



# REKABET FORUMU

## HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Haziran 2021, Sayı: 145

Rekabet Derneği, 20 Mayıs 2004 tarihinde kurulmuş bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye’de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır.

Bu dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına ait olup Rekabet Derneği’ni bağlayıcı değildir.

Web: [www.rekabetderneği.org](http://www.rekabetderneği.org)

## Türk Rekabet Hukukunda Taahhüt Dönemi: Usul ve Esasların Uygulamaya Yansımaları

Av. Şahin Ardiyok\*, Av. Hazar Başar\*\*

7246 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (**Rekabet Kanunu**) önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>1</sup>. De minimis kuralı ile uzlaşma ve taahhüt müesseseleri esasen 2004 yılından beri gündemde olan ve AB rekabet hukuku mevzuatına tam uyum sağlanması bakımından önemli eksiklikler olarak değerlendirilmekteydi. Uzun çalışmalar sonucu 2020 yılına gelindiğinde nihayet beklenen değişiklikler hayata geçirildi.

Yeni Rekabet Kanununun 43(3). maddesi, bir alternatif çözüm yolu olarak taahhüt mekanizmasını Türk rekabet hukukuna kazandırmaktadır. Buna göre;

*“Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde 4’üncü veya 6’ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilir. Kurul söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebilir. Rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlallerle ilgili olarak*

\* İstanbul Barosu, Balcıoğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı bünyesinde Rekabet ve Regülasyon Departmanı’ndan sorumlu Ortak Avukat olarak görev yapmaktadır.

\*\* İstanbul Barosu, Balcıoğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı bünyesinde Rekabet ve Regülasyon Departmanı’nda Avukat olarak görev yapmaktadır.

<sup>1</sup> 24 Haziran 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

*taahhüt kabul edilmez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.”*

Çerçeve norm olarak ortaya konan 43. maddenin üçüncü fıkrası taahhüt mekanizmasının uygulanmasına ilişkin zaman ve konu yönünden sınırlamalar içermektedir. Zaman yönünden bakıldığında esasen soruşturma sürecinin sonuna kadar taahhüt sunulabileceği Kanun tarafından düzenlenmektedir. Bununla birlikte aşağıda daha detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere Rekabet Kurumunun çıkardığı ikincil mevzuatla<sup>2</sup> taahhüt başvurusunda bulunabilme süresi soruşturma bildiriminden itibaren üç ay süre ile sınırlandırılmıştır. Kaldı ki aşağıda Kurul kararına atıflarla açıklanacağı üzere Rekabet Kurulu, soruşturmanın bitimini üçüncü yazılı savunmanın sunulmasına bağladığından üçüncü yazılı savunma sonrası sunulan taahhütleri zaman yönünden reddetme yönünde uygulama geliştirmişti.

Konu yönünden bakıldığında ise 4054 sayılı Kanun, sınırlı sayma ilkesine tabi tutulmaksızın “açık ve ağır ihlal” olarak kabul edilen ihlal türleri için taahhüt müessesesinin uygulanabilir olmadığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Kanunun yalnızca yatay ihlal türlerini açık ve ağır ihlaller için örnek olarak sayması gerek ikincil mevzuat hazırlık sürecinde gerekse de uygulamada bir süre karışıklık yaratmıştı. Zira yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve pasif satışların yasaklanması gibi bazı dikey ihlal türlerinin Kurul tarafından ağır ihlal olarak nitelendirilmesi gerçeği karşısında Yasa Koyucu'nun örneklendirmeyi yalnızca yatay ihlal türleri üzerinden yapmasının bilinçli bir tercih olup olmadığı ikincil mevzuat nihaî hale getirilene kadar tam olarak anlaşılmamıştı.

4054 sayılı Kanunun 43. maddesinin üçüncü fıkrası taahhüt sürecine ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından çıkarılacak olan tebliğ ile düzenleneceğini hükme bağlıyordu. Bununla birlikte, Kanun değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle birçok firma, ikincil mevzuat henüz yayınlanmamışken taahhüt başvurularında bulunmuş ve ilgili süreçleri başlatmıştı. Tüm bu başvurular, özellikle taahhüt mekanizmasının usul kurallarına ilişkin tartışmalar doğurmakta ve uygulamaya yönelik sinyaller vermekteydi. Nitekim Kurul da ikincil mevzuat hazırlıklarını tamamlamadan 5 Kasım 2020 tarihinde ilk taahhüt kararını (gümrüklü geçici depolama hizmeti veren teşebbüslere ilişkin yürüttüğü soruşturma<sup>3</sup>) vermişti. İlaveten, 23.11.2020 tarihinde yayınlanan *Arslan Nakliyat* kararında<sup>4</sup> da taahhüt sürecinin zaman yönünden uygulanması bakımından Kurul'un pozisyonu ortaya konmuştu.

İkincil mevzuat yokluğunda ortaya çıkan hukuki belirsizliklerin giderilmesine yönelik ilk adım 27.11.2020 tarihinde Rekabet Kurumunun resmî internet sitesinde yayınlanan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Öneri Kararlarında ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ Taslağı'nın (**Tebliğ Taslağı** veya **Taslak Tebliğ**) kamuoyu görüşüne sunulmasıyla atılmıştı. Bunun üzerine alınan kamuoyu

<sup>2</sup> 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Öneri Kararlarında ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ, bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/tebligler/2021-2-sayili-teblig-2021031611119346-pdf>

<sup>3</sup> Rekabet Kurulunun 24.07.2020 tarih ve 20-35/460-M sayılı kararı ile yürütülen soruşturma.

