T. C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

REKABET HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ULUSLARARASI TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ: KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

ZEYNEP FEYZA EKER AYHAN

2502100139

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. CEMAL ŞANLI

İSTANBUL, 2017

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı	:	Zeynep Feyza EKER AYHAN	**Numarası**	:	2502100139
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı	:	ÖZEL HUKUK	**Danışmanı**	:	PROF.DR.CEMAL ŞANLI
Tez Savunma Tarihi	:	19.06.2017	**Saati**	:	11:00
Tez Başlığı	:	REKABET HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ULUSLARARASI TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ:KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ			

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. CEMAL ŞANLI		KABUL
2- PROF.DR.AYDIN GÜLAN		
3- PROF.DR.YUSUF ÇALIŞKAN		KABUL
4- PROF.DR.AYFER UYANIK ÇAVUŞOĞLU		KABUL
5- DOÇ.DR.EMRE ESEN		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.İLHAN YILMAZ		
2- DOÇ.DR.FARUK KEREM GİRAY		KABUL

ÖZ

REKABET HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ULUSLARARASI TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ: KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

ZEYNEP FEYZA EKER AYHAN

Bilindiği üzere ülkemizde rekabet hukuku uyuşmazlıklarının kamu hukukunu ilgilendirmesi sebebiyle tahkimde görülmeye elverişli olmadığına dair yaygın bir kanaat mevcuttur. Ancak uluslararası gelişmeler bu tutumun aksi yönündedir. Gerek ABD' de gerek AB hukukunda rekabet hukuku uyuşmazlıklarının, münhasır yetki halleri hariç olmak üzere, tahkime konu olabilecekleri geniş olarak kabul görmektedir. ABD, AB, Fransa ve İsviçre hukuklarında rekabetin yatay veya dikey anlaşmalarla sınırlanması ve rekabetin hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla ihlali hallerinde tahkim yolunun işlerlik kazanabilmesinin hangi hal ve şartlarda mümkün olarak kabul edildiği yargı kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler bağlamında ele alınmıştır. Bununla birlikte AB' de Komisyon'un birleşme ve devralmalar kapsamında yapılan davranışsal taahhütleri izleme sürecinde tarafları tahkim yoluna başvurmaya yönlendirmesi ile ortaya çıkan tahkim türünün kendine has nitelikleri uluslararası hukuk camiasında yaygın olarak tartışılmaktadır. Çalışma bu noktada rekabetin sınırlanması ile birleşme ve devralmaların tahkim yoluyla çözümünün anılan hukuk çevrelerinde hangi gelişmeler sonrasında mümkün hale geldiğini inceleyerek Türkiye'deki mevcut duruma ve konunun geleceğine ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: Rekabet, Uluslararası Tahkim, Tahkime Elverişlilik, Birleşme ve Devralmalar, Davranışsal Çözümler, Kamu Düzeni.

ABSTRACT

RESOLVING COMPETITION LAW DISPUTES THROUGH ARBITRATION: A COMPARATIVE ANALYSIS

ZEYNEP FEYZA EKER AYHAN

The aim of this study is to analyse how claims arising from competition law issues are solved through arbitration from a comparative perspective and make suggestions to Turkish judiciary and academic world. In Turkey, competition law claims are deemed not to be arbitrable, mainly because of their public law nature. However, the experience of various countries in this respect has evolved in years more or less from the same point to a substantially liberal approach. It is now widely accepted that disputes arising from horizontal or vertical restraints of competition can be arbitrated under certain circumstances. The dynamics of the development of this understanding among US, EU, French and Swiss judiciary as well as academic views on the subject has been thoroughly examined. Moreover, arbitration has also widely been used as a tool for monitoring behavioural commitments made in the context of merger and acquisition clearance decisions, especially in the EU. The particularities of arbitration used in such context has also been subject of a debate, questioning whether this type of arbitration is a regulatory or "supranational" one, and whether it differs from an ordinary international commercial arbitration substantially. This study attempts to examine the growing acceptance of the possibility to resolve both antitrust and merger commitment disputes through arbitration and to shed some light to the future of the subject in Turkey.

Keywords: Competition, Antitrust, International Arbitration, Merger Clearence, Arbitrability, Public Policy.

ÖNSÖZ

Günümüzde tahkim, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde en yaygın olarak kullanılan yollardan biridir. Tahkimin hız, gizlilik, tarafsız bir zeminde uyuşmazlığın uzman kişiler tarafından çözülebilme imkânı ve sonucunda verilen kararın tenfizinin kolaylığı gibi klasik avantajları, bu çözüm yoluna başvurulmasını cazip hale getirmektedir. Tahkimin uyuşmazlık çözümünün olağan bir usulü haline gelmesine paralel olarak tüm dünyada tahkime konu olabileceği kabul edilen alanların sayısında bir artış yaşanmıştır. Rekabet hukuku da bunlardan biridir. Çalışma kapsamında, Türkiye'de de kamusal niteliği sebebiyle tahkime elverişliliği sorgulanan rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıkların hangi hal ve şartlarda tahkime konu olabileceği konusu mercek altına alınmıştır.

Tez çalışmasında karşılaştırmalı bir yöntem kullanılmış, başlangıçta konuya yaklaşımın Türkiye ile paralel olduğu ABD, AB, Fransa ve İsviçre hukuklarında bu anlayışın hangi saiklerle değiştiği incelenmiştir. Ayrıca özellikle AB'de birleşme ve devralmalarda tahkimin bir izleme aracı olarak kullanılması konusu da ele alınmıştır. Çalışmanın özellikle bu kısmı için gerekli kaynakları inceleyebilmek amacıyla TÜBİTAK desteği ile İngiltere'de altı ay süren bir araştırma yapılmıştır. Londra'da King's College London'da rekabet hukuku alanında önde gelen isimlerden olan Renato Nazzini'nin danışmanlığında gerçekleşen bu araştırma, tezin akademik kalitesini arttırmak bakımından son derece faydalı olmuştur. Öncelikle bu imkânı sağladıkları için TÜBİTAK'a teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Büyük bir nezaket göstererek danışmanım olmayı kabul eden değerli hocam Renato Nazzini'ye minnettar olduğumu bu vesileyle bir kez daha ifade etmek isterim.

Doktora çalışmalarımın başından itibaren desteklerini hiçbir zaman esirgemeyerek bu tezin ortaya çıkmasında en büyük paya sahip olan hocam ve tez danışmanım sayın Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya en derin saygı ve teşekkürlerimi sunarım. Tez izleme komitesinde yer almalarından onur duyduğum hocalarım sayın Prof. Dr. Aydın Gülan ve Doç. Dr. Emre

Esen'in de her zaman hissettiğim destekleri için kendilerine şükran duymaktayım. Bu tezin savunma komitesinde yer alan değerli hocalarım sayın Prof. Dr. Yusuf Çalışkan, sayın Prof. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu ve sayın Doç. Dr. Faruk Kerem Giray'a da ayrıca teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Bu tezin Türk hukukunu ilgilendiren kısmı büyük ölçüde Bilkent Üniversitesi Kütüphanesi'nde yazılmıştır. Bu kapsamda Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kıymetli hocalarından sayın Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu'na, olanca iş yüküne rağmen tezimi okuma ve değerli görüşlerini benimle paylaşma nezaketini gösterdiği, ve bununla kalmayıp, genç bir meslektaşını büyük bir zarafetle yüreklendirerek motive ettiği için minnettar olduğumu ifade etmek isterim. Yine Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kıymetli hocalarından sayın Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar'a yoğun programına rağmen tezimle ilgili uzun açıklamalarımı büyük bir sabırla dinleyerek önerileriyle yolumu aydınlattığı için müteşekkirim.

Nihayet, Londra ve Ankara'da geçirdiğimiz süredeki yol arkadaşım, can oğlum Mehmet Ali'ye, üç yaşında gösterilebilecek tüm olgunlukla yanımda olduğu için; sevgili kardeşim ve meslektaşım Yasin Eker'e, yine Londra günlerimizi arkadaşlığıyla güzelleştirip kolaylaştırdığı için; sevgili kardeşim Süeda Eker'e, Bilkent Üniversitesi'ndeki çalışmalarım sırasında her türlü lojistik ve moral desteğini esirgemediği için; sevgili annem Yasemin Eker'e, hem Londra ve Ankara tecrübelerimizde, hem de ömrümün tamamında gösterdiği özveri için; ve sevgili babam Dr. M. Mehdi Eker'e, beni sadece bu tez çalışmasında değil tüm hayatım boyunca daha iyisini yapmak üzere yetiştirdiği için, yeterli olmayacak olsa da, binlerce kez teşekkür ederim. Ve son olarak, bir baba ve eş olarak bu tez çalışması için en büyük fedakârlığı yapan yol arkadaşım, kıymetli eşim Dr. Mustafa Ayhan'a, desteği ve hayatımı güzelleştirdiği için müteşekkir olduğumu ifade etmek isterim.

Bu tez çalışmasının Türk Hukuku'nda çok sınırlı olarak ele alınmış olan bu konuya ışık tutması en büyük dileğimdir.

Zeynep Feyza EKER AYHAN

İstanbul, 2017

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **iii**

ABSTRACT ..... **iv**

ÖNSÖZ ..... **v**

KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xvi**

GİRİŞ **1**

I. BİRİNCİ BÖLÜM **9**

REKABET HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİMDE GÖRÜLMESİ İLE İLGİLİ İLK KONU: TAHKİME ELVERİŞLİLİK **9**

A. Tahkime elverişlilik: Genel olarak 9

1. Tahkime elverişlilik kavramı 9

2. Tahkime elverişliliğin kamu düzeni ve komşu kavramlar ile ilişkisi 12

a) Kamu düzeni: Genel olarak 12

b) Emredici kurallar 16

c) Doğrudan uygulanan kurallar (lois de police) 17

d) Kamu düzeninin türleri 23

(1) Milli kamu düzeni 23

(2) Milletlerarası Kamu Düzeni 25

(3) Ulusaşırı (Transnational) Kamu Düzeni 28

e) Kamu düzeni ve komşu kavramların karşılaştırılması 31

f) Tahkime elverişlilik ile kamu düzeni ilişkisi 33

3. Tahkime elverişliliğin gündeme gelebileceği yargılama aşamaları 40

4. Tahkime elverişliliğin belirlenmesinde uygulanacak hukuk 41

a) Tahkime elverişsizliğin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukuk 42

b) Tahkime elverişsizliğin mahkeme önünde ve hakem kararı öncesinde ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukuk 53

(1) Tahkime elverişliliğin tahkim yerindeki mahkeme tarafından değerlendirilmesi halinde uygulanacak hukuk 53

(2) Tahkime elverişliliğin tahkim yerinden başka bir devlet mahkemesi tarafından değerlendirilmesi halinde uygulanacak hukuk 55

c) İptal davası ile tanıma- tenfiz aşamasında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk 60

5. Tahkime elverişliliğin çeşitli hukuklardaki görünümleri 61

a) Genel kurallar 61

b) Tahkime elverişliliği geleneksel olarak sorgulanan uyuşmazlık kategorileri 66

(1) Fikri mülkiyet 67

(2) İflas hukuku 68

(3) Tüketici hukuku 70

(4) İş hukuku 72

6. Tahkime elverişliliğin re'sen dikkate alınması 76

B. Rekabet hukukuna ilişkin konuların tahkime elverişliliği 79

1. Rekabet hukukunun tarihsel arka planı ve amaçları 79

2. Rekabet hukuku konularının tahkime elverişliliğinin tartışma konusu olmasının sebepleri 98

II. İKİNCİ BÖLÜM 106

ÇEŞİTLİ ÜLKE HUKUKLARINDA REKABET HUKUKU VE TAHKİM İLİŞKİSİNİN GELİŞİMİ.....106

A. ABD Hukukunda rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin gelişimi 106

1. American Safety davası: Rekabet hukuku uyuşmazlıkları tahkime elverişli değildir 106

2. Mitsubishi davası: Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülebileceğinin kabulü.....108

a) Davanın konusu ve Yüksek Mahkemenin kararı 108

b) Mitsubishi: Karşı oy gerekçeleri.....113

c) Mitsubishi kararının değerlendirilmesi 114

3. Mitsubishi sonrası mahkeme kararları 119

a) ABD' de iç tahkim bakımından rekabet hukuku konularının tahkime elverişli kabul edilmesi 119

b) Üç kat tazminat (treble damages) ve cezalandırıcı tazminat (punitive damages) yaptırımlarının tahkime elverişliliği 121

c) Tahkime elverişlilik ve topluluk davaları (class actions).....127

d) Amerikan mahkemelerinin "second look" uygulaması 129

e) Mitsubishi sonrası mahkeme kararlarının değerlendirilmesi.....130

B. AB hukukunda rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin gelişimi 132

1. AB rekabet hukuku sistemi: Başlıca özellikler.....132

a) AB rekabet hukukunun kaynakları 132

b) AB rekabet hukukunu uygulamakla görevli kurumlar.....140

c) AB rekabet hukukunun Birlik sınırları dışında etki doğurması 144

2. AB'de rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesi konusunun yargısal gelişimi 147

a) Rekabet hukukunun tahkime elverişliliğine geleneksel mesafeli yaklaşım 147
b) AB rekabet hukukunun tahkime elverişliliği konusunda "zımni" bir dönüm noktası: Eco Swiss kararı 149
(1) Ön karar konusu olay ve Avrupa Adalet Divanı tarafından verilen karar 149
(2) Eco Swiss kararının değerlendirilmesi 154
(a) Rekabet hukuku konularının tahkimde görülmeye elverişli olduğunun zımnen kabulü 154
(b) EC m. 81'in (TFEU m. 101) kamu düzeninden kabul edilmesi 154
(c) Hakemler EC m. 81'i re'sen uygulayabilir mi? Uygulamalı mıdır? 155
(d) Rekabet hukukunu konu alan hakem kararlarının iptali ve tenfizi aşamalarında mahkeme denetiminin kapsamı: Maksimalist ve minimalist yaklaşımlar 163
c) EC m. 82 (TFEU m. 102)' nin de kamu düzeni statüsüne "yükseltilmesi": Manfredi kararı 169
d) Genentech kararı: Eco Swiss'ten sonra değişen durumlar 172
e) Modernizasyon ve EC m. 81/3. (TFEU m. 101/3) maddenin tahkime elverişliliği 174
C. Rekabet hukuku konularının tahkimde görülmesi konusunda liberal bir yaklaşım: Fransa örneği 179
1. Genel olarak 179
2. Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülebileceğinin kabulü ... 181
a) Almira kararı 181

b) Ganz kararı 181
c) Labinal kararı 182
d) Aplix kararı 183
e) Değerlendirme 184
3. Fransız mahkemeleri ve Eco Swiss: Minimalist yaklaşımın tipik örnekleri 185
a) Thalès kararı: Hakem kararının iptali bakımından kamu düzeninin "açık, etkili ve somut" olarak ihlal edilmesi kriterinin getirilmesi 185
b) Cytec kararı: Minimalist ve maksimalist yaklaşım farklılıkları 188
(1) Fransız ve Belçika mahkemelerinin farklı tutumları 188
(2) Minimalist ve maksimalist yaklaşımların değerlendirilmesi 193
D. Rekabet hukuku meselelerinin tahkimde görülmesinde AB dışından bir örnek: İsviçre 196
1. Genel olarak 196
2. Ampaglas kararı: Hakemlerin AB rekabet hukukunu uygulamaya yetkili olduklarının teyidi 197
3. G.SA v. V. Spa kararı: Hakemin AB rekabet hukukunu uygulama görevi bulunduğunun kabulü 199
4. X SA ve Y SA kararı: Hakemlerin re'sen AB rekabet hukukunu uygulama zorunluluğu var mıdır? 200
5. Tensacciai v. Terra Armata kararı: Rekabet hukuku iptal davası bağlamında kamu düzeninden sayılmaz 202
E. Türk hukuku bakımından rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime konu olması 206
1. Genel olarak Türk rekabet hukuku sistemi 207

2. Türkiye'de rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin genel çerçevesi.....210

a) Rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarının mahkemelerde görülebilmesinin sınırları ve geçersizlik tespiti konusu.....213

(1) 56. Maddede tarif edilen geçersizliğin hukuki niteliği.....213

(2) Geçersizliğin tespitinde Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkisi var mıdır? 214

(a) Münhasır yetki bulunmadığına dair görüşler 214

(b) Konuya ilişkin Yargıtay kararları 215

(c) Yargıtay kararlarının eleştirisi 218

b) Sonuç.....224

3. Hakemlerin RKHK'nın 56. Maddesi uyarınca geçersizlik tespiti yapabilmeleri mümkün müdür? 226

a) Genel olarak 226

b) Verilmiş bir Kurul kararı karşısında hakem heyetinin durumu.....227

c) Bekletici mesele 228

d) Re'sen uygulama 231

e) Hakem heyeti ile Rekabet Kurulu arasındaki ilişki 231

f) İptal ve tenfiz aşamalarında karşılaşılabilecek sorunlar 233

3.5.4. Türk hukuku bakımından rekabet hukuku ve tahkim ilişkisi: Sonuç ve öneriler 242

III. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 245

REKABET HUKUKU KONULARININ TAHKİME KONU OLMASI BAĞLAMINDA ÖNEMLİ BİR SINIR: HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR TAHKİM ŞARTI KAPSAMINA GİRER Mİ? 245

A. Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesi: genel

olarak 246

B. Rekabet hukukundan doğan haksız fiillerin tahkimde görülebilmesi mümkün müdür? 251

IV. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM 262

"SUPRANASYONEL" BİR TAHKİM Mİ? - BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA BİR İZLEME YÖNTEMİ OLARAK TAHKİMİN KULLANILMASI 262

A. AB'de birleşme ve devralmalarda bir izleme yöntemi olarak tahkimin kullanılması 263

1. AB birleşme ve devralma kontrolü sistemine genel bir bakış ve konunun gelişimi 263

2. Davranışsal taahhütlere uygunluğun izlenmesi bağlamında bir izleme aracı olarak tahkim 272

a) Genel olarak 272

b) Davranışsal taahhütlere uygunluğun izlenmesi bağlamında tahkimin özellikleri 274

(1) Tek taraflı tahkim önerisi 274

(2) Birleşme kontrolü tahkimlerinde üçüncü kişi bakımından tahkimin avantajları 276

(3) Birleşme kontrolü tahkimlerinde tahkim şartına işlerlik kazandırılması 277

(4) Birleşme kontrolü tahkimlerinde hakemin rolü ve incelemesinin kapsamı 280

(5) Birleşme kontrolü tahkimlerinde usulî konular ve ispat yükü 283

(6) Birleşme kontrolü tahkimlerinde tahkim süresi, hakemin verebileceği kararlar ve bunların etkileri.....286

(7) Birleşme kontrolü tahkimlerinde Komisyon'un rolü.....290

(8) Birleşme kontrolü tahkiminin uygulaması: Reti Televisive Italiane (RTI) v. Sky Italia kararı.....296

B. Amerikan hukukunda birleşmeler bağlamında tahkimin kullanımı.....302

C. Türk hukukunda birleşmelerin izlenmesi bağlamında tahkimin bir izleme aracı olarak kullanılması mümkün mü?.....306

D. Birleşme kontrolü tahkimlerinin değerlendirilmesi- gerçekten supranasyonel bir tahkim mi?.....312

V. BEŞİNCİ BÖLÜM.....317

SONUÇ.....317

KAYNAKÇA.....31732

KISALTMALAR LİSTESİ

AB : Avrupa Birliği

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

Bkz. : Bakınız

EEC : European Economic Community (Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması)

EC : European Community (Avrupa Topluluğu Antlaşması)

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İbid : Yukarıda adı geçen eser

m. : Madde

MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

n.d. : Tarih yok

para. : Paragraf

RKHK : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

s. : Sayfa

TEU : Treaty on European Union (AB Antlaşması)

TFEU : Treaty on the Functioning of the European Union (AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma)

vd. : Ve devamı

GİRİŞ

Günümüzde uluslararası ticari tahkim, ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir yer tutmakta, mahkeme yargısının yanı sıra faaliyet gösteren ayrı bir yargılama sistemi olarak değerlendirilmektedir. Tahkimin devlet yargısına kıyasla en önemli özelliği taraf iradelerine dayanmasıdır. Ancak devletler, egemenlik yetkilerinin bir sonucu olarak bu iradeyi sınırlayabilmektedirler. Özellikle genel olarak kamu menfaatini ilgilendiren alanlar bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmeye uygun olmadığı yönünde geleneksel bir anlayış mevcuttur. Son otuz yılda ise milletlerarası ticaretin gelişmesine paralel olarak tüm dünyada tahkimin alanını genişletme eğiliminin ortaya çıktığı göze çarpmaktadır. Bu bağlamda tahkimde görülebileceği kabul edilen uyuşmazlıkların sayısında hızlı bir artış yaşanmakta, bir uyuşmazlığın tahkimde görülmesine engel olduğu düşünülen kriterler gözden geçirilerek yeniden tanımlanmaktadır.

Bu alanlardan biri de rekabet hukukudur. Bilindiği gibi tüm dünyada rekabet hukukunun genel itibarıyla kamuyu ve kamunun çıkarlarını ilgilendiren bir hukuk dalı olduğu kabul edilmektedir. Bu durum, Avrupa Adalet Divanı'nın *Eco Swiss China Ltd. v. Benetton International N.V.* kararında da açıkça ifade edilmiştir. Rekabet hukukunun idare hukuku anlamda kamusal sonuçları her hâlükârda tahkim alanı dışında kalmaktadır. Ancak taraflar arasındaki özel hukuk ilişkileri bağlamında rekabet hukukunun gündeme gelmesi durumunda dahi, bu hukuk dalının kamuyu ilgilendirmesi sebebiyle tahkime konu olamayacağı noktasında 1980'lere kadar belli başlı hