sup> and punish the cartels because of their secrecy. Therefore it is necessary to offer various incentives to make cartel members reveal their prohibited agreement.

A leniency policy assumes that some firms that are joined in a secret agreement would be willing to cease their membership and report the cartel but refrain from doing so because of the possible fines. The leniency policy gives such firms an opportunity because the CA concerned will compensate the firm's cooperation with the full or partial reduction of those fines.

### **2.2. Competition Authorities Have Limited Resources**

Competition authorities can only carry out a limited number of investigations because of their resource constraints. If a CA cannot easily obtain information and evidence about cartels, it becomes difficult to discover, prove and punish the cartels, thereby decreasing the probability of detection and requiring long investigations that would increase investigation costs. Furthermore, long investigations prevent the initiation of another investigation and decrease the deterrent effect of CAs. Collecting reliable evidence is crucial to revealing the secret cartels. In such a case, the leniency program is valuable to collect information to increase probability of detection since an insider provides information that an agency could not otherwise obtain without incurring huge costs.<sup>27</sup> In other words, a leniency policy is a precious way of increasing the probability of detection without requiring an increase in costs while saving

---

<sup>26</sup> It is difficult to prove secret cartels, especially in the oligopolistic markets whose structure is more suitable for collusion. For example, without any hard evidence, parallel prices are not sufficient to prove price fixing agreement; plus factors are required.

<sup>27</sup> OECD 2001.

investigation time and resources.<sup>28</sup> So if the CA is unable to stop the formation and operation of cartels ex-ante since they have limited resources, they can increase the probability of breaking cartels and shorten the investigations by using leniency programs.<sup>29</sup>

Leniency programs are very valuable as a source of information and evidence. As a matter of fact, competition authorities have a limited number of sources to obtain information and evidence. They can gather the necessary information and evidence mainly from three sources.<sup>30</sup> First, the CA can monitor information and data from the markets, monitor publicly available sources, and possibly conduct economic analysis of these data to detect and prove infringements. But generally for cartels, economic evidence is not sufficient to prove collusion, and screening for cartels appears to be difficult. Second, a CA can obtain information from third parties, such as customers or competitors, who have been damaged by competition infringements as well as current or former employees of cartel members. Finally, companies and individuals that have participated in the competition infringements themselves can be the best source of information. Cartel members and their staffs may be the only source of the information and evidence that the CA needs to detect and punish the infringements.

A CA can obtain information from the companies and individuals that have participated in the competition infringements in three ways: direct force, compulsion and leniency.<sup>31</sup> First, a CA can gather evidence from the companies by using inspection powers – the so-called ‘dawn raids’ at business premises and private homes – or carry out directed surveillance or use covert human intelligence sources subject to the jurisdiction. However if existing documents or evidence can only be obtained without help from the companies concerned, it is very expensive for the CA to go through many documents, files or records to find the relevant information.

---

<sup>28</sup> STEPHAN, A. (2006), “The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases”, CCP Working Paper 06-5, Norwich, UK, accessible at <http://www.ccp.uea.ac.uk/publicfiles/workingpapers/CCP06-5.pdf>, last visited 01 April 2009, p.7.

<sup>29</sup> Motta and Polo 2003.

<sup>30</sup> Wils 2007.

<sup>31</sup> Wils 2007.

Another way a CA can make companies and individuals cooperate in providing the information is by threatening sanctions for non-cooperation. Although this method is not limited to obtaining information only in existing documents and is less costly by using the help of the company and its staff to locate or bring together such documents, information obtained under compulsion may be unreliable and incomplete.

Lastly, leniency as a method to obtain information has obvious advantages. It can be used to obtain all kinds of information, not just existing documents. Like the second method, it saves on search costs in that the collection of relevant information is prepared by the company and its staff, who are most familiar with it. But contrary to the second method, leniency is more reliable, because leniency applicants risk losing the benefit of leniency if they provide untruthful or incomplete information.

Moreover, according to C. Aubert, P. Rey and W.E. Kovacic,<sup>32</sup> leniency programs also give an incentive for cartel participants to keep more evidence as a precaution for the future. The larger amount and better quality of evidence increases the possibilities for the CA to obtain evidence through other ways as well as save investigation costs and resources of the CA. Aubert, *et al*, also recommend offering positive rewards for insiders in addition to partial or full amnesty, since fine reductions may be not enough to fully deter collusion.

### **3. HOW DOES LENIENCY WORK?**

When cartel members reach agreements and monitor each other for compliance with the agreement, they often leave evidence that may be brought to the CA by insiders. The main problem with leniency programs is the ability to create incentives to force them confesses their activity and to diminish the trust among the members of the cartel. Leniency programs have two effects on cartels: providing a direct incentive to report and decreasing trust among cartel members (which gives an added incentive to report). Both effects work together to make quick reporting the reasonable decision for cartel members.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Aubert, Rey and Kovacic 2006.

<sup>33</sup> LESLIE, C.R. (2004), "Trust, Distrust, and Antitrust", *Texas Law Review*, No:82(3), accessible at <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/abstracts/82/82leslie.pdf>, last visited 01 April 2009, p.642.



### 3.1. Incentives

Setting up and maintaining a cartel is designed to create additional profits, but cartels cannot normally survive a long time. The main reason for instability within a cartel is the opportunity for members to cheat.<sup>34</sup> When firms agree to restrict competition by increasing prices or limiting output, one member may have an incentive to cheat by undercutting or overproducing, thereby increasing its own profits. Stigler<sup>35</sup> (1964) argues that the leading threat to successful cartel activity is the possibility of members having incentives to cheat on the agreement. The repeated interruption and re-forming of cartels demonstrates the effects of such cheating and internal instability that are characteristic of cartels.

According to Leslie,<sup>36</sup> defection from a cartel agreement can occur in two ways: cheating and/or confession. Azevedo<sup>37</sup> notes that, in the view of the confessor firm, both cheating and reporting of cartel activity together, could gain in three ways:

- by raising profits in the short-run due to increased sales;
- by starting an investigation and creating the conditions under which it will become harder for other cartel members to punish its deviation in the medium term; and
- by avoiding all or most of the fines that may cripple its erstwhile cartel colleagues.

A successful cartel must take into consideration the incentive to defect and must create mechanisms to increase the cost of defection by “*making cheating more observable; making cheating more difficult to undertake; [and by] creating mechanisms to punish cheating.*”<sup>38</sup> Thus they can prevent members from undermining the cartel. On the other hand, it is usually hard to settle upon an unfailing detection mechanism and this

---

<sup>34</sup> AZEVEDO, J. P. (2003), “Crime And Punishment In The Fight Against Cartels: The Gathering Storm”, E.C.L.R., 24(8), 400-407, p. 5.

<sup>35</sup> STIGLER, G. (1964), “A Theory of Oligopoly.” Journal of Political Economy, 72, p.44-61.

<sup>36</sup> Leslie 2004.

<sup>37</sup> Azevedo 2003.

<sup>38</sup> EVENETT, S.J., LEVENSTEIN, M.C. and SUSLOW, V.Y. (2001), “International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s”, The World Economy, No:24 (9), also accessible at <http://www3.interscience.wiley.com/journal/118991795/abstract>, last visited 01 April 2009, p.1221-1245.

is why many cartels are unstable.<sup>39</sup> In other words, cartels can only work if the members are able to deter defection by monitoring and threatening credible retaliation, because when deciding on cheating or not, a cartel member compares the expected benefits of remaining in the cartel with the expected punishment for cheating – the expected retaliation from the other cartel members if the cheating is detected.<sup>40</sup> If the expected benefit of remaining in the cartel is greater than expected punishment for cheating, the cartel can be viable. *“This condition, necessary for any cartel or illegal agreement to be sustainable, because of the impossibility to use explicit contract, is called “incentive compatibility” or “self-enforcing” constraint. It differs from the “participation” constraint on which the theory of law enforcement focuses, that requires the expected additional profits participants would earn from entering a cartel to be positive. ... Both the participation and the incentive constraints must be satisfied simultaneously for all members of a cartel or of another organized criminal activity for this to be viable (so that if at least one of the two is violated for at least one member the cartel is deterred).”*<sup>41</sup>

CAs have utilized the “incentive compatibility” problems confronted by cartels by means of the introduction of leniency programs. Indeed leniency programs can deter cartels by causing the incentive/self-enforcing constraint to not be satisfied, proposing reduction of penalties to the companies that come forward with evidence of cartel activity and thus stimulating cartel members to defect from cartel agreements.<sup>42</sup> Therefore leniency programs deter cartels by increasing members' incentives to confess their cartel activity.

### 3.2. Trust

Trust is an essential element of cartel activity, like in all organized crime. Cartel members must assure each other that they will not do two things: cheat on their agreement or confess their activity to the CA.<sup>43</sup> As mentioned before, cheating and confessing represent two different types of defection from the cartel.

---

<sup>39</sup> Azevedo 2003, p.5.

<sup>40</sup> Azevedo 2003.

<sup>41</sup> Buccirosi and Spagnolo 2005, p.26.

<sup>42</sup> Evenett, Levenstein and Suslow 2001, p.15.

<sup>43</sup> Leslie 2004.

Prosecutors traditionally use this element “by shaping private incentives to play one party against the other.”<sup>44</sup> A similar approach is successfully employed to prosecute Mafia members with the help of inside witnesses. This is the main driver of leniency programs – undermining trust between cartel members by creating a risk of betrayal in order to secure the benefits of the leniency program. In other words, cartel members “*find themselves in a situation as close as possible to a “Prisoner’s Dilemma,” their long-term relationship notwithstanding.*”<sup>45</sup>

Even though the firms are better off collectively if they cooperate, each firm has a strong incentive to cheat, like in the prisoner’s dilemma negotiation game. Each firm must decide whether to cooperate or to defect. If other firms are cooperating, a firm can maximize its profit by cheating.<sup>46</sup> “*In this game, each firm is contemplating whether or not to apply for leniency and there are at least two solutions (or equilibria) to it. One solution is for all firms to not apply for leniency in the hope that the government will not discover collusion or, if they have discovered it, their case will fail. To the dismay of the cartel members but the delight of the antitrust authority, there is always another solution in which firms race to report to the antitrust authority because each thinks one or more other firms intend to do so. If a firm expects some firm to receive leniency, it’ll prefer that it be the one to get it and thus will try to preempt other firms. If firms are at the “no report” equilibrium then a challenge of policy is to shift firms to the “race to report” equilibrium.*”<sup>47</sup>

The problem can be solved in the easiest way if the cartel members make an enforceable contract to cooperate, and not to cheat. However, the laws do not allow for an enforceable agreement. Accordingly, cartel members do not have any option other than trusting each other to

---

<sup>44</sup> LELIEFELD, D. and MOTCHENKOVA, E. (2007), “To Protect In Order To Serve, Adverse Effects Of Leniency Programs In View Of Industry Asymmetry”, TILEC Discussion Paper No:2007-007, accessible at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=963110#PaperDownload](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963110#PaperDownload), last visited 01 April 2009.

<sup>45</sup> SPAGNOLO, G. (2004), “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, CEPR Discussion Paper No:4840, accessible at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=716143](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716143), last visited 01 April 2009, p.5.

<sup>46</sup> Leslie 2004, p.525.

<sup>47</sup> Harrington 2006, p.10.

cooperate in the absence of enforceable agreements.<sup>48</sup> For that, cartels must create a mechanism, such as monitoring or retaliation in order to prevent defection and to maintain trust among the members. In the absence of legally enforceable agreements, current cooperation may thus only be sustained by the threat of future punishment in the event of a defection.<sup>49</sup>

The possibility of a defector to apply for leniency increases the retribution of cheating, thus making collusion more difficult to sustain. It increases uncertainty, making it more difficult for cartel members to come to an agreement, reducing trust among them, and increasing the necessity of monitoring and thus the cost of collusion.<sup>50</sup> For instance, although technology has made progress in communications very rapid lately, cartels still prefer meeting each other in directly, face-to-face, in order to eliminate these challenges.<sup>51</sup> Therefore it would be much easier to trust each other if they observe others' gestures, expressions, and words<sup>52</sup>. Consequently leniency programs cause an increase in the cost to form cartels.

Trust is undermined not only by the incentive to cheat but also by the illegality of the activity.<sup>53</sup> In the absence of legally binding agreements, cooperation in the present may therefore only be sustained by the threat of future punishment in the event of a defection.<sup>54</sup>

Additionally, while CAs create short-term distrust among current cartel members, they can spread distrust more generally by means of a leniency program. Reputation and cartel experience are two important factors used by cartels to trust one another more easily, but the leniency

---

<sup>48</sup> Leslie 2004, p.528.

<sup>49</sup> Ofit 2005, p.20.

<sup>50</sup> Wils 2007, p.23.

<sup>51</sup> LEVENSTEIN, M.C. and SUSLOW, V.Y. (2006), "Determinants of International Cartel Duration and the Role of Cartel Organization", University of Michigan Business School Working Paper No:1052, accessible at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=936912](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936912) last visited 01 April 2009, p.3.

<sup>52</sup> Leslie 2004, p.573.

<sup>53</sup> Levenstein and Suslow 2006.

<sup>54</sup> Ofit 2005, p.20.

program can damage these factors that have established trust among cartel members over the course of time.<sup>55</sup>

#### **4. PRE-REQUISITES TO CREATING AN EFFECTIVE LENIENCY PROGRAM**

Some factors have an important effect on the success of leniency program. Without severe sanctions and a sound enforcement program by the CA, there is no incentive for cartel members to report their competition infringement. Consequently, even a generous, well-designed leniency program cannot be effective if there is no fear of probable detection and prosecution. There is general agreement between most agencies that there are basically three pre-requisites to successfully implement a leniency program: severe sanctions, a high risk of detection and transparency/predictability.<sup>56</sup> These factors are discussed below.

##### **4.1. Severe Sanctions**

The severity of the possible sanctions, and thus the importance of the relief that leniency can provide, is an important factor.<sup>57</sup> Around the world, cartel activity is accepted as a crime in some jurisdictions and therefore individuals can be prosecuted as criminals also, while some jurisdictions do not have criminal sanctions. The degree of severity of sanctions varies also.

According to Hammond,<sup>58</sup> *“all else being equal, a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be as effective at inducing amnesty applications as a program that does.”* But an effective leniency program is possible even outside of a criminal antitrust regime, if the financial fines are severely and sufficiently punitive.

On the other hand, determination of the level of sanctions that is sufficient to deter cartels is very difficult. The OECD Report<sup>59</sup> notes that: *“Without doubt the sanctions should be severe. Many experts hold the*

---

<sup>55</sup> Leslie 2004, p.643.

<sup>56</sup> ICN 2005, p.3.

<sup>57</sup> OECD 2001, p.25.

<sup>58</sup> HAMMOND, S.D. (2004), “Cornerstones of An Effective Leniency Program”, ICN Workshop on Leniency Programs, accessible at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm> last visited 01 April 2009.

<sup>59</sup> OECD 2002.

*view that the gross amount of financial sanctions should be greater than the gain to the cartel, to account for the fact that not all cartels are discovered and punished. Multiples of two or three times the cartel gain are most often advanced for this purpose, but studies supporting larger multiples exist.”*

On the other hand, Spagnolo mentioned that the main objective of sanctions is efficient deterrence, and they do not have to be directly related to the gains to cartel members obtain nor do they have to be compensation for the harm the cartel causes. He emphasized that “[f]ines for firms that engage in cartels do not have to be related to their gains, nor to the losses caused to others: they just have to be sufficiently high to deter cartels while keeping to the minimum the cost of investigation and prosecution.”<sup>60</sup>

Similarly, the ICN Report<sup>61</sup> states that there is wide agreement that an effective sanction should be deterrent. When deciding sanctions, both the expected gains from the cartel and the probability of detection should be taken into consideration in order to establish an effective deterrent. However, the determination of these factors is difficult to apply in practice, due to the difficulty of assessing and proving the benefits obtained from cartel activities and determining the probability of detection. In sum, there is no secret recipe for an effective penalty.

In order to increase the probability of defection and to prevent collusion, increasing penalties raises distrust in two ways:<sup>62</sup> First, severe sanctions increase the potential harm of cooperation when detected, so it gives cartel members a direct incentive to report the cartel, in order to avoid even the risk of that high sanction and so as not to be the last “confessor” to benefit from the leniency program. Second, as a result of increasing incentives for reporting, the probability of confession will also increase. Also, the distrust among cartel members and probability of a severe sanction together make confession rational. As the probability of confession increases, the expected payoff of being a member of a cartel decreases dramatically. So, severe sanctions both deter cartel activity and

---

<sup>60</sup> Buccirosi and Spagnolo 2005, p.13.

<sup>61</sup> ICN 2005.

<sup>62</sup> Leslie 2004, p.652.

create a successful leniency program.<sup>63</sup> An effective leniency program and severe potential penalties give strong “carrot and stick” incentives to be the first to reveal a cartel.<sup>64</sup>

#### **4.2. Detection**

If firms perceive the risk of detection by the CA to be high, then severe sanctions can deter cartel activity. Similarly, if cartel members do not fear detection, they will tend not to confess their collusion to the CA for the benefit of leniency program.<sup>65</sup> Since high probability of detection makes cartel members anxious about the fact that their cartel activity may be discovered by the CA, the more likely it is the cartel members will apply for the leniency program. *“If cartel members perceive a genuine risk of detection, then an amnesty program can build on that fear and create distrust and panic among the cartel members.”*<sup>66</sup> In this situation, the cartel members cannot trust each other any more. By undermining trust among cartel members, the CA decreases the expected gains and increases the expected costs of the cartel.<sup>67</sup> Consequently a race to be the first to the leniency program can be created.

Wils discussed the risk which is perceived by cartel members by saying: *“The risk could be a specific one, where the competition authority is already collecting or receiving information of the antitrust violation by other means (or is believed to be doing so, or to be doing so in the near future) or a more general one, where a competition authority, as a result of many other recent cases of successful detection and prosecution, is believed to be good at it. In the case of collective violations such as cartels, and if leniency policies are well designed in that immunity is only granted to the first co-conspirator to come forward, and reductions in penalties are linked to the timing of the cooperation as compared to the other co-conspirators, companies and individuals may decide to cooperate out of fear that a co-conspirator may do so before them. Such a ‘race to cooperate’ may amplify the positive effects of leniency, but*

---

<sup>63</sup> HAMMOND, S. D. (2000), “Fighting Cartels - Why And How? Lessons Common to Detecting and Deterring Cartel Activity”, Stockholm, Sweden, accesible at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6487.htm> last visited 01 April 2009, p.3.

<sup>64</sup> OECD 2002, p.12.

<sup>65</sup> Hammond 2000.

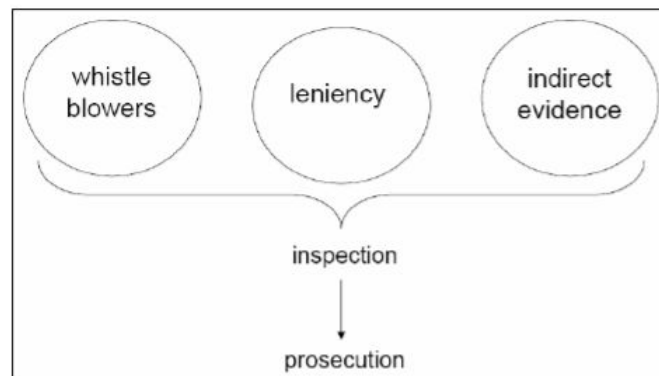
<sup>66</sup> Hammond 2004, p.10.

<sup>67</sup> Leslie 2004, p.651.

*again such a race can only start if there is a risk that the competition authorities will detect and establish the antitrust violation without recourse to leniency, or at least a belief by at least one of the conspirators that at least one of the other co-conspirators may believe that there is such a risk.”<sup>68</sup>*

So one should not forget that leniency cannot take the place of all of the other methods of obtaining information and evidence of competition infringements. Leniency can only work if there is a risk that the competition authorities will detect and prove the competition infringements without applying leniency. This means that CAs require access to every law enforcement power in order to attain a high rate of detection. Although detection of cartels is quite difficult because of their secret nature, a CA has some methods of detection to that end. Friederiszick and Maier-Rigaud<sup>69</sup> show these sources to be:

Figure 1: Instruments for cartel detection



Leniency applicants and whistle blowers, such as former employees, can submit direct evidence to the CA about the cartel i.e. “witness testimony, meeting notes, correspondence etc., complainants,

<sup>68</sup> Wils 2007.

<sup>69</sup> Friederiszick and Maier-Rigaud 2007.



such as competitors or customers of the alleged cartel and provide more indirect evidence on the existence of a cartel.”<sup>70</sup>

### **4.3. Transparency and Predictability**

Cartel members generally compare the costs and benefits of a leniency application. The result of transparency and predictability is that there can be more certain predictions by the firms about the consequences of whether to apply for leniency or not. Therefore transparency and predictability must be provided to the greatest extent possible in a cartel enforcement program, especially in setting fines. Accordingly, it is also necessary in the conduct of a leniency program that the CA needs to create the trust of applicants by consistent application of the program.<sup>71</sup>

Transparency must contain both explicit standards and policies as well as clear explanations of prosecutorial discretion in applying those standards and policies.<sup>72</sup> As Hammond mentioned: *“In order for an Amnesty Program to work, you need to do more than just publicize your policies and educate the public. It has to be willing to make the ultimate sacrifice for transparency - the abdication of prosecutorial discretion. If a corporation comes forward prior to an investigation and meets the program’s requirements, the grant of amnesty is automatic and is not subject to the exercise of prosecutorial discretion. ... Prospective amnesty applicants come forward in direct proportion to the predictability and certainty of whether they will be accepted into the program. If a company cannot accurately predict how it will be treated as a result of its corporate confession, our experience suggests that it is far less likely to report its wrongdoing, especially where there is no ongoing government investigation. Uncertainty in the qualification process will kill an amnesty program.”*<sup>73</sup>

## **5. CONCLUSION**

Cartel agreements are one of the most harmful infringements and therefore prohibited in all jurisdictions but they still are being formed and operated due to their secret nature. Following them only by government

---

<sup>70</sup> Friederiszick and Maier-Rigaud 2007.

<sup>71</sup> ICN 2006, p.3.

<sup>72</sup> Hammond 2000, p.11.

<sup>73</sup> Hammond 2004, p.11.

investigation is a very expensive and ineffective way to combat them. As one of the most efficient tools to fight against concealed cartels, leniency programs can help detect, prosecute and deter cartels by providing direct and reliable evidence. Leniency programs create incentives to force cartel members to confess their activities and diminish the trust between the members. Thus leniency programs make cartels more likely to break down by themselves. On the other hand, leniency programs require some factors such as severe sanctions, a high risk of detection, transparency in the setting of fines and operating procedures, and predictability to ensure success. Therefore, the design and implementation of a leniency program should be made carefully to avoid possible adverse effects of a leniency program. Without establishing a suitable environment with severe sanctions, a high risk of detection, and transparency/predictability, when implementing a leniency program seems make it difficult to have a positive effect on the deterrence and detection of cartels; on the contrary, such an environment may encourage cartels.

## **BIBLIOGRAPHY**

AUBERT, C., REY, P. and KOVACIC, W.E., (2006), "The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs On Cartels", *International Journal of Industrial Organization*, No:24(6), p.1241-1266.

AZEVEDO, J. P. (2003), "Crime And Punishment In The Fight Against Cartels: The Gathering Storm", *E.C.L.R.*, 24(8), 400-407.

BUCCIROSSI, P. and SPAGNOLO, G. (2005), "Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers Still Go to Prison?", *Lear Research Paper* 05-01, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=871726](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871726) last visited 01 April 2009.

BUCCIROSSI, P. and SPAGNOLO, G. (2007), *Antitrust Sanction Policy In The Presence Of Leniency Programs*, accessible at <http://www.gianca.org/PapersHomepage/Buccirossi%20Spagnolo%20-%20Antitrust%20Sanction.pdf>, last visited 01 April 2009.

CHEN, J. and HARRINGTON, J.E. (2005), *The Impact of the Corporate Leniency Program on Cartel Formation and the Cartel Price Path*, accesible at <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/leniency4-05.pdf> last visited 01 Apr 2009.

EVENETT, S.J., LEVENSTEIN, M.C. and SUSLOW, V.Y. (2001), "International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s", *The World Economy*, No:24 (9), also accessible at <http://www3.interscience.wiley.com/journal/118991795/abstract>, last visited 01 April 2009.

FRIEDERISZICK, H.W. and MAIER-RIGAUD, F.P. (2007), "The Role of Economics in Cartel Detection in Europe", *Working Paper* No: 014/03/2007, accessible at [http://www.esmt.org/fm/312/Role\\_of\\_Economics\\_in\\_Cartel\\_Detection\\_in\\_Europe.pdf](http://www.esmt.org/fm/312/Role_of_Economics_in_Cartel_Detection_in_Europe.pdf), last visited 01 Apr 2009.

HAMMOND, S. D. (2000), "Fighting Cartels - Why And How? Lessons Common to Detecting and Deterring Cartel Activity", *Stockholm, Sweden*, accesible at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6487.htm> last visited 01 April 2009.

HAMMOND, S.D. (2004), "Cornerstones of An Effective Leniency Program", ICN Workshop on Leniency Programs, accessible at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm> last visited 01 April 2009.

HARRINGTON, J. E (2006)., "Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion", International Symposium on Towards an Effective Implementation of New Competition Policy, Tokyo, accessible at <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf>, last visited 01 April 2009.

HINLOOPEN, J. and SOETEVENT, A.R. (2005), An Experimental Investigation of the Effects of Leniency Programs for Antitrust Enforcement, accessible at [http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd\\_rom/Session%20IV/IV.G/Hinloopen\\_Soetevent.pdf](http://www.fep.up.pt/conferences/earie2005/cd_rom/Session%20IV/IV.G/Hinloopen_Soetevent.pdf), last visited 01 April 2009.

ICN (2005), "Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties: Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes", Working Group on Cartels, Bonn, Germany, accessible at [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_4th\\_bonn\\_2005/Effective\\_Anti-Cartel\\_Regimes\\_Building\\_Blocks.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Blocks.pdf), last visited 01 April 2009.

ICN (2006), "Anti-Cartel Enforcement Manual: Enforcement Techniques, Chapter 2: Drafting and Implementing an Effective Leniency Program", Working Group on Cartels, Capetown, South Africa, accessible at [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_5th\\_capetown\\_2006/FINALFormattedChapter2-modres.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/FINALFormattedChapter2-modres.pdf), last visited 01 April 2009.

LELIEFELD, D. and MOTCHENKOVA, E. (2007), "To Protect In Order To Serve, Adverse Effects Of Leniency Programs In View Of Industry Asymmetry", TILEC Discussion Paper No:2007-007, accessible at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=963110#PaperDownload](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963110#PaperDownload), last visited 01 April 2009.

LESLIE, C.R. (2004), "Trust, Distrust, and Antitrust", Texas Law Review, No:82(3), accessible at

<http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/abstracts/82/82leslie.pdf>, last visited 01 April 2009.

LEVENSTEIN, M. C. and SUSLOW, V. Y. (2002), "What Determines Cartel Success?", University of Michigan Business School Working Paper No. 02-001, available at <http://www.ssrn.com/abstract=299415>, last visited 01 April 2009.

LEVENSTEIN, M.C. and SUSLOW, V.Y. (2006), "Determinants of International Cartel Duration and the Role of Cartel Organization", University of Michigan Business School Working Paper No:1052, accessible at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=936912](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936912) last visited 01 April 2009.

MOTTA, M. and POLO, M. (2003), "Leniency Programs and Cartel Prosecution", *International Journal of Industrial Organization*, No: 21(3), p.347-379.

OECD (1998), Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, OECD, Paris, accesible at <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>, last visited 01 April 2009.

OECD (2001), "Report On Leniency Programmes To Fight Hard Core Cartels", DAFFE/CLP(2001)13, Paris, France, accesible at <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf>, last visited 01 April 2009.

OECD (2002), Report On The Nature and Impact Of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws, OECD, Paris, accessible at <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf>, last visited 01 April 2009.

OFFICE OF FAIR TRADE (2005), Predicting cartels, OFT Report OFT773, London, UK, accesible at [http://www.of.gov.uk/shared\\_of/reports/comp\\_policy/oft773.pdf](http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/oft773.pdf), last visited 01 April 2009.

SPAGNOLO, G. (2004), "Divide et Impera: Optimal Leniency Programs", CEPR Discussion Paper No:4840, accesible at

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=716143](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716143), last visited 01 April 2009.

SPAGNOLO, G. (2006), "Leniency and Whistleblowers In Antitrust", Discussion Paper No. 5794, accessible at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=936400](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936400), last visited 01 April 2009.

STEPHAN, A. (2006), "The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases", CCP Working Paper 06-5, Norwich, UK, accessible at <http://www.ccp.uea.ac.uk/publicfiles/workingpapers/CCP06-5.pdf>, last visited 01 April 2009.

STIGLER, G. (1964), "A Theory of Oligopoly." *Journal of Political Economy*, 72, pp. 44-61.

WILS, W.P.J. (2007), "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice", *World Competition*, No:30(1), also available at [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=456087](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087) last visited 01 April 2009.

**REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ**  
*THE SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS*

**(01.10.2008 - 31.12.2008)**

**REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ****REKABET İHLALLERİ**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	08-57/912-363	TTNet A.Ş. ile Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından birlikte uygulanan “TümEvİşAvea320” ve “Şirketler için ADSL” kampanyaları aracılığıyla TTNet A.Ş.’nin; Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından uygulanan “Ücretsiz Ev/İş Arama Fırsatı” kampanyası aracılığıyla da Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiaları ile ilgili olarak Avea İletişim Hizmetleri A.Ş., Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TTNET A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine karar verilmiştir.	09.10.2008
2	08-57/915-366	Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin Microsoft Digital Advertising Solutions ile mobil pazarlama hizmetlerinin sunulmasına yönelik yıllık münhasır sözleşme akdettiği iddiası ile ilgili olarak; bahse konu sözleşmenin taslak halinde olması, sözleşme taslağında münhasırlık şartının bulunmaması ve sözleşme konusuna ilişkin taraf teşebbüslerin hayata geçmiş herhangi bir faaliyetinin tespit edilememesi ve Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin wap sitesinde reklam verebilmeleri için firmalara öncelikli çalışma şartı getirdiği iddiası ile ilgili olarak; herhangi bir bilgi veya belgeye ulaşılamaması ve Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin wap banner hizmetleri ile ilgili olarak mobil pazarlama firmaları ile imzaladığı “İçerik Temin, Reklam & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi”ne ek olmak üzere “Banner Uygulaması Ek Sözleşmesi”nde öncelikli çalışma şartı ile ilgili herhangi bir hüküm ile karşılaşılmaması nedenleriyle Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin bu yönleriyle reddine karar verilmiştir.	09.10.2008
3	08-58/921-368	Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi ve EGO Genel Müdürlüğü’nün tüketicilerin kullanacağı sayaçları kendilerinin belirlediği ve tüketiciye bu konuda alternatif sunmadığı, belirli bir ürünü almak konusunda zorladığı iddiası ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	17.10.2008
4	08-58/927-373	Hürriyet gazetesinin okuma yazma seti kampanyasında dağıtılan ürünün eğitim amaçlı olduğu ve bunun da 4077 sayılı Kanun’un ihlali olduğu iddiasının 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına, piyasada faaliyet gösteren okuma yazma seti yayıncılarının zarara uğradığı iddiasına ilişkin olarak ise aynı kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	17.10.2008



SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
5	08-58/937-380	Bankaların Kredi Kayıt Bürosu A.Ş. aracılığı ile müşterilerin bilgilerini paylaşmasının rekabet ihlaline yol açtığı iddiası ile ilgili olarak aynı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	17.10.2008
6	08-58/933-377	Çanakkale Kepez Limanı'nı işletmekte olan Çanakkale Liman İşletmesi San. Ve Tic. A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine karar verilmiştir.	17.10.2008
7	08-58/935-379	Reis Lider Araç Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti., Toyan Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Akota Otomotiv Tic. Ve San. A.Ş.'nin Toyota markalı motorlu kara taşıtları satış pazarında fiyat belirleme ve miktar paylaşımı suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak Reis Lider Araç Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ve Toyan Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Akota Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabet ihlali oluşturabilecek davranışlardan kaçınmaları gerektiği yönünde adı geçen firmalara görüş yazısı gönderilmesi konusunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	17.10.2008
8	08-60/963-381	Adana Otogarında faaliyet gösteren otobüs firmalarının aralarında anlaşma yapmak suretiyle otobüs bilet fiyatlarını belirledikleri iddiasına ilişkin olarak ilgili firmalar hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, bununla birlikte aynı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; Adana Otobüsçüler ve İşletmeciler Derneği'nin ve fiyat anlaşmasına katılan teşebbüslerin, piyasadaki fiyatın serbestçe oluşumunu etkileyebilecek her türlü toplantı, karar ve görüşmelerine derhal son vermelerine, 30 gün içinde adı geçen Dernek bünyesinde ya da teşebbüslerin kendi aralarında daha önce alınan tüm kararların ve kararlaştırılan cezai müeyyidelerin geçersiz olduğuna ve uygulanmayacağına dair karar alınarak bu yükümlülüklerin yerine getirildiğinin Rekabet Kurumu'na tevsik edilmesine, yukarıda belirtilen hususların yerine getirilmemesi ve aynı ya da benzer ihlallere devam edilmesi halinde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağı hususunda görüş yazısı gönderilmek üzere Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	23.10.2008
9	08-60/981-382	Konya-Ankara arası yolcu taşımacılığı yapan otobüs firmalarının ortak hareket ederek bilet fiyatlarını belirledikleri ve bu durumun 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil ettiği iddiasına ilişkin olarak aynı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	23.10.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
10	08-61/996-388	Roche Müstahzarları A.Ş. hakkında ileri sürülen iddiaların tamamının önceki Kurul kararlarında sonuçlandırılmış iddialarla aynı olduğuna, dilekçelerde ve eklerinde yer alan Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu, Roche firmasının iç denetim raporları, mahkeme ve polis ifade tutanakları ile basın ve yayın organlarında yer alan çeşitli haber ve yorumlarda ve diğer belgelerde, Rekabet Kurulu kararlarının yeniden ele alınmasını gerektirecek yeni bir delilin bulunmadığına, Roche Müstahzarları A.Ş.'nin şikayete konu eylem ve davranışlarının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında ihlal teşkil etmediğine, şikayetlerin reddine karar verilmiştir.	30.10.2008
11	08-61/997-389	Total Oil Türkiye A.Ş. ile Akdağ Bora Petrol Ürünleri Otomotiv İnşaat Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti. arasındaki anlaşmanın 1997 yılında yapılmış olması nedeniyle 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici Maddesi gereğince 18.9.2010 tarihine kadar geçerli olduğuna, bu tarihten sonra ise rekabet yasağının süresi itibarıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanamayacağına, dolayısıyla dosya konusu iddialar hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	30.10.2008
12	08-62/1025-397	Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin nihai satış noktası ile akdettiği sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'u ihlal eder nitelikte olduğu iddiasına ilişkin olarak aynı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	07.11.2008
13	08-63/1040-400	İstanbul Fuarçılık A.Ş. ve Otomotiv Distribütörleri Derneği tarafından Mermerler Otomotiv Taşımacılık Turizm Tekstil İnşaat Gıda ve Paz. A.Ş.'ye, 2008 Autoshow fuar alanında "4. Hol" yerine "7. Hol"ün verildiği, adı geçenlerin uyumlu eylem içinde bulunmak suretiyle yol açtıkları bu durumun dışlayıcı nitelik arz ettiği iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	12.11.2008
14	08-63/1041-401	Bartın ili merkezli yolcu taşımacılığı yapan otobüs firmalarının hizmet kalitesinin yeterli olmadığı, firma çalışanlarının birtakım keyfi uygulamaları nedeniyle yolculuk süresi açısından yolcuların çeşitli mağduriyetlerinin olduğu iddialarının 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına, bahse konu firmaların ortak hareket etmeleri sonucu otobüs fiyatlarının yüksek olduğu iddialarına ilişkin olarak ise aynı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına şikayetlerin reddine karar verilmiştir.	12.11.2008
15	08-63/1042-402	Nemrut Körfezi'nde bulunan Habaş Limanı'na yanaşan gemilere, Pirireis Kumanyacılık Ltd. Şti.'nin dışında farklı firmalar tarafından kumanya, teknik malzeme ve benzeri servis hizmetlerinin verilmesine Habaş A.Ş tarafından izin verilmediği	12.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	
16	08-63/1043-403	Sağlam Elektrik ve Elektronik San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin başvuru sahibinin yaptığı alışveriş işlemini kullandığı kredi kartının bağlı olduğu bankanın POS makinesi yerine başka bir bankanın POS makinesinden yaptığı ve bu durumun Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin yönlendirmesinden kaynaklandığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	12.11.2008
17	08-63/1047-406	Ege Kuru Meyve ve Mamulleri İhracatçıları Birliği'nde incir ihracatçılarının katılımıyla gerçekleşen Genel Kurul toplantısında kararlaştırılan ve akabinde Dış Ticaret Müsteşarlığı'nca onaylanan gümrük beyannamelerinin ilk kayda alınmış (yeni mahsul kuru incir ihracat) tarihinin belirlenmesi uygulamasının rekabet hukukuna aykırılık teşkil ettiği iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	12.11.2008
18	08-63/1050-409	Yaş ekmek mayası pazarında faaliyet gösteren Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş., Özmaya San. A.Ş. ve Akmaya San. ve Tic. A.Ş.'nin Mauri Maya San. A.Ş. ile birlikte yüksek oranlı ve birbirleriyle uyumlu fiyat artışlarının ve söz konusu fiyat artış trendini sürdürmelerinin ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde tanımlanan uyumlu eylem kapsamında bir ihlal olduğuna, Bu itibarla, Kanun'un 4. maddesi kapsamında söz konusu eylemleri gerçekleştiren maya üreticisi firmalardan; Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş., Özmaya San. A.Ş. ve Akmaya San. ve Tic. A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca 2002 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % 1'i oranında ve ayrı ayrı olmak üzere; Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş.'nin , Özmaya San. A.Ş.'nin ve Akmaya San. ve Tic. A.Ş.'nin idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.	12.11.2008
19	08-63/1051-410	Maya üreticilerinin fiyat birlikteliği sağladıkları ve bölge paylaştıkları iddiaları üzerine yürütülen soruşturma sonucunda soruşturma kapsamındaki teşebbüslerden, Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş., Özmaya Sanayi A.Ş. ve Safmaya San. A.Ş.'nin Akmaya San. ve Tic. A.Ş. ve Maurimaya San. A.Ş. ile birlikte uyumlu eylem sonucu bayiler arasındaki rekabeti önleyerek bayi satış fiyatlarını yükseltmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş., Özmaya San. A.Ş. ve Safmaya San. A.Ş.'nin 1998 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren %	12.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		1'i oranında ve ayrı ayrı olmak üzere; Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş.'nin, Özmaya San. A.Ş.'nin ve Safmaya San. A.Ş.'nin idari para cezası ile cezalandırılmasına; ancak Safmaya San. A.Ş.'nin 1.1.2000 tarihi itibari ile aynı gruba dahil olan Özmaya San. A.Ş. tarafından devralınması nedeniyle para cezasının Özmaya San. A.Ş.'den tahsil edilmesine karar verilmiştir.	
20	08-65/1055-411	Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TNet A.Ş.'den oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarında ve perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu, Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TNet A.Ş.'den oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki hakim durumunu, perakende genişbant internet hizmetleri pazarında fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullandığına, bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine, Kararın değerlendirmeler bölümünde belirlenen ilkeler çerçevesinde fiyat sıkıştırmasına yol açacak uygulamalardan kaçınılmasına, yukarıda belirtilen 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TNet A.Ş. ekonomik bütünlüğünün, ilgili ürün pazarındaki 2007 mali yılı sonunda oluşan toplam cirolarının %1'i üzerinden Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TNet A.Ş.'ye müteselsilen idari para cezası verilmesi gerektiğine karar verilmiştir.	19.11.2008
21	08-66/1057-412	Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş.'nin Bahar Büfe işletmecisi Cavit ATAK hakkında açtığı davanın Rekabet Kurulunun 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Kararı'na aykırı olduğu iddiası ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	20.11.2008
22	08-66/1058-413	BASF Türk Kimya San. ve Tic. Ltd. Şti. ve S.S. Pancar Ekicileri Kooperatifleri Birliği arasında yapılan anlaşma sonucu Pyradex adlı ilacın satışında tekel yaratıldığı ve aşırı fiyat oluşturulduğu iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine, BASF Türk Kimya San. ve Tic. Ltd. Şti. ile S.S. Pancar Ekicileri Kooperatifleri Birliği arasında yapılmış bulunan "Dağıtım Anlaşması"nın 2.2. maddesi uyarınca düzenlenen hedef alım miktarlarının her yıl sonunda gelecek yıl için tespit edilmesi uygulamasının rekabet etmeme yükümlülüğüne benzer etkiler doğurabilecek niteliğe sahip olmasından dolayı 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir düzenleme olduğuna, mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle "Dağıtım Anlaşma-	20.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		si'na bireysel muafiyet tanınamayacağına, Dağıtım Anlaşması'nın 2.2. maddesinde yer alan hedef alımların her yıl için önceden belirlenmesine ilişkin hükmün kaldırılmasına karar verilmiştir.	
23	08-66/1064-419	MESAM, MSG, MÜYAP ve MÜYORBİR Meslek Birlikleri'nin, yayıncı kuruluşlara karşı uygulamakta oldukları müzik eserleri telif ücreti tarifeleri ile hakim durumlarını kötüye kullandıkları ve Rekabet Kurulu'nun 20.6.2007 tarih ve 07-53/617-208 sayılı kararı ile MESAM, MSG, MÜYAP ve MÜYORBİR Meslek Birlikleri tarafından yapılan "Meslek Birlikleri Ortak Hareket Pro tokolü"ne verilen muafiyetin şartlarına söz konusu birliklerin uymadıkları iddiaları ile ilgili olarak Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği (MESAM), Musiki Eseri Sahipleri Grubu Meslek Birliği (MSG), Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği (MÜYAP) ve Müzik Yorumcuları Meslek Birliği (MÜYORBİR) hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	20.11.2008
24	08-67/1091-424	Hakkında soruşturma yapılan Türkiye Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikası'nın akaryakıt istasyonlarında kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması ve promosyonların kaldırılmasına ilişkin karar ve eylemlerinin ilgili pazarda rekabeti sınırlamaya yönelik olduğuna; Türkiye Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikası'nın bu tür karar ve eylemlerinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olduğuna; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan bildirim zamanında uyararak, gerek üyelerine gönderdikleri yazılar, gerekse basın açıklamalarıyla kredi kartlı satışlarda uygulanacak komisyon oranları ve promosyonlar konusunda bayilerin kendi iradeleriyle hareket etmeleri yönünde açıklamalarda bulunmak suretiyle ihlale son vermesi ve aynı Kanun'un 16. maddesinde yer verilen hafifletici ve ağırlaştırıcı hususlar dikkate alınmak suretiyle aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince adı geçen sendikanın idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.	27.11.2008
25	08-67/1095-427	Bazı reçete gruplarının bölge eczacı odaları tarafından eczaneler arasında belli bir sıra ve kota dahilinde paylaşılması uygulamasının 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu iddiasına ilişkin olarak; Maliye Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili Tebliğ ve Protokollerinden reçete dağıtımına ilişkin düzenlemeleri çıkarmasıyla, inceleme konusu rekabet sorununun uygulamanın ardında kamu iradesinin bulunduğu iddiası yönüyle ortadan kaldırıldığına ve şikayet başvurularındaki rekabetin tesisine ilişkin taleplerin karşılandığına, 4054 sayılı Kanun'un	27.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; Türk Eczacıları Birliği'ne her türlü reçete dağıtımına son verilmesi, aksi halde aynı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağı hususunda görüş yazısı gönderilmek üzere Başkanlığa yetki verilmesine; konuyla ilgili gelişmeler hakkında şikayetçilere bilgi verilmesine karar verilmiştir.	
26	08-69/1111-428	Linde Gaz A.Ş.'nin Rekabet Kurulu'nun 02-49/634-257 sayılı kararına uymadığı ve münhasır anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak, Likit karbondioksit pazarında Rekabet Kurulunun 02-49/634-257 sayılı kararına uyulmadığını gösteren herhangi bir bilgi veya belgeye rastlanmadığı, Linde Gaz A.Ş.'nin karbondioksit, oksijen, azot, asetilen, azot protoksit ve karışım gazlar pazarlarında akdettiği bazı sözleşmelerin münhasırlık şartı içeren belirsiz süreli sözleşmeler oldukları anlaşılmalı birlikte, 7.11.2008 tarihinde söz konusu sözleşmelerin yerini alacak yeni sözleşmeleri Rekabet Kuruluna bildirdiği ve muafiyet tanınmasını talep ettiği dikkate alınarak Linde Gaz A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	04.12.2008
27	08-69/1112-429	Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumunun tek taraflı olarak başvuru sahibinin bayiliğini iptal ettiği ve yeni bayilik talebini reddettiği iddiası ile adı geçen teşebbüsün bayilik sözleşmelerinin belirsiz süreli olduğu tespitine ilişkin olarak, Patsan Patlayıcı Maddeler San. ve Tic. A.Ş. adına Namık Kemal SAĞLAM tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 19.9.2008 tarih, 6294 sayı ile intikal eden şikayetin reddine, bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; Makine Kimya Endüstrisi Kurumu tarafından 60 gün içinde ticari patlayıcılara ilişkin sözleşmelerinin 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" ile uyumlu hale getirilmesi yönünde görüş yazısı gönderilmek üzere Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	04.12.2008
28	08-69/1113-430	Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin botoks pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanarak hyaluronik asit bazlı dolgu malzemeleri pazarında rakip şirketleri pazar dışına çıkarmayı amaçladığı iddiası ile ilgili olarak Abdi İbrahim İlaç San. ve Tic. A.Ş. ve Abdi İbrahim Pazarlama A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	04.12.2008
29	08-69/1114-431	Selçuk Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş., Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş., Es Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.'nin Antalya Eczacı Odası'nın etkisi ile ve rasyonel ekonomik gerekçelere dayanmaksızın 18.9.2002 tarihinde vadeli satışlarını durdurarak Kotan Eczanesi'nin etkinliklerini güçleştirecek şekilde uyumlu hareket ederek 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri-	04.12.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		ettiklerine, bu ihlallerinden dolayı, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yer verilen hususlar dikkate alınmak suretiyle aynı madenin 3. fıkrası uyarınca Selçuk Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş., Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş. ve Es Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.'ye ayrı ayrı olmak üzere idari para cezası uygulanmasına, ancak Es Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş.'nin Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş. tarafından devralınması nedeniyle para cezasının Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş.'den tahsil edilmesine karar verilmiştir.	
30	08-69/1121-437	Xerox Büro Araçları Servis A.Ş. ile dağıtım kanalı ve bayileri konumundaki teşebbüslere, söz konusu teşebbüslerin Xerox ürünlerinin yeniden satışına ve bu ürünler için yetkili servis tayin edilmesine ilişkin bayilik sisteminde pasif satışların engellenmesine yönelik düzenleme ve uygulamaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, bununla birlikte, bayilerle yapılan bayilik sözleşmeleri ve müşterilerle yapılan sözleşmeler başta olmak üzere her türlü sözleşmelerinde doğrudan ya da dolaylı olarak pasif satış yasağı tesis edilmesine olanak tanıyan düzenlemelere ve bu düzenlemelere dayanılarak yapılabilecek uygulamalara son verilmesi; aksi takdirde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde haklarında işlem başlatılacağına adı geçene bildirilmesi hususlarında aynı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmesine karar verilmiştir.	04.12.2008
31	08-69/1122-438	Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin bölge müdürlükleri tarafından başbayilere gazete ekleri dışında satmaları için zorunlu olarak medya dışı ürün adı altında ürün gönderdikleri ve söz konusu ürünleri satmak istemeyen bayilere gazete ve dergi vermedikleri iddiası ile ilgili olarak, Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin doğrudan ve dolaylı olarak, medya ürünlerinin satışını medya dışı ürünlerin satın alınmasına bağlama anlamına gelebilecek her türlü eyleme son vermesi, bu çerçevede 30 gün içinde bölge müdürlükleri ve başbayilerine gerekli uyarıları yaparak Rekabet Kurumuna tevsik etmesine, aksi takdirde, 16.10.2008 tarihinde 08-58/924-371 sayılı Kurul kararı ile Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin medya ürünlerinin dağıtımına ilişkin sözleşmesine tanınan bireysel muafiyetin 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesine dayanılarak geri alınıp alınmayacağına belirlenebilmesi amacıyla işlem başlatılabileceğinin adıgeçen teşebbüse bildirilmesine karar verilmiştir.	04.12.2008
32	08-69/1123-439	Shinko markalı termal vesikalık fotoğraf baskı sistemleri ve kağıtlarının Türkiye'deki tek ithalatçısı Darfilm Fotoğraf Ürünleri Tic. Ltd. Şti.'nin son dönem kur dalgalanmalarını bahane ederek Shinko marka makine ve kağıtları çok yüksek fiyattan satmaya başladığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı	04.12.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	
33	08-74/1180-455	Atılım Tıbbi Malzemeler San. Tic. Ltd. Şti., Deltamed Müh. Teknik Servis Sağlık Hizm. Tic. Ltd. Şti., Ece Tıbbi Ürünler ve Sistemleri Tic. Ltd. Şti., İmir Kimya-Tıbbi Cihaz-Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş., Medeks Tıbbi Gereçler San. ve Tic. Ltd. Şti., Medi-Lab Tıbbi Ürünler San. ve Tic. Ltd. Şti., Med-Kim Kimya San. ve Tic. Ltd. Şti., Megamar Tıbbi Görüntüleme ve Turizm Tic. Ltd. Şti., Salim Gürsoy-Odak Tıbbi Malzemeler, Sade Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Samed Samsun Medikal Elek. San. ve Tic. A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediklerine; Akademi Medikal Paz. Ltd.Şti., Atlas Medikal Elektronik Pazarlama ve Yatırım Ltd.Şti., Berat Medikal Aletler İlaç Sanayi Tic. Ltd. Şti., Bizim Medikal Tıbbi Gereçler İth. İhr. Tic. Ltd. Şti., Durmuş Bıçakçı-Bıçakçı Ticaret, Grup Medikal İnşaat Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti., İlmed İlaç ve Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti., Karadeniz Laboratuar Gereçleri San. ve Tic. Ltd. Şti., Korulu Grup Sağlık Hizmetleri İnş. Taah. Mak. Tem. San. ve Tic. Ltd. Şti., Samsun Tıp Tic. ve San. Ltd.Şti., Sembol Medikal Aletler İlaç San. ve Tic. Ltd. Şti., ve Sinmed Tıbbi Gereçler San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine; bu ihlallerinden dolayı, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yer verilen hususlar dikkate alınmak suretiyle, 2007 mali yılı sonunda oluşan gayri safi geliri üzerinden idari para cezası ile cezalandırılmalarına; Karadeniz Laboratuar Gereçleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne idari para cezası uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir.	19.12.2008
34	08-75/1187-456	4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; Amasya Kuyumcular Derneği'ne, fiyat listesinin tavsiye veya maksimum fiyat niteliği taşıdığını açıkça ortaya koyan bir ifadenin 30 gün içinde adı geçen derneğin internet sitesinde yayımlanması ve Rekabet Kurumuna tevsik edilmesi, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılacağına bildirilmesi yönünde görüş yazısı gönderilmek üzere Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	25.12.2008
35	08-75/1198-463	Diyaliz cihazı ve diyaliz sarf malzemeleri pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüslerin, diyaliz sarf malzemeleri alım ihaleleri öncesinde fiyat belirlenmesine ve pazarın paylaşılmasına yönelik anlaşmalar yapmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak, soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgenin Dia Mar Sađl. Ür. Tic. Ltd. Şti., Farm Inter İlaç San. ve Tic. A.Ş. ve Renka Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından diyaliz sarf malzemeleri alım ihaleleri öncesinde fiyat belirlenmesine ve pazarın paylaşılmasına yönelik anlaşmalar yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine dair yeterli bulunmadığına karar verilmiştir.	25.12.2008



SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
36	08-76/1227-465	Bergama'da faaliyet gösteren fırıncıların aralarında anlaşarak ekmeğin bakkallara ve tüketiciye satış fiyatını belirledikleri iddiasına ilişkin olarak bu aşamada önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, bununla birlikte, Bergama'da faaliyet gösteren fırıncıların, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca aynı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma niteliğindeki ekmeğin toptan ve perakende satış fiyatını tespit etmeye yönelik her türlü eylemlerine son vermeleri, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağına bildirilmesi yönünde başta şikayet dilekçesinde adı geçenlere olmak üzere Bergama'da fırın işleten tüm üyelerine duyurulması için Bergama Ticaret Odası ve İzmir Fırıncılar Odası'na görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığa yetki verilmesine ve ayrıca bahse konu yazının Bergama Kaymakamlığına da gönderilmesine karar verilmiştir.	30.12.2008

**MENFİ TESPİT/MUAFİYET**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	08-57/913-364	SIM kart ve kontör kart dağıtım ve aktivasyonu pazarı bakımından: Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Ataçlar İletişim Dağıtım A.Ş. arasında imzalanan ve 56 firma ile de imzalanacak olan tip sözleşme niteliğindeki "Turkcell Dağıtım Merkezi Sözleşmesi"ne rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, % 40 pazar payı eşliğinin aşılması nedeniyle, Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına; bununla birlikte, Sözleşme'nin 4.2.18. maddesinde yer alan "ya da birinci dereceden akrabaları" ifadesinin çıkarılması, Sözleşme'nin süreye ilişkin 12. maddesi uyarınca yenilenmesi halinde, yenilemenin rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen 4.2.18. maddesi dışında kalan maddeler itibarıyla hüküm ifade edeceği yönünde düzenlemenin yapılması ve yapılan değişikliklerin Rekabet Kurumuna tevsih edilmesi koşuluyla, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi kapsamında bahse konu sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	09.10.2008
2	08-57/914-365	SIM kart ve kontör kart dağıtım ve aktivasyonu pazarı bakımından Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Telere Telekom Kurumsal Hizmetler İletişim ve Ticaret A.Ş. arasında imzalanan ve 37 firma ile de imzalanacak olan tip sözleşme niteliğindeki "Kurumsal Çözüm Merkezi Sözleşmesi"ne; rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, % 40 pazar payı eşliğinin aşılması nedeniyle, sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, bildirim konusu sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	09.10.2008
3	08-58/924-371	Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş. ve Fırat Dağıtım Gazete ve Mecmua Paz. İnş. ve San. Tic. Ltd. Şti. arasında imzalanan ve tip sözleşme niteliğinde bulunan sözleşmeye; rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bildirim konusu sözleşmenin, "medya dışı ürünler dağıtım pazarı" bakımından 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde belirtilen koşulları taşıdığına ve bu nedenle 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına, Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin gazete ve dergi dağıtım pazarında % 40'ın üzerinde pazar payına sahip olması	17.10.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		nedeniyle, sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, bildirim konusu sözleşmeye "gazete ve dergi dağıtım pazarı" bakımından bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	
4	08-58/925-372	Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin A4 Grafik Matbaacılık Yayın Reklam ve Bilişim Hizmetleri Ltd. Şti.ile imzaladığı tip sözleşme niteliğinde olan "Dergi Dağıtım Sözleşmesi"ne ve Estetik Yayıncılık ve Hava Taşımacılığı Tic. Ltd. Şti. ile imzaladığı tip sözleşme niteliğinde olan "Gazete Dağıtım Sözleşmesi"ne rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin alıcı olarak gazete ve dergi dağıtım pazarında % 40'ın üzerinde pazar payına sahip olması nedeniyle, anılan sözleşmelerin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, bildirim konusu sözleşmelere bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	17.10.2008
5	08-58/923-370	Total Oil Türk A.Ş.'nin kontrolünde bulunan Samsun Akaryakıt Depolama A.Ş.'nin %50 oranındaki hissesinin Shell & Turcas Petrol A.Ş.'ye devredilmesi işleminin ve taraflar arasında imzalanan ikmal sözleşmelerinin, tarafların Türkiye akaryakıt dağıtım pazarında birbiriyle rakip teşebbüsler olmaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı nitelikte işbirliği anlaşması olduğuna, dolayısıyla işleme aynı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bununla birlikte, söz konusu sözleşmelere 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	16.10.2008
6	08-58/930-376	Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin, Karakoç Turizm Gıda İnş. ve Oto Ltd. Şti. ile ve Amigos Paradise Restaurant ile imzalamış olduğu gazlı ve gazsız içecek alım ve yeniden satımını düzenleyen ve münhasırlık hükmü içermeyen süreli veya kota taahhütlü sözleşmelere menfi tespit belgesi verilmesine; Bostancı Kordon Turizm Gıda İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ile ve Ankara Lezzet Kurukahve Kuruyemiş ile imzalamış olduğu sadece gazsız içecek alım ve yeniden satımını düzenleyen süreli sözleşmelerde, süresi 5 yılı aşmayan rekabet yasağının, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına, Saray Turizm İnşaat Paz. Tic. ve San. A.Ş. ile ve Asmaaltı Kebapçısı San. ve Tic. Ltd. Şti. ile imzalamış olduğu gazlı ve gazsız içecek alım ve yeniden satımını düzenleyen süreli	17.10.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		veya kota taahhütlü sözleşmelerde, gazlı içecek ve sporcu içeceği pazarlarındaki ürünlere dair 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir kısıtlamanın yer almadığına, gazsız içecekler bakımından ise, öngörülen süresi 5 yılı aşmayan rekabet yasağının 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına; Majesty Otel İşletmeleri Tur. ve Tic. A.Ş. ile ve Abacus Turizm Hediyelik Eşya İnş. Gıda San. Tic. Dış Tic. A.Ş., Eksel Turizm Gayrimenkul Yatırım İnş. San. Tic. A.Ş., Altın Sarısı Otelcilik Turizm İnş. Tic. Ltd. Şti. ile imzalamış olduğu gazlı ve gazsız içecek alım ve yeniden satımını düzenleyen ihale usulü sözleşmelerde, gazlı içecekler için öngörülen rekabet yasağının, Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin gazlı içeceklere ilişkin pazar payının 2002/2 sayılı Tebliğ'de belirtilen eşğin üzerinde olması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağına, ancak süresi iki yılı geçmeyen rekabet yasağının 10.9.2007 tarih, 07-70/864-327 sayılı Rekabet Kurulu kararı gereğince bireysel muafiyet tanınmasına, gazsız içecekler için öngörülen 5 yılı aşmayan rekabet yasağının, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına karar verilmiştir.	
7	08-66/1059-414	4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık taşıyan hükümler içermeleri nedeniyle Atlantik Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ile distribütörleri ve plasiyerleri arasında yapılacak tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmelerine ve ÖSM kategorisindeki nihai satış noktalarıyla yapılacak tip sözleşme niteliğindeki Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi, Tüccar Plasiyer Bayilik Sözleşmesi ve ÖSM Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bununla birlikte "krem çikolata", "çikolata" ve "çikolata kaplamalı ürünler" pazarları bakımından; mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınamayacağına, anılan sözleşmenin 23. maddesinde yer verilen ve sözleşmenin feshinden sonraki dönemde rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde distribütöre cezai şart öngören hükmün sadece sözleşme süresi ile sınırlanacak şekilde düzenlenmesine, mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu ÖSM Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınamayacağına; eşdeğer rakipleri rafta bulunan Atlantik Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ürünlerinin doğrudan listelenmesi zorunluluğuna ilişkin hükmün, teşhir alanlarında Atlantik Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ürünleri için minimum en büyük rakibe ayrılan alan kadar yer verilmesi şartının, Çeşit Primi'ne yönelik hükümlerin, anılan sözleşmeden çıkarılmasına, hedef indirimi sisteminin sadakat indirimi haline dönüşerek ilgili ÖSM'leri ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü Atlantik Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'den sa-	20.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		tın almaya zorlayacak biçimde değil, hacim etkinliğine yönelik miktar indirimi şeklinde tüm ÖSM'ler için objektif ve eşit şartlarda düzenlenmesine, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle başvuru konusu Tüccar Plasiyer Bayilik Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	
8	08-66/1060-415	4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık taşıyan hükümler içermeleri nedeniyle Atlas Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ile distribütörleri ve plasiyerleri arasında yapılacak tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmelerine ve ÖSM kategorisindeki nihai satış noktalarıyla yapılacak tip sözleşme niteliğindeki Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi, Tüccar Plasiyer Bayilik Sözleşmesi ve ÖSM Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınamayacağına, anılan sözleşmenin 23. maddesinde yer verilen ve sözleşmenin feshinden sonraki dönemde rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde distribütöre cezai şart öngören hükmün sadece sözleşme süresi ile sınırlanacak şekilde düzenlenmesine, mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu ÖSM Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınamayacağına; Eşdeğer rakipleri rafta bulunan Atlas Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ürünlerinin doğrudan listelenmesi zorunluluğuna ilişkin hükmün, teşhir alanlarında Atlas Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ürünleri için minimum en büyük rakibe ayrılan alan kadar yer verilmesi şartının, Çeşit Primi'ne yönelik hükümlerin, anılan sözleşmeden çıkarılmasına, hedef indirimi sisteminin sadakat indirimi haline dönüşerek ilgili ÖSM'leri ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü Atlas Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'den satın almaya zorlayacak biçimde değil, hacim etkinliğine yönelik miktar indirimi şeklinde tüm ÖSM'ler için objektif ve eşit şartlarda düzenlenmesine, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle başvuru konusu Tüccar Plasiyer Bayilik Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	20.11.2008
9	08-66/1061-416	4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık taşıyan hükümler içermeleri nedeniyle Merkez Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ile distribütörleri ve plasiyerleri arasında yapılacak tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmelerine ve ÖSM kategorisindeki nihai satış noktalarıyla yapılacak tip sözleşme niteliğindeki Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi, Tüccar Plasiyer Bayilik Sözleşmesi ve ÖSM Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bununla birlikte "bisküvi", "kek", "çikolata", "çikolata kaplamalı ürünler", "krem çikolata", "margarin", "ton	20.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		balığı” pazarları bakımından; mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi’ne bireysel muafiyet tanınamayacağına, anılan sözleşmenin 23. maddesinde yer verilen ve sözleşmenin feshinden sonraki dönemde rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde distribütöre cezai şart öngören hükmün sadece sözleşme süresi ile sınırlanacak şekilde düzenlenmesine, mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu ÖSM Sözleşmesi’ne bireysel muafiyet tanınamayacağına; Eşdeğer rakipleri rafta bulunan Merkez Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ürünlerinin doğrudan listelenmesi zorunluluğuna ilişkin hükmün, teşhir alanlarında Merkez Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ürünleri için minimum en büyük rakibe ayrılan alan kadar yer verilmesi şartının, Çeşit Primi’ne yönelik hükümlerin, anılan sözleşmeden çıkarılmasına, hedef indirimi sisteminin sadakat indirimi haline dönüşerek ilgili ÖSM’leri ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü Merkez Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.’den satın almaya zorlayacak biçimde değil, hacim etkinliğine yönelik miktar indirimi şeklinde tüm ÖSM’ler için objektif ve eşit şartlarda düzenlenmesine, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu Tüccar Plasiyer Bayilik Sözleşmesi’ne bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	
10	08-66/1062-417	4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine aykırılık taşıyan hükümler içermeleri nedeniyle Rekor Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ile distribütörleri arasında yapılacak tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmesine ve ÖSM kategorisindeki nihai satış noktalarıyla yapılacak tip sözleşme niteliğindeki Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi ve ÖSM Sözleşmesi’ne menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bununla birlikte “bisküvi”, “kek”, “çikolata”, “çikolata kaplamalı ürünler”, “krem çikolata”, “margarin”, “ton balığı” pazarları bakımından; mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu Tek Elden Dağıtım Sözleşmesi’ne bireysel muafiyet tanınamayacağına, anılan sözleşmenin 23. maddesinde yer verilen ve sözleşmenin feshinden sonraki dönemde rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde distribütöre cezai şart öngören hükmün sadece sözleşme süresi ile sınırlanacak şekilde düzenlenmesine, mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamını karşılamaması nedeniyle başvuru konusu ÖSM Sözleşmesi’ne bireysel muafiyet tanınamayacağına; Eşdeğer rakipleri rafta bulunan Rekor Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ürünlerinin doğrudan listelenmesi zorunluluğuna ilişkin hükmün, teşhir alanlarında Rekor Gıda Pazarlama San. Ve Tic.	20.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		A.Ş. ürünleri için minimum en büyük rakibe ayrılan alan kadar yer verilmesi şartının, Çeşit Primi'ne yönelik hükümlerin, anılan sözleşmeden çıkarılmasına, hedef indirim sisteminin sadakat indirimi haline dönüşerek ilgili ÖSM'leri ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü Rekor Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'den satın almaya zorlayacak biçimde değil, hacim etkinliğine yönelik miktar indirimi şeklinde tüm ÖSM'ler için objektif ve eşit şartlarda düzenlenmesine karar verilmiştir.	
11	08-67/1089-423	Numil Gıda Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Mercan Satış ve Dağıtım Tic. Ltd. Şti. arasında imzalanan ve 21 distribütör ile de imzalanacak olan ve tip sözleşme niteliğindeki münhasır distribütörlük sözleşmesine 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle ilgili ürün pazarlarından teşebbüsün pazar payının %40'ı aştığı hazır bebek mamaları pazarı ile bebek ve anne çayları pazarları bakımından bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	27.11.2008
12	08-69/1126-442	Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin, Chemfeed Ltd. tarafından temsilci olarak atandığı ürün ve sistemlerle ilgili satış haklarının bir kısmını İdeal Makine Endüstri Ürünleri San. Tic. Ltd. Şti.'ne kullandırılmasına yönelik "Temsilcilik ve Distribütörlük Sözleşmesi"nin 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına karar verilmiştir.	04.12.2008
13	08-76/1226-464	Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş. ile Petrol Ofisi A.Ş. arasında imzalanan sözleşmeye ve Petrol Ofisi A.Ş. ile Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin, kendisiyle bayilik sözleşmesi imzalayan bayilerinden ve Nakliye Sözleşmesi imzalayarak Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'ye nakliye hizmeti veren nakliyecilerden oluşan müşteriler arasında imzalanan "AutoMatic Müşteri Sözleşmeleri"ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir.	30.12.2008

**BİRLEŞME VE DEVRALMALAR**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	08-57/911-362	Zentiva N.V.'nin kontrolünün, tedavüldeki hisselerin tamamına yönelik hisse alım teklifi yoluyla Sanofi Aventis Europe tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	09.10.2008
2	08-57/919-367	Bursagaz Bursa Şehiriçi Doğalgaz Dağıtım Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ve Kayserigaz Kayseri Doğalgaz Dağıtım ve Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin Çalık Grubu'na ait %40,1 oranında hisselerinin EWE Enerji A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	09.10.2008
3	08-58/922-369	Kocaeli Büyükşehir Belediyesi Başkanlığına, iştiraklerine ve gerçek kişilere ait İzmit Gaz Dağıtım San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin tamamının, Kocaeli Büyükşehir Belediyesi tarafından blok satış yöntemi ile özelleştirilmesi için yapılan ihalede en yüksek teklifi veren GDF International SAS'ye devri işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	17.10.2008
4	08-58/928-374	Radyo Cool Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün TMSF tarafından satışına ilişkin ihalede tek teklifi veren Eko Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna, ancak aynı Tebliğ'in 5. maddesinde öngörülen pazar payları ve ciro eşiklerinin aşılmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	17.10.2008
5	08-58/929-375	Smile Tedarik ve Ticaret A.Ş. hisselerinin %50'sinin hisse ihracı yoluyla Brightstar Corp.'a devredilmesi yoluyla ortak girişim kurulması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	16.10.2008
6	08-58/934-378	Varan Kargo Taşımacılık Ticaret A.Ş.'nin hisselerinin tamamının Ceva Lojistik Ltd. Şti., Ceva Container Logistics BV, Ceva Logistics Headoffice BV, Ceva Logistics Holdings BV ve Ceva Logistics Netherlands BV tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	16.10.2008
7	08-61/990-383	GGüney 2M Dağıtım Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin, Nexus Holdings S.a.r.l. ile Melih ŞAHİNÖZ, Hayati MOLİNAS, Ahmet Metin NEMUTLU ve Çimen ŞAHİNÖZ tarafından ortak kontrol edilen bir ortak girişim haline gelmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	30.10.2008
8	08-61/992-384	Mitsubishi Corporation ve Mitsubishi UFJ Lease & Finance Company Limited'in, International Automotive Holding BV'nin sermayesinin %45'ini temsil eden hisselerini Beleggingsmaatschappij Ardelisa N.V.'den devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	30.10.2008



SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
9	08-61/993-385	Ergo İsviçre Sigorta A.Ş.'nin %25 ve Ergo İsviçre Hayat Sigorta A.Ş.'nin %100 oranında hissesinin devri işlemleri ile devir işleminden dolayı olarak etkilenecek olan Ergo İsviçre Portföy Yönetimi A.Ş.'nin kontrolünün devri işlemine izin verilmesine; Ergo İsviçre Hayat Sigorta Pazarlama Ltd. Şti. ve Ergo İsviçre Bilişim Teknoloji Tic. Ltd. Şti.'nin kontrolünün değişmesi işleminin ise, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	30.10.2008
10	08-61/994-386	Vinnolit GmbH&Co. KG'ye ait, İtalya'da Porto Torres fabrikasında üretilen E-PVC'nin dağıtım işinin INEOS Vinyls Italia SpA. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	30.10.2008
11	08-61/995-387	SMART Grubu'nun Metinvest BV'nin sermaye artırımını sonucunda bu şirketin ilave hisselerini SCM Grubu'ndan devralması işlemine izin verilmesine; Makevka Metallurgical Plant ile Promet JSC ve Promet Intertrade Ltd.'nin sermayelerinin %90'ının SMART Grubu'ndan Metinvest BV'ye devredilmesi işleminin ise 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	30.10.2008
12	08-61/998-390	Babil Yapı Malzemeleri İnşaat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye ait hazır beton tesisinin Cimpor Yibitaş Çimento San. ve Tic. A.Ş. tarafından kiralanması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	30.10.2008
13	08-61/999-391	Süperpak Ambalaj Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin hisselerinin %60,0079'unun Mayr-Melnhof Holdings N.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	30.10.2008
14	08-61/1000-392	Flextronics International Ltd.'nin tamamına sahip olduğu iştiraki Multek Technologies Ltd.'nin Dynaco Corp.'un varlıklarını ve Steve Lee DUTTON'un sahip olduğu bazı patent haklarını devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	30.10.2008
15	08-62/1017-393	Kombassan Holging A.Ş. kontrolündeki Komsar Kombassan Mikronize Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Hisar Madencilik ve Yapı Elemanları Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin kalsit ve ilişkili ürünlerin madenciliği ve üretimine dair faaliyetlerinin, belirli malvarlığı ve anlaşmalarının Omya Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminden tarafların feragat etmesi nedeniyle nihai incelemenin sonlandırılmasına, bununla birlikte, bahse konu işleme yönelik başvuru üzerine yapılan öninceleme safhasında yanlış ve yanıltıcı bilgi ve belge sunması nedeniyle Omya Madencilik San. ve Tic. A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2007 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin binde biri oranında olmak üzere idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	07.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
16	08-62/1018-394	M-Real Corporation'ın kuşe grafik kağıdı ve buna bağlı birtakım kuşesiz grafik kağıdı işlerinin Sappi Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	07.11.2008
17	08-62/1019-395	Genesis Holding A.Ş.'nin hisselerinin %50'sinin Diagnostiko Kai Therapeytiko Kentro Athinon Ygeia Anonymi Etaireia tarafından devralınması işlemine izin verilmesine; Hissedarlık Sözleşmesi'nin 9.1. maddesi ile bu sözleşmenin taraflarına getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının, İstanbul ili ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama kabul edilmesine karar verilmiştir.	07.11.2008
18	08-62/1022-396	Doğ-Pa Doğanlar Pazarlama İhracat ve İthalat A.Ş. kontrolünde bulunan Çanakkale Esenler, Çanakkale Çarşı ve Balıkesir Gönen olarak adlandırılan süpermarketlerin sabit değerleriyle birlikte alt kira sözleşmesi ve kira sözleşmelerinin devri yoluyla işletilmesinin CarrefourSA Carrefour Sabancı Ticaret ve Alışveriş Merkezi A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	07.11.2008
19	08-63/1038-398	Kion Grubu'nun Baoli şirketlerine ait forklift işini devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.11.2008
20	08-63/1039-399	Appliances Components Companies S.p.A., Bianchi Vending Group S.p.A., Finder S.p.A ve bu şirketler tarafından kontrol edilen şirketler grubunun kontrolünün, Goldman Sachs Private Equity Holdings L.P. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.11.2008
21	08-63/1044-404	Bank of America Corporation'ın, borsa aracılığıyla gerçekleştirilecek hisse değişimi ile Merrill Lynch'in kontrolünün tamamını devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.11.2008
22	08-63/1045-405	Rohm and Haas Company'nin kontrolünün Dow Chemical Company tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.11.2008
23	08-63/1048-407	Turyağ Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin toplam %50 oranındaki hissesinin Harun ÇALLI ve Ebubekir ÇALLI tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle işleme izin verilmesine, bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle devralan teşebbüs (Çallı Ailesi) Harun ÇALLI ve Ebubekir ÇALLI'ya 4054 sayılı Kanun'un 23.1.2008 tarih, 5728 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesinin birinci fıkrası (b) bendi ve 2007/1 sayılı Tebliğ uyarınca müteselsilen 1.716 YTL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	12.11.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
24	08-63/1049-408	Ashworth Inc. şirketinin ihraç edilmiş hisselerinin tamamının satınalma teklifi yoluyla Adidas AG tarafından bağlı şirketi PHX Acquisition Corp. aracılığıyla devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	12.11.2008
25	08-66/1063-418	Schaeffler KG tarafından Continental AG'nin tek başına kontrolünün Continental AG'nin tedavüldeki bütün hisselerinin herhangi bir teklif talebi olmaksızın halka yapılan nakit teklifi yoluyla devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	20.11.2008
26	08-67/1085-420	BNP Paribas SA tarafından Fortis Bank SA/NV, Fortis Banque Luxembourg SA ve Fortis Insurance Belgium SA/NV'nin doğrudan veya dolaylı olarak kontrollerinin devralınması ve bu işlemlere bağlı olarak Fortis Grup Şirketleri'nin Türkiye'deki iştirakleri olan Fortis Bank A.Ş., Fortis Finansal Kiralama A.Ş., Fortis Portföy Yönetimi A.Ş. ve Fortis Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin kontrolünün devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.11.2008
27	08-67/1087-421	Gala TV Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün TMSF tarafından satış ihalesinde en yüksek iki teklifi veren CPC Medya Radyo Televizyon Yayıncılık A.Ş. veya Avrupa Müzik Yapım Prodüksiyon Yayın Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna, ancak aynı Tebliğ'in 5. maddesinde öngörülen pazar payları ve ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	27.11.2008
28	08-67/1088-422	Sanal Mağazacılık Bilgisayar Hizmetleri A.Ş.'nin sermayesinin %99.05'ine tekabül eden hisselerinin True Light Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.11.2008
29	08-67/1093-425	Lamberti S. p. A.'nin "Fotobaşlatıcılar İş Kolu"nun Ciba S. p. A. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.11.2008
30	08-67/1094-426	Dr. F. Frik İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin ortaklık paylarının %17'sine tekabül eden bölümünün İş Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklığı A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.11.2008
31	08-69/1115-432	Meram Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin % 100 oranındaki hissesinin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesi kapsamında söz konusu hisselerin Alsim Alarko Sanayi Tesisleri ve Ticaret A.Ş. veya Kiler Alışveriş Hizmetleri Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. veya Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğu, adı geçen teklif sahiplerinden herhangi biri tarafından gerçekleştirilecek muhtemel devralma işlemine izin verilmesinde sakınca bulunmadığına karar verilmiştir.	04.12.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
32	08-69/1116-433	Aras Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin % 100 oranındaki hissesinin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesi kapsamında söz konusu hisselerin Kiler Alışveriş Hizmetleri Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, adı geçen teklif sahibi tarafından gerçekleştirilecek muhtemel devralma işlemine izin verilmesinde sakınca bulunmadığına karar verilmiştir.	04.12.2008
33	08-69/1117-434	Akenerji Elektrik Üretim A.Ş.'nin sermayesinin %37,36141'ine tekabül eden bölümünün CEZ a.s.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	04.12.2008
34	08-69/1118-435	Yeni İlaç ve Hammaddeleri San. ve Tic. A.Ş.'nin Gökmar Ailesi, Tepeler Ailesi ve Yeni Kimya San. ve Tic. A.Ş.'ye ait olan ve ortaklık paylarının tamamına tekabül eden hisselerinin Recordati Espana S.L.'ye devredilmesi işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	04.12.2008
35	08-69/1119-436	Koç Statoil Gaz Toptan Satış A.Ş. ve Koç Statoil Gaz İletim A.Ş.'de bulunan Statoil Hydro ASA'ya ait %50 oranındaki hisselerin Aygaz A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	04.12.2008
36	08-69/1124-440	Fantuzzi Industries S.a.r.L. iştiraklerinden Reggiane Cranes & Plants S.p.A ve Noell Crane Holding GmbH şirketlerinin hisselerinin tamamının Terex Corporation tarafından devralınması işlemine izin verilmesine, işleme ilişkin sözleşmelerde yer alan "Rekabet Etmeme" başlıklı 3.2. ve 3.4. sayılı maddelerin (ii), (iii) ve (v) bendlerinde düzenlenen yükümlülüklerin, süresinin 30 aya indirilmesi halinde ve ayrıca (v) bendinde düzenlenen fikri mülkiyet haklarına ilişkin yükümlülüğün kapsamının devre konu şirketin ilgili ürün pazarlarıyla sınırlı tutulması halinde yan sınırlama kabul edilmesine karar verilmiştir.	04.12.2008
37	08-69/1131-445	Adabank Ticari İktisadi Bütünlüğü'nün TMSF tarafından satış ihalesinde en yüksek iki teklifi veren Kök Menkul ve Gayrimenkul Yatırım Tic. A.Ş. veya Torunlar Gıda San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna, ancak aynı Tebliğ'in 5. maddesinde öngörülen pazar payları ve ciro eşiklerinin aşılmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	04.12.2008
38	08-69/1125-441	Betasan Bant San. ve Tic. A.Ş. ile Salve Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin tümünün Münir Şahin İlaç San. ve Tic. A.Ş. ile Ioan Octavian FAURESCU, Şefika PEKİN, Zeynep	04.12.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		ÇAKIR ve Metin KABAK tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	
39	08-71/1149-446	Ana Gıda Otomotiv ve İhtiyaç Maddeleri San. Tic. A.Ş.'nin % 39 oranındaki hissesinin Seef Foods S.a.r.L. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	15.12.2008
40	08-71/1150-447	ERS İnşaat San. Tic. A.Ş.'nin Bodrum Liman İşletmeleri A.Ş.'de sahip olduğu % 60 oranındaki hissesinin Global Liman İşletmeleri A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	15.12.2008
41	08-73/1154-448	The Nielsen Company (US) LLC/The Nielsen Company B.V.'nin WPP Group Plc. ile %50-50 ortaklık şeklinde kurmuş olduğu AGB Media Research'deki WPP Group Plc.'ye ait hisseleri devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.12.2008
42	08-73/1155-449	Özgözükara Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.'nin gerçek kişi hissedarlar elinde bulunan hisselerinin tamamının Fresenius Diyaliz Hizmetleri A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.12.2008
43	08-73/1156-450	TBS Beton ve Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.'ye ait malvarlığının Traçim Beton San. ve Tic. A.Ş. tarafından kiralanması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.12.2008
44	08-73/1157-451	Arzum Elektrikli Ev Aletleri San. ve Tic. A.Ş.'nin, Arzum Dış Tic. ve Paz. A.Ş. ve Feliks Elektrikli Ev Aletleri Paz. San. ve Tic. A.Ş.'ni tasfiyesiz infisah yoluyla devralması işleminin, tarafların aynı ekonomik bütünlük içinde yer almaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	18.12.2008
45	08-73/1158-452	Yonca Marketçilik ve İnş. Hiz. San. Tic. A.Ş.'nin kirasında bulunan Adana, Mersin ve Hatay'da Yonca Marketler'in faaliyet gösterdiği işyerlerinin Migros Türk Ticaret A.Ş. tarafından kiralanması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.12.2008
46	08-73/1160-453	Proser Koruma ve Güvenlik Hiz. A.Ş. ile bu şirketin gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri tarafından Mettek Güvenlik Organizasyonları A.Ş.'nin hisselerinin tamamının devralınması ve ISS Grubu şirketleri tarafından Mettek Hizmet Organizasyonları A.Ş.'nin Mettek Güvenlik Organizasyonları A.Ş. elinde bulunan hisseleri dışındaki hisselerin tamamının devralınması işlemlerine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.12.2008
47	08-73/1179-454	Sanko Holding A.Ş. ve Avnet Inc. arasında bir ortak girişim kurulması ve Sanko Holding A.Ş. bünyesinde yer alan Akora Teknoloji Paz. ve San. A.Ş.'nin varlıklarının bu ortak girişime devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.12.2008

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
48	08-75/1188-457	Tarsus Gayrimenkul Geliştirme Yatırım İnşaat ve Ticaret A.Ş.'nin sermayesinin tamamını oluşturan hisselerin Corio Yatırım A.Ş., Corio N.V., VIB North America B.V., Bocan B.V. ve Hoog Catharijne B.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	25.12.2008
49	08-75/1189-458	Bimeks Dış Ticaret Pazarlama Anonim Şirketi'nin tüm aktif ve pasiflerinin İspaş Dayanıklı Tüketim Malları Pazarlama A.Ş. tarafından devir alınması suretiyle iki şirketin birleştirilmesi işleminin kontrol değişikliğine yol açmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	25.12.2008
50	08-75/1190-459	Thames Water Limited'in İzmit Su A.Ş.'de sahip olduğu hisselerin tamamının Gama Enerji A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	25.12.2008
51	08-75/1195-460	The Dow Chemical Company ve Petrochemical Industries Company K.S.C.'nin çeşitli kimyasal ürünlerin ve bu ürünlerin yapımında kullanılan katalizörlerin araştırma, geliştirme, üretim, dağıtım, pazarlama ve satışıyla, teknolojik lisanslaması ve çeşitli kimyasalların ortak alımı ile ilgili faaliyetlerinde bulunması amacıyla oluşturulması planlanan ortak girişim şirketine izin verilmesine karar verilmiştir.	25.12.2008
52	08-75/1196-461	Norddeutsche Affinerie AG'nin borsada işlem gören hisselerinin %22,3224'ünün Salzgitter Mannesmann GmbH tarafından iktisap edilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	25.12.2008
53	08-75/1197-462	Çamlıca İnşaat Yapı San. ve Tic. A.Ş.'ye ait tüm aktif ve pasiflerin Novoplast Plastik San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin kontrol değişikliğine yol açmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	25.12.2008
54	08-76/1228-466	Lucite International Group Limited'in hisselerinin tamamının Mitsubishi Rayon Co., Ltd tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına, işleme 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir.	30.12.2008
55	08-76/1229-467	Ercan İnşaat Turizm Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin maliki olduğu ve Zergan Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından işletilen "Mardin Kızıltepe" isimli süpermarketin, Ercan İnşaat Turizm Tic. ve San. Ltd. Şti. ile Zergan Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. arasındaki kira sözleşmesinin devri yoluyla CarrefourSA Carrefour Sabancı Ticaret ve Alışveriş Merkezi A.Ş. tarafından sabit değerleriyle birlikte devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	30.12.2008

**DİĞER**

<b>SIRA NO</b>	<b>KARAR SAYISI</b>	<b>KARAR KONUSU</b>	<b>KARAR TARİHİ</b>
1	08-69/1127-443	İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin iştiraki olan İstanbul Kültür ve Sanat Ürünleri A.Ş. vasıtasıyla işlettiği büfelerde bir başka iştiraki olan Hamidiye Kaynak Suları San. Tur. ve Tic. A.Ş. ürünlerinin münhasıran satılmasını zorunlu kıldığı ve buna uymayan büfeleri kira sözleşmesinin sonlandırılması ile tehdit ettiği, bu suretle rekabeti ihlal ettiği iddialarını içeren başvuru üzerine verilen 20.5.2008 tarih, 08-34/451-158 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğinin İstanbul Kültür ve Sanat Ürünleri A.Ş. tarafından yerine getirildiğinden bilgi alınmış olup, yeniden gözden geçirilmesi talep edilen söz konusu kararın nihai karar olduğu anlaşıldığından, Rekabet Kurulu'nun nihai kararlarına karşı süresinde yargı yoluna başvurma mümkün olması ve 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun Danıştay olarak belirlenmiş olması nedeniyle, söz konusu talebin reddine karar verilmiştir.	04.12.2008
2	08-69/1128-444	Greencastle Drinks Limited tarafından Rekabet Kurulu'na sunulan ve temel olarak Kent Gıda Maddeleri San. ve Tic. A.Ş.'nin "Nazar" markasının lisansının süresiz olarak başka bir teşebbüse verilmesini içeren "Intergum'un Devralınması İşlemi Kapsamında Sayın Rekabet Kurumuna Greencastle Tarafından Sunulan Taahhüt" başlıklı metindeki taahhütler çerçevesinde; "Nazar" markasının lisansının Saadet Gıda Paz. ve Tic. A.Ş.'ye devredilmesiyle, Greencastle Drinks Limited'in taahhüdü kapsamında yükümlülüklerini yerine getirdiğine, taahhüde uygun biçimde Lisans Anlaşması'nın imzalanmasıyla bereber, Akis Türkiye Bağımsız Denetim ve SMMM A.Ş.'nin görevinin sona erdiğine karar verilmiştir.	04.12.2008

**KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ**  
*THE LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS*

**(01.10.2008-31.12.2008)**



**KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ**

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
1	Danıştay 10. Daire		03/3963	Tabgis Tür. Akaryakıt İşveren Sendikası	18.09.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı Kararına karşı açılan davada Karşı oy yazılarının tebliğ edilmediğinden bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
2	Danıştay 13. Daire	05/1693	05/3614	Akmaya San. Tic. A.Ş., A. Kadir Ekşi, Hasan Yaşar	27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Kararına karşı açılan davada şirket yönünden süre aşımından reddine yönetim kurulu üyeleri yönünden ise soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
3	Danıştay 13. Daire	05/7878	07/3382	Türk Haber - İş Sendikası Genel Başkanlığı	21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
4	Danıştay 13. Daire	05/9694	08/1668	Akfen Holdin A.Ş., Psa Europe Pte Ltd.	20.10.2005 tarih ve 05-70/967-261 sayılı Kararın iptali için açılan davada Özelleştirme İdaresi Başkanlığının Özelleştirme kararı iptal edildiğinden bahisle dava konusu Rekabet Kurulu kararının iptaline karar verilmiştir.
5	Danıştay 13. Daire	05/10077	08/3631	Ganmaktaş Ganiogulları Makine Tic. Ve San. A.Ş.	10.11.2005 tarih ve 05-78/1063-301 sayılı Kararın iptali için açılan davada davanın Ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.
6	Danıştay 13. Daire	06/1091	08/1673	Limak Kurtalan Çimento San. Tic. A.Ş.	20.12.2005 tarih ve 05-86/1192-344 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
7	Danıştay 13. Daire	06/1094	08/5028	Antis Kozmatik ve Sağlık Ürünleri Tic. Ltd. Şti.	10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
8	Danıştay 13. Daire	06/1102	08/4204	Çukurova Çelik Endüstrisi A.Ş.	14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
9	Danıştay 13. Daire	06/1281	08/4206	Ege Metal Demir Çelik A.Ş.	14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
10	Danıştay 13. Daire	06/1294	08/4205	Kaptan Demir Çelik End. A.Ş.	14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
11	Danıştay 13. Daire	06/1468	08/5032	Yöntem Dış Ticaret Ltd. Şti.	10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
12	Danıştay 13. Daire	06/1258	08/5029	Parfab Ekspor Sanayi A.Ş.	10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
13	Danıştay 13. Daire	06/1259	08/5026	Bennahmis Kağıtçılık ve Tic. A.Ş.	10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
14	Danıştay 13. Daire	06/1257	08/5027	Magna Kozmetik A.Ş.	10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
15	Danıştay 13. Daire	06/2042	08/3358	Es Ecza Deposu Tic. Ve San. A.Ş.	09.03.2006 tarih ve 06-18/212-53 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
16	Danıştay 13. Daire	06/2045	08/3359	Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş.	09.03.2006 tarih ve 06-18/212-53 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
17	Danıştay 13. Daire	06/2603	08/3355	Özlem Seyahat Serhat Doğan Tozar	09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
18	Danıştay 13. Daire	06/2015	08/4460	TEB Sigorta A.Ş.	05.01.2006 tarih ve 06-02/44-6 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
19	Danıştay 13. Daire	06/2147	08/5040	Konya Çimento San. A.Ş.	15.12.2005 tarih ve 05-81/1118-320 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
20	Danıştay 13. Daire	06/2341	08/4464	Anadolu Anonim T. Sigorta Şirketi	05.01.2006 tarih ve 06-02/44-6 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
21	Danıştay 13. Daire	06/2347	08/5030	M-M. Kozmetik Tic. A.Ş.	10.10.2005 tarih ve 05-66/946-255 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
22	Danıştay 13. Daire	06/1707	08/4462	Türkiye Genel Sigorta A.Ş.	05.01.2006 tarih ve 06-02/44-6 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
23	Danıştay 13. Daire	06/3093	06/3983	Mustafa Emre Üge	28.04.2006 tarih ve 06-31/376-99 sayılı Kararın iptali için açılan davada 2577 sayılı kanunun 15/1-d maddesi uyarınca dilekçe red kararı verilmiştir.
24	Danıştay 13. Daire	06/3866	08/4466	Türkiye Sigorta Reasürans Şirketler Birliği	24.04.2006 tarih ve 06-29/361-91 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
25	Danıştay 13. Daire	06/3978	07/8733	Çağrı Petrol İnş.San. Tic. Ltd.Şti.	16.03.2006 tarih ve 796 sayılı işlemin iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
26	Danıştay 13. Daire	06/4823	08/3353	İgşaş İstanbul Gübre San. A.Ş.	05.01.2006 tarih ve 06-02/45-7 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
27	Danıştay 13. Daire	07/8439	08/5571	Çelebi Hava Servisi A.Ş.	08.02.2007 tarih ve 07-13/194 M sayılı Kararın iptali için açılan davada davacı tarafından davadan feragat edildiğinden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.
28	Ankara 13. İdare Mahkemesi		08/1047	Marin Römorkör ve Kılavuzluk A.Ş.	23.08.2006 tarih ve 06-57/720 M sayılı Rekabet Kurulu kararı ile açılan soruşturma üzerine hazırlanan soruşturma raporu örneğinin isteminin reddine ilişkin 07.05.2007 tarih ve 1559 sayılı işlemin iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
29	Danıştay 13. Daire	08/1686	08/4778	7. Bölge Bursa Eczacı Odası	14.12.2007 tarih ve 07-89/1128-439 sayılı Kararın iptali için açılan davada 2577 sayılı kanunun 15/1-b maddesi uyarınca davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

<b>SIRA NO</b>	<b>MAHKEME</b>	<b>13. DAİRE ESAS NO</b>	<b>KARAR NO</b>	<b>DAVACI</b>	<b>DAVA KONUSU</b>
<b>30</b>	Danıştay 13. Daire	06/1973	08/3418	Pınar Ecza Medikal Ltd. Şti.	13.06.2002 tarih ve 02-38/424-180 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

**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](mailto: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, 2009 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:

a) Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),

b) 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),

c) 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,

d) 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, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

## **1. KALIN VE TÜRÜMÜ 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:** Kayihan 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](mailto: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 2009. 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 within the text should be arranged as follows, without letters or Roman numerals:

## **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.