<sup>4</sup> Rekabet Kurulunun 28.07.2020 tarih ve 20-36/485-212 sayılı kararı.

görüşleri doğrultusunda taslak tebliğ nihaî hale getirildi ve 11.02.2021 tarihinde Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen Tebliğ (**Taahhüt Tebliği**) 16.03.2021 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girdi. İşbu yazıda Taahhüt Tebliği çerçevesinde taahhüt mekanizmasının usul ve esasları ile uygulama trendleri ele alınmaktadır.

### **Taahhüt Müessesesinin Kapsamı**

Taahhüt Tebliği, konu bakımından üç husus düzenlemektedir: (1) Kapsam, (2) Usul Kuralları ve (3) Kurul’un Değerlendirme Esasları

Taahhüt Tebliği’nde 4054 sayılı Kanundaki çerçeve norm ile lafzen uyumlu olacak şekilde “**açık ve ağır ihlaller**”in taahhüt uygulaması kapsamının dışında tutulduğu görülmektedir. Her ne kadar bahse konu çözüm yolunu düzenleyen çerçeve norm açık ve ağır ihlalleri sınırlı sayıda belirlemese de normun yalnızca yatay ihlalleri örnek kabilinden sayması Yasa Koyucu’nun bilinçli bir tercihi olabileceği düşünülmüyordu. Bu doğrultuda Rekabet Kurumu’nun da Tebliğ Taslağı’nda açık ve ağır ihlalleri yalnızca Kanun’da sayılan yatay ihlal türleri ile sınırlı tutması bu düşüncenin ilgili idare nezdinde de benimsendiği şeklinde yorumlanmıştır.

Mehaz AB uygulaması kapsamında ise 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü, konu yönünden ihlal tipine dayalı herhangi bir sınırlamaya yer vermemektedir. Bununla birlikte, AB’de de kanuna uyum sağlanması veya hukuka aykırı uygulamaya son verilmesi gibi her halükarda ulaşılabilecek sonuçlar bakımından taahhüt kararının uygulanabilir bir çözüm yolu olmadığı kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Nitekim Konsey Tüzüğü’nün Giriş (*Preamble*) bölümünün 13. paragrafında da Avrupa Komisyonu’nun ceza verme eğiliminde olduğu haller bakımından taahhüt kararlarının uygulanabilir olmadığı ifade edilmektedir. Bu temel ilkeler ışığında yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi dikey nitelikli ancak yapısı itibarı ile ağır ihlal olarak görülen ve etkili bir taahhüt verme imkânının kısıtlı olduğu hallerde taahhüt mekanizması işletilememektedir.

Taahhüt Tebliği ise bu hususu farklı bir yaklaşımla yeniden düzenleyerek açık ve ağır ihlalleri **sınırlı olarak saymaktadır**. Mevzuat yapma tekniği açısından ve idarenin kanuniliği ilkesi gereği bu tercihin hukuka uygunluğu tartışmalıdır. Zira Kanunun sınırlamadığı bir konuda Rekabet Kurumu’nun kendisini bağlayıcı şekilde Kanun maddesinin uygulama alanını sınırlandırması isabetli bir tercih gibi görünmemektedir.

Taahhüt Tebliği’nde açık ve ağır ihlallerin şunlar olduğu belirtilmektedir:

1. **Rakipler arasında fiyat tespiti,**
2. **Müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması,**
3. **Arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması,**
4. **İhalelerde danışıklı hareket,**

<sup>5</sup> Schweitzer H. & Bay M., Commitments and Settlements – Benefits and Risks, St.Gallen International Competition Law Forum ICF, 2016.

5. **Gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması**
6. **Dikey ilişkilerde alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi (YSFB)**

Açık ve ağır ihlaller tanımı yukarıda sayılı ihlaller ile sınırlı tutulduğundan “hâkim durumun kötüye kullanılması” hallerinin tamamının prensip olarak taahhüt imkânından faydalanmasının yolu açık tutulmaktadır.

### **Taahhüt Müessesesine İlişkin Usul Kuralları**

Taahhüt Tebliği'ne göre taahhüt süreci doğrudan Kurum'a iletilmesi gereken **yazılı bir taahhüt sunma talebi** ile başlamaktadır.

Hakkında bir inceleme (önaraştırma veya soruşturma) yürütülen teşebbüslerin, **“soruşturma bildiriminden tebliğinden itibaren üç ay içinde”** yazılı taleplerini Kurum'a iletmeleri gerekmektedir. Burada ifade edilen talebin, içerik olarak detaylandırılmış bir taahhüt seti içermesi gerekmediği değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, ilk aşamada yalnızca **“taahhüt sürecinin başlatılmasına yönelik bir talep yazısının”** Kurum nezdinde zamanında kayıt altına aldırılması sürecin başlaması açısından yeterli görülmektedir.

Rekabet Kanununun 43(3). maddesinde önaraştırma veya soruşturma sürecinde taahhüt sunulabileceği düzenlenerek taahhüt sürecinin başlatılmasına yönelik bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte Taahhüt Tebliği, bu süreyi ikincil mevzuat yoluyla sınırlandırarak taahhüt sürecinin başlatılmasına yönelik teşebbüs kararının en geç soruşturma bildiriminden tebliğinden itibaren 3 ay içinde verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. **Kanun hükmünün zaman yönünden kapsamının ikincil mevzuat ile sınırlandırılması hususunun Rekabet Kanununa aykırılığının tartışmaya açılabileceği düşünülmektedir.**

Söz konusu süre kısıtlamasının, uygulamada soruşturma süreci ile taahhüt sürecini aynı anda yürütmeye çalışan soruşturma heyetlerinin karşılaştığı zorluklardan kaynaklandığı düşünülmektedir. İlaveten, Kanun değişikliği sonrası verilen Kurul kararlarından görüldüğü üzere taahhüt mekanizmasından beklenen esas fayda kamu kaynaklarının etkin kullanılmasıdır. Bu doğrultuda, henüz önemli bir kamu kaynağının tahsisi söz konusu olmadan taahhüt sürecinin başlatılması ve rekabetçi endişelerin erken aşamada ortadan kaldırılması taahhüt mekanizmasından beklenen faydanın sağlanması açısından elzem görülmektedir.

Bununla birlikte, Yasa Koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği gerçeğinden hareketle konunun mevzuat yapma tekniği ve normlar hiyerarşisi yönünden yeniden değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Kaldı ki söz konusu süre kısıtlamasının devam eden soruşturmalar bakımından da sorun yaratabileceğini dikkate alan Rekabet Kurumu, **Tebliğ yürürlüğe girdiği tarih itibarı ile devam eden soruşturmalarda soruşturma bildiriminden tebliğinden itibaren 3 ay geçmiş ise bu süre şartının uygulanmayacağını düzenlemiştir.** Bu noktada, Taahhüt Tebliği'nin Taslak Tebliğ'den de farklılaştığı görülmektedir. Taslak Tebliğ'de bu gibi

soruşturmalarda haklarında soruşturma yürütülenlerin, son yazılı savunma sürelerinin bitimine kadar taahhüt sunma talebinde bulunabileceği ifade edilmekteydi. Nihaî hale gelen Taahhüt Tebliği'nde ise böyle bir sınırlandırma öngörülmemektedir. Buradan hareketle, devam etmekte olan soruşturmalarda kural olarak Kurul'un nihaî kararına kadar taahhüt sunulabileceği iddia edilebilir. Bununla birlikte, Kurul'un bugüne kadarki yaklaşımı, soruşturmanın esasen üçüncü yazılı savunma ile sona erdiği yönündedir. Bu kapsamda, her ne kadar bu yaklaşımının hukukîliği tartışmalı olsa da, bu teorik farklılığın uygulamaya pek de yansımaması beklenmektedir.

Rekabet Kurumu incelemesine konu teşebbüslerin bu süreye ilişkin bir esneklik talep etme imkânları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, (i) **rekabet sorunlarının yeterli açıklıkta ortaya konamamış olması** ve (ii) **daha detaylı araştırmaya ihtiyaç duyulması** halinde taahhüt görüşmelerinin başlatılması Rekabet Kurulu kararıyla ertelenebilmektedir. Bu erteleme her hangi bir sınırı bulunmamaktadır.

Tüm bu süreye ilişkin düzenlemelerde göz ardı edilen önemli bir hususun var olduğu düşünülmektedir. Uygulamada, rekabet hukuku ihlal şüphelerinin tamamen ortadan kaldırılamadığı önaraştırma süreçlerinde soruşturma açılmaktadır. Bu nedenle de soruşturma bildirimlerinin kaleme alındığı süreçte rekabet hukuku endişeleri henüz tam olarak somutlaşmamış ve yeterli delil toplama faaliyeti gerçekleştirilememiş olabilmektedir. Hatta bazı soruşturmalarda, soruşturma bildirimlerinin yalnızca soruşturma açıldığına ve taraflara ilişkin basit bilgilendirme metinleri içerdiği görülmektedir. Bu kapsamda, soruşturma bildirimlerinin incelemeye konu teşebbüslerin taahhüt sürecini başlatıp başlatmama yönündeki kararları bakımından dahi sağlıklı bir değerlendirme yapmalarına imkân tanımayabileceği değerlendirilmektedir. Bu durum, Kanun tarafından bahşedilen bir hakkın etkin kullanılamaması sonucunu doğurabilecektir.

### ***Taahhüt Görüşmeleri***

Taahhüt talebinin Kurum'a iletilmesinin akabinde Rekabet Kurulunun önünde iki seçenek bulunmaktadır: (i) taahhüt görüşmelerinin başlatılması, (ii) taahhüt sunma talebinin reddi ve taahhüt sürecinin sonlandırılması. Talep esnasında esaslı bir taahhüt kurgusu şart koşulmadığından bu noktada esasen yalnızca talebin konu yönünden uygulanabilirliğinin incelenmesi beklenebilecektir.

Taahhüt sunma talebinin alınmasıyla, "taahhüt görüşmeleri" başlatılmaktadır. Bu görüşmeler yazılı dilekçeler ile ilerletilebileceği gibi sözlü olarak da yürütülebilmektedir. Son dönemde pandemi nedeniyle çevrimiçi sözlü savunma toplantılarının da yaygınlaştığı düşünüldüğünde taahhüt görüşmelerinin de çevrimiçi dijital ortamlarda yapılabilmesinin önünde bir engel olmadığı düşünülmektedir.

Görüşmelerin başında taahhüt sunan taraflara rekabet sorunları ile ilgili açıklamaların yapılacağı ve tüm ilgili bilgi ve belgelerin teşebbüslere sunulacağı açıkça düzenlenmektedir. Bununla birlikte, **taahhüt görüşmeleri başladığı esnada soruşturma bildirimini taraflara tebliğ edilmişse ilgili bilgi ve belgelerin taraflara ayrıca sunulmayabileceği** ifade edilmektedir.

Taahhüt görüşmelerinin kapsamına, toplantı sayısına, toplantı sürelerine vb. konulara ilişkin herhangi bir düzenleme ise Taahhüt Tebliği'nde görülmemektedir. Taahhüt görüşmeleri soruşturma heyeti ile yürütülmekle birlikte ihtilafli konularda takdirin çoğunlukla Kurul'a bırakıldığı, bu konuda yapıcı ve yönlendirici bir tutumun birleşme ve devralma bildirimleri kapsamındaki taahhüt görüşmelerine nazaran çok daha geri planda kaldığı söylenebilir. Esasen bu durumu yadırgamak mümkün değildir. Zira taahhüt görüşmeleri soruşturma sürecini kesmemektedir. Bu nedenle aynı soruşturma heyeti, hem soruşturma sürecini ilerletmekte (soruşturma raporunun yazılması, bilgi ve belge toplanması vb.) hem de taahhüt görüşmelerini ilerletmektedir. Bu durumun, taahhüt görüşmelerinin yapıcılığını olumsuz etkilediği gözlemlenmektedir.

Uygulamadaki tecrübelerden hareketle taahhüt görüşmelerinin bir müzakere süreci olarak görülmediği ifade edilebilir. Zira taahhüt süreci Kurum nezdinde sabit olan bazı rekabet hukuku endişelerinin erken aşamada şüpheye yer bırakmayacak şekilde kaldırılması olarak anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, orta noktada buluşma ve tüm taraflar açısından en avantajlı şekilde sürecin sonlandırılmasından ziyade Kurum'un endişelerinin ortadan kaldırılmasının nasıl sağlanacağı tartışılması esas motivasyon olarak öne çıkmaktadır.

### ***Taahhüt Metni***

Taahhüt görüşmeleri sonucunda taahhüt sunmaya karar veren tarafların, Kurum'un görüşmeler esnasında belirleyeceği zamana uyarak (i) **taahhüt metnini** (ii) **taahhüt metninin ticari sırlardan ve gizli bilgilerden arındırılmış bir nüshasını** ve (iii) **bir özetini** Kurum'a sunmaları gerekmektedir.

Taahhüt görüşmelerinin akabinde taahhüt metninin sunulmasına yönelik olarak teşebbüslere tanınacak süre, Kurumca belirlenmektedir. Bu noktada, Taahhüt Tebliği'nde Kurum-Kurul ayrımının bilinçli kullanıldığı varsayımıyla söz konusu sürenin esasen dosyada görevli uzman heyetin kararıyla belirleneceği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu sürenin, (i) Kurum tarafından yürütülen incelemenin hangi aşamada olduğuna ve (ii) sunulacak taahhüdün kapsamına bağlı olarak verileceği öngörülmektedir.

Taahhüt Tebliği'nde taahhüt metninin sunulan taahhüdü **açık bir şekilde** içermesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu yönüyle, **alternatif veya terditli taahhütler içeren taahhüt metninin Rekabet Kurulu tarafından kabul edilmeyeceği açıkça ifade edilmektedir**. Bununla birlikte, terditli olmasa da uygulamada belli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak değişebilecek nitelikte dinamik taahhütlerin sunulabilmesi teorik olarak mümkündür.

Sunulan taahhüdün şikâyetçi veya üçüncü kişilerle anlaşma sağlanmasını gerektirmesi halinde metnin bu anlaşmanın sağlanabileceğini göstermesi gerekmektedir. Bu noktada Taslak Tebliğ'de anlaşmanın "sağlanmış olduğunun" gösterilmesi şart koşulmuşken isabetli bir biçimde Taahhüt Tebliği "anlaşma sağlanabilme" ihtimalinin gösterilmesini yeterli görmektedir.

Davranışsal ve yapısal taahhütler bakımından Taslak Tebliğ'de bir ayırım yapılmamaktadır. Bu kapsamda davranışsal ve yapısal taahhütler tek başlarına veya birlikte sunulabilmektedir.

Taahhüt Tebliği, tarafların rekabet hukuku kurallarına uyum gösterme yönündeki genel beyanlarının taahhüt niteliği taşımayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, uyum çabaları ve atılacak adımlar idarî para cezasının tespitinde hafifletici sebepler içerisinde değerlendirilmeye devam edecek ancak taahhüt olarak tek başına kabul edilmeyecektir.

### **Taahhütlerin Değerlendirilmesi**

Bu noktada Kurul sunulan taahhütlerin rekabet sorunlarını giderip gidermediğini ve gerekli gördüğü diğer hususları değerlendirecektir. İncelemeye konu anlaşma veya davranışın açık ve ağır ihlal teşkil edip etmediği hususu ise tıpkı dava şartı gibi taahhüt görüşmeleri başlatılmadan önce değerlendirilmektedir.

Bu noktada zaman yönünden uygulama, açık ve ağır ihlal tespiti ile taahhütlerin rekabet sorunlarını giderip gidermediği hususlarının değerlendirilmesine ilave **“gerekli gördüğü diğer hususlar” ifadesinin uygulamasının içeriği belirsizlik yaratmaktadır.**

Kurul'un sunulan taahhüdü uygun bulması halinde;

1. (Önaraştırmada) Taahhüdü ilgili taraf açısından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmaması kararı
2. (Soruşturmada) Taahhüdü ilgili taraf açısından bağlayıcı hale getirerek açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesi kararı
3. Taahhüt hakkında üçüncü kişilerin görüşlerinin alınması kararı (*Market Test*)

Kurul'un sunulan taahhüdü uygun bulmaması halinde;

1. Bir kereye mahsus olmak üzere, taraflara Kurul'un belirleyeceği süreye uyarak taahhütte değişiklik yapabilmelerine veya
2. Taahhüt sürecinin sonlandırılmasına karar verilebilmektedir.

**Kurul'un taraflara revizyon olanağı verme hususundaki kararı tamamen Kurul'un takdirindedir.** Bu nedenle Kurul, bu imkânı tanımadan da taahhüt sürecinin sonlandırılmasına karar verebilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada sürecin bu denli keskin bir şekilde yürütülmediği söylenebilir. Zira, soruşturma heyetine sunulan taslak taahhüt metinleri üzerinde birçok revizyon imkanı söz konusu olmaktadır. Soruşturma heyetinin olumlu yaklaştığı bir taahhüt paketinin Kurul'a sunulmasının akabinde Kurul da revizyonlar talep edebilmektedir. Bu kapsamda, revizyon imkanının mümkün mertebe esnek tutulduğu ifade edilebilir.

Taahhüt sürecinin sonlandırılması halinde taraflar, tekrar taahhüt sunma talebinde bulunamamaktadır. O yüzden tarafların, oldukça kısa bir süre içinde taahhüt imkânlarını iyi değerlendirmeleri ve planlamalarını iyi kurgulamaları gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu durumun, Kurum tarafında rekabet sorunlarının açıkça ortaya konabilmesi noktasında yoğun bir mesaiyi zorunlu kıldığı da söylenebilir. Aksi takdirde, birkaç sayfalık soruşturma bildirimleri veya rekabet sorunlarının ancak soruşturma raporunda anlaşılabilirdiği dosyalarda önemli hak kayıplarının gündeme gelebileceği düşünülmektedir.

### **Pazar Testi (Market Test)**

Öncelikle belirtmek gerekir ki AB uygulamasından farklı olarak Taahhüt Tebliği'ne göre **“pazar testi”, taahhüt kararı verilebilmesi için tüketilmesi gereken zorunlu bir usulî adım değildir.** Ancak Kurul'un “pazar testi” kararı verilebilmesi için taahhüt görüşmeleri sonucu sunulan taahhüt metnini uygun bulması veya en azından potansiyel olarak uygulanabilir bulması gerekmektedir. Mevza AB uygulamasında ise pazar testi adımı tüketilmeksizin taahhüt kararı verilebilmesi mümkün değildir.

Pazar testi sonrası Kurul, taahhüde ilişkin “uygun bulma” yönündeki ilk değerlendirmesini tekrar gözden geçirip nihai kararını vermektedir. Kurul'un görüşünü değiştirip sunulan taahhütleri yeterli bulmaması halinde ilgili taraflara **bir kereye mahsus olmak üzere revizyon imkanı sunması mümkündür.** Bununla birlikte, söz konusu imkanın verilir verilmeyeceği de tamamen Kurul'un takdirinde olup Kurul, gerektiği gördüğü halde taahhüt sürecinin sonlandırılmasına karar verebilir. Revizyon imkanı kullanıldıktan sonra da Kurul'un tekrar pazar testine çıkabilmesi mümkündür.

Kurul, pazar testine doğrudan tebligat veya resmî internet sitesinde yayın suretiyle çıkabilir. Burada hangi yolun tercih edileceği de tamamen Kurul'un takdirindedir. AB uygulamasında ise Komisyon, ancak resmî gazetede ilân yoluyla pazar testini gerçekleştirebilmektedir. Pazar testi yönteminin Kurul tarafından takdir edilmesinde potansiyel olarak objektiflik sorunları ortaya çıkabilecektir. Zira, hangi dosyanın Kurum'un resmî internet sitesinde yayın gerektirdiği hangi dosyanın üçüncü kişilerin önceden belirlenerek doğrudan tebligat yoluyla pazar testine tabi edileceği hususunun Anayasanın 10. maddesi kapsamında “eşitlik” ilkesi gözetilerek belirlenmesi elzemdir.

### **Taahhüt Kararlarının Hukukî Sonuçları**

Tebliğ Taslağı'nda Kurul'un taahhüdü bağlayıcı hale getiren kararlarının rekabet sorununu ortaya çıkaran anlaşmanın, kararın ya da uygulamanın **ihlal olduğu veya olmadığı tespitini içermediği** belirtilmektedir. Mevza AB hukukunda da Avrupa Komisyonu'nun taahhüt kararlarında ihlale ilişkin herhangi bir sonuç yer almamaktadır. Dolayısıyla Kurul, olası ihlal dönemine ilişkin herhangi bir hukukî tespit de bulunmamaktadır. Bu dönemde rekabet hukuku ihlalinde zarar görmüş olan üçüncü kişiler ihlal tespitini tazminat davaları yoluyla mahkemelere yaptırımları teorik olarak mümkündür. Öte yandan, taahhüt kararlarının delil gücünün ne olacağı konusu tartışmalıdır. Her halükarda, taahhüt müessesesinin etkin işletilmesindeki



kamu yararı ile özel hukuk menfaatleri arasındaki dengenin korunması gerektiği açıktır.

Kurul, gerekçeli kararında incelemesi sırasında tespit ettiği rekabet sorunlarına yer verebilir. Böylesi bir gerekçeli kararın özel hukuk mahkemelerinde açılacak olan tazminat davalarındaki delil gücü belirsiz olmakla birlikte rekabet sorunlarına yönelik açıklamaların gerekçeli kararda artması taahhüt mekanizmasının teşebbüsler açısından avantajlarını zedeleyebilecek nitelikte görülebilecektir.

### **Rekabet Kurulu'nun İlk Kararları**

Rekabet Kurulu, 7246 sayılı Kanun ile değişik 4054 sayılı Kanunun 43. maddesinin üçüncü fıkrası yürürlüğe girdikten sonra bir süre ikincil mevzuat yokluğunda taahhüt değerlendirmesi yapmış ve usulî kuralları inceleme esnasında düzenlemiştir. Elbette ki bu durum uygulamada bazı belirsizliklerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiş ve Kurul'un bu belirsizlikleri gidermek üzere bazı ilke tespitleri yapması ihtiyacı hasıl olmuştur.

Bu dönemde Kurul'un özellikle taahhüt başvurusunun ne zaman yapılabileceğine dair hukuken tartışmaya açık bir yorum getirerek taahhüt başvurusunu tartıştığı ilk karar, *Arslan Nakliyat* kararıdır<sup>6</sup>. Rekabet Kurulu'nun 2018 yılında İzmir merkez ve çevre ilçelerinde yer alan limanlara/limanlardan karayoluyla konteyner taşımacılığı yapan teşebbüslerin fiyat tespiti ve müşteri paylaşımı yoluyla 4054 sayılı Kanunu ihlal ettikleri şüphesiyle açtığı soruşturmada yer alan Arslan Nakliyat, üçüncü yazılı savunmalar sunulduktan sonra 4054 sayılı Kanundaki değişiklikler yürürlüğe girince henüz sözlü savunma toplantısı yapılmadan 43. madde kapsamında taahhüt paketini Kurum'a sunarak soruşturma sürecinin Arslan Nakliyat adına sonlandırılmasını talep etmiştir.

Rekabet Kurulu, taahhüt mekanizmasını hukukumuzda kazandıran 43. maddenin lafzında yer alan "...bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde..." ibaresinin ilgili hükmün zaman yönünden uygulama koşulu öngördüğünü tespit ederek taahhüt başvurusunda bulunulabilmesi için soruşturma safhasının tamamlanmamış olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada Rekabet Kurulu, soruşturma safhasının ne zaman biteceğine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Kurul, sözlü savunma toplantısını soruşturma safhasının bitişi için bir nirengi noktası olarak almıştır. Kurul'a göre 4054 sayılı Kanun kapsamında sözlü savunma toplantısı tüketilmesi zorunlu bir idarî süreç olmadığından ve sözlü savunma toplantısı yapılmaksızın da nihaî karar tesis edilebildiğinden soruşturma safhası, soruşturma tarafı teşebbüslerin üçüncü yazılı savunmalarını sunmalarıyla birlikte tamamlanmaktadır. Bu doğrultuda, Arslan Nakliyat'ın taahhüt başvurusu zaman yönünden uygulanabilirlik koşulunu sağlamaması sebebiyle süre yönünden reddedilmiştir.

Kurul'un bu değerlendirmesinin iki yönden irdelenmesi yerinde olabilecektir. Birincisi, esasen soruşturma açılması bir idarî işlemle mümkün olmaktadır. Bu işlem sonucu soruşturma tarafı teşebbüsler 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal isnadı

<sup>6</sup> Rekabet Kurulu'nun 28.07.2020 tarih ve 20-36/485-212 sayılı kararı.

ile karşılaşmakta ve soruşturmanın tamamlanması suretiyle ortadan kalkması sonucunu doğuran bir idarî işleme kadar idarî müeyyide tehdidi altında kalmaktadır. Yazılı savunmalar, soruşturma sürecinin usulî adımları olmakla birlikte Kurul kararı olmaksızın ihlal isnadı ile müeyyide tehdidini kendiliğinden ortadan kaldırmaya bir sonuç doğurmamaktadırlar. İsnadın ve müeyyide tehdidinin geçerli bir hukukî sebep olmaksızın devam etmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle de bir an için Kurul'un yaklaşımı isabetli görülse bile yazılı savunma sürelerinin sona ermesi ile Kurul'un nihaî kararına kadar olan sürede ihlal isnadı ile yaptırım tehdidinin teorik olarak sebepsiz kalması gibi bir sonuç ortaya çıktığı düşünülebilir. Oysaki soruşturma açılması kararının çıkardığı hukukî sonuçların ortadan kalkabilmesi için sürecin sonlanmasına ilişkin ayrı bir idari işlemin (örneğin nihaî karar) tesis edilmesi veya buna ilişkin bir açık hukukî düzenlemenin var olması gerektiği düşünülmektedir. Bu kapsamda, Kurul'un sözlü savunma toplantısının ihtiyarî olmasından hareketle üçüncü yazılı savunma süresinin sonunda soruşturma safhasının sona ereceği yönünde geliştirdiği bir görüşün idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında tartışmaya açık olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki Arslan Nakliyat kararına konu soruşturmada sözlü savunma talebinde de bulunulmuştur. Kurul'un görüşü doğrultusunda soruşturma safhası üçüncü yazılı savunma ile birlikte sona erdiğine göre sözlü savunma toplantısının sebepsiz kalması sonucu doğabilecektir. 4054 sayılı Kanunun 46. ve 48. maddelerindeki "soruşturma safhası"nın ise Kurul'un nihaî kararına kadar tüketilmesi gereken usulî adımların tamamını kapsayıcı bir ifade olduğu ancak nihaî kararlarla sona erecek olan "soruşturma"ya ilişkin olmadığı düşünülebilir. Nitekim Kanunun 46. maddesinde de sözlü savunma toplantısının zamanlamasına ilişkin bir tespit yapmak üzere "soruşturma safhası" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, yaptırım sonucuna bağlı bir iddiaya karşı savunma imkânının mevcudiyetini koruduğu ve nihaî kararın yokluğunda iddia ve savunmaların tabir caizse çarpışmaya devam ettiği bir sürecin yalnızca yazılı usulle sonlandığını öne sürmek pek mümkün görünmemektedir. Öte yandan, Kurul'un Arslan Nakliyat kararını müteakip uygulaması da soruşturmanın üçüncü yazılı savunma ile sona erdiğini kabul ettiğini göstermektedir.

Arslan Nakliyat kararı özelinde bir de Kanunun yürürlük tarihi sorunu söz konusudur. Kanun, yazılı savunmalar tamamlandıktan sonra yürürlüğe girdiğinden Arslan Nakliyat, "taahhüt başvurusunda bulunma hakkı" kendisi için doğduğunda henüz kurulmuş bir hüküm olmadığından derhal başvurusunu yapmıştır. Zaman yönünden geçiş hükümlerinin öngörülmemesi de eleştiriye açık bir durumdur. Kurul da bu eksikliği teşebbüslerin lehine uygulamalar geliştirmekten yana kullanmamış, kamu kaynaklarının etkin kullanılması endişesini önceliklendirmiştir.

Kurul'un sunulan taahhütleri bağlayıcı hale getirerek derhal soruşturmaya son verdiği ilk karar olan *Havaş* kararı<sup>7</sup> da Kurul uygulamasına ilişkin ilk ipuçlarını vermiştir. Kurul, sunulan taahhütlerin;

- Tespit edilen rekabet sorunlarıyla **orantılı**,
- Söz konusu rekabet sorunlarını gidermeye **elverişli**,
- **Kısa sürede yerine getirilebilir**,

<sup>7</sup> Rekabet Kurulu'nun 05.11.2020 tarih ve 20-48/655-287 sayılı kararı. Diğer soruşturma tarafı teşebbüsler de Havaş'ın taahhütlerini takip ederek kendileri adına soruşturmanın sonlandırılmasını sağlamıştır.

- **Etkili** şekilde uygulanabilir

olduğunu hükme bağlayarak taahhütleri kabul etmiştir. Bu karar, Kurul'un sunulan bir taahhüt paketine ilişkin değerlendirmek kriterlerini ortaya koymuştur. Elbette bu kriterler içerisinde özellikle orantılılık ve kısa sürede yerine getirilebilirlik unsurlarının sübjektif yorumlara açık olması sebebiyle zaman içerisinde uygulama ile netleşeceği görülmektedir. Havaş kararı, aynı zamanda Kurul'un gerekçeli taahhüt kararlarının içeriğine ilişkin olarak da bir ilk standart ortaya koymuştur. Beklendiği gibi taahhüt kararlarında sunulan taahhütlere ilişkin detaylı açıklama yapılması taahhüt mekanizmasının işlerliğini ve teşebbüs nezdinde tercih edilebilirliğini olumsuz yönde etkileyebilecektir. Zira detaylı bir gerekçeli kararda isnat edilen rekabet hukuku ihlallerinin ve bunlara karşılık sunulan taahhütlerin tüm detaylarıyla açıklanması hem taahhüt veren şirketin itibarını zedeleyebilecek hem de şirketi olası tazminat taleplerine karşı daha savunmasız kılacaktır. İlâveten, detaylı bir taahhüt gerekçesi o şirketin geleceğe yönelik ticarî stratejilerine ilişkin zorunlu olanı aşan ölçüde bir şeffaflık da sağlayabilecektir. Bu kapsamda, Kurul da beklediği gibi taahhüt kararının gerekçesini görece özet nitelikte kurgulayarak isabetli bir tercihte bulunmuştur.

Rekabet Kurulu, *Unilever* kararında ise taahhüt müessesesinin amacına ve hukukumuza yeni adapte edilen bu mekanizmadan beklenen faydaya ilişkin önemli değerlendirmelerde bulunmaktadır. Kurul'a göre taahhüt mekanizması ile "...rekabet sorunlarının **kısa sürede** giderilerek ortaya çıkabilecek rekabet karşıtı zararların büyümesinin önlenmesi..." amaçlanmaktadır. Bu nedenle de taahhütlerin, inceleme sürecinin erken safhalarında sunulmasının gerekli olduğu düşünülmektedir. Bu doğrultuda, *Unilever* dosyasında ek görüş safhasının sonlandırılmak üzere olduğu bir aşamada taahhüt sunulmasının taahhüt mekanizmasından beklenen faydanın sağlanabilmesi açısından uygun olmadığı değerlendirilmiştir. *Unilever*, yukarıda bahsi geçen *Arslan Nakliyat* kararını öne sürerek üçüncü yazılı savunma süresinin bitiminden hemen önce ikinci bir taahhüt paketi daha sunmuştur. Kurul, zaman yönünden uygulanabilirlik sorununun olmadığını ancak bu denli bir yaklaşımın taahhüt mekanizmasının amacı ile çeliştiği sonucuna varmıştır. Taahhüt mekanizmasının amacının soruşturma süreci yürütülmesinin külfetine katlanılmaksızın sürecin sonlandırılması olduğunu öne süren Kurul, bu yolla kamu kaynaklarının kullanımında tasarruf sağlanması ve piyasadaki rekabetin bir an önce tesis edilmesi sonucunun hedeflendiği görüşünü öne sürmektedir. Bu nedenle de *Unilever* tarafından sunulan taahhütlerin zamanlama bakımından kabul edilebilir olmadığı hükme bağlanmıştır. Sonrasında içerik yönünden de inceleme yapılmış ve bu bakımdan da taahhüt paketi kabul edilebilir bulunmamıştır. İlâveten, taahhütlerin üçüncü yazılı savunmanın sunulmasından yalnızca üç gün önce sunulması ve üçüncü yazılı savunmada da taahhütte bulunan rekabetçi endişelerin tamamının reddedilmesi Kurul tarafından taahhüt girişiminin rekabet sorunlarını gidermeyi amaçlayan ve bu yolla soruşturmayı sona erdirmeyi hedefleyen bir girişim olmadığına gösterge olarak yorumlanmıştır.

## SONUÇ

Mehaz AB hukukunda uzunca bir süredir uygulanagelen bir çözüm yolu olan taahhüt müessesesinin gecikmeli olarak da olsa hukukumuzda kazandırılması son derece olumlu bir girişimdir. İhlal kararlarının yasaklayıcı ve ağır para cezaları yükleyici etkisinin yanı sıra 2 yıla yaklaşan soruşturma süreleriyle önemli maliyete sebebiyet verdiği bir gerçektir. Bu kapsamda, taahhüt kararlarının bir yandan kamu kaynaklarının etkin kullanımı ile adeta usûl ekonomisi sağlarken bir yandan da yapısal olarak soruşturma geçiren şirket için ticari açıdan uygulanabilir çözüm yollarıyla rekabetin tesis edilmesine büyük katkısı bulunmaktadır. İhlal kararlarının özellikle halka açık anonim şirketler bakımından yarattığı itibar kaybının da taahhüt kararlarıyla bir nebze telafi edilebildiği görülmektedir.

Öte yandan, gerek mevzuat gerekse de uygulama yönünden eleştiriye ve gelişime açık hususların mevcut olduğu öne sürülebilmektedir. Bu kapsamda, taahhüt müessesesinin zaman yönünden uygulanması bakımından 4054 sayılı Kanunun 43. maddesi taahhüt başvurusunda bulunulması için herhangi bir kısıtlama öngörmezken ikincil mevzuat yoluyla bu sürenin tamamen ve yalnızca Rekabet Kurumu'nun iradesiyle kısıtlanmasının kanuna aykırılık teşkil ettiği düşünülebilecektir. Yasa Koyucu'nun kanun yoluyla sınırlamadığı bir hak kullanımının idarenin ikincil düzenlemeleri ile zaman yönünden sınırlandırılmasının kanunî idare ilkesine aykırı olduğu öne sürülebilecektir. Rekabet Kurumunun taahhüt mekanizmasından beklenen fayda bakımından yaptığı süre değerlendirmesi elbette ki anlamlıdır. Soruşturmanın geç aşamalarında taahhüt başvurusunda bulunulmasının kamu kaynaklarının etkin kullanımı hedefi ile örtüşmeyecek nitelikte bir girişim olduğu değerlendirilebilir. Bununla birlikte, sınırlama öngörmeyen bir kanunî düzenleme karşısında idarenin süre yönünden sınırlandırma getirme yetkisinin bulunmadığı düşünülmektedir. Bu kapsamda, söz konusu kısıtlamanın ikincil mevzuat yoluyla değil, Kanun değişikliği ile getirilmesi daha isabetli olacaktır.

Konu yönünden bakıldığında Yasa Koyucu'nun 4054 sayılı Kanunun 43. maddesinin üçüncü fıkrasında "açık ve ağır ihlaller"e ilişkin olarak yalnızca yatay ihlal türlerinin örneklenmesi dikkat çekicidir. Nitekim, Taslak Tebliğ'de de Yasa Koyucu'nun bu tercihinin uygun bir tanımlama öngörülmüş olmasına rağmen nihaî hale getirilen Taahhüt Tebliği'nde ise bir dikey ihlâl türü olan yeniden satış fiyatının belirlenmesinin de taahhüt müessesesinin kapsamı dışında tutulmuştur. Kurul'un 2018 yılı sonrası kararlarında yeniden satış fiyatının belirlenmesine karşı "ağır ihlal" yaklaşımını önde tuttuğu ve katı bir uygulama geliştirdiği bilinmektedir. Bununla birlikte, sanayi iktisadı teorisinde yeniden satış fiyatının belirlenmesinde rekabeti kısıtlayıcı etkilerin yanı sıra rekabeti artırıcı etkilerin de söz konusu olabileceği bilinmektedir. Bu kapsamda, esasen marka içi rekabeti kısıtlama riski barındıran ve bu yönüyle yatay ihlallerden ayrılan yeniden satış fiyatının belirlenmesinin kartel anlaşmaları veya bölge/müşteri paylaşımı gibi ihlal türleri ile aynı değerlendirme kriterlerine tabi tutulması son derece eleştirilebilir bir yaklaşım olarak öne çıkmaktadır. Bu kapsamda, yeniden satış fiyatını belirlenmesi şeklindeki ihlalin taahhüt müessesesinin konu yönünden dışında tutulmasının isabetli olmadığı düşünülmektedir. Esasen böylesi katı bir yaklaşıma ihtiyaç da bulunmamaktadır.

Zira, AB'de böyle bir dışlama söz konusu olmasa da uygulamada yeniden satış fiyatının belirlenmesi ihlallerinde taahhüdün elverişli bir çözüm yolu olmadığı uygulamada oturmuştur.

Rekabet Kurulu'nun taahhüt kararları soruşturmaya konu teşebbüs davranışlarının veya anlaşmalarının rekabet hukukuna aykırı olup olmadığına ilişkin herhangi bir bulgu içermemektedir. Bununla birlikte, taahhüt kararı verilene kadar ilerletilen soruşturma süreci doğrultusunda oluşan soruşturma dosyası ve Heyet'in iddialarını desteklemek üzere topladığı deliller mevcudiyetini koruyacaktır. Taahhüt kararları, olası rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan zararların özel hukuk mahkemeleri nezdinde tazmini imkanını etkilememektedir. Bu doğrultuda, taahhüt ile sonuçlandırılan dosyalarda olası ihlâl dönemindeki zararların tazminine yönelik açılacak tazminat davalarında Mahkeme'nin iddia olunan ihlâl dönemi için rekabet hukuku değerlendirmesini kendiliğinden yapması gerekecektir. Bu noktada, Rekabet Kurumu nezdindeki süreç taahhüt kararı ile nihayete erdirilmiş olduğundan rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında gelişen Rekabet Kurumu nezdindeki soruşturma sürecinin bekletici mesele yapılması taahhüt kararlarının söz konusu olduğu süreçlerde gündeme gelemeyecektir. Zira, ortada bekletici sorun yapılabilecek devam eden bir süreç olmayacaktır. Bu doğrultuda, mahkemeler kendi rekabetçi analizlerini yapıp taahhüt kararına rağmen ihlal kararı verebileceklerdir. Bu durumun rekabet hukuku uygulamasında kaçınılmaz bir ikili uygulama sorunu yaratabileceği düşünülmektedir. Nitekim, bu konu Kanun değişikliği yapılırken de gündeme gelmiş ve ihtisas mahkemeleri kurulmadan bu tarz ikiliklerin çözümlenmesinin mümkün olmadığı dile getirilmiştir. Hatta bireysel muafiyet başvurularının mahkemeler nezdinde de yapılabilmesini mümkün kılan değişikliğin de aslında bu çerçevede değerlendirilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir. Tüm bunlara karşın mevzuatın mevcut halinin tazminat davalarında taahhüt kararlarının kullanımı açısından tartışma yaratabileceği de öngörülmelidir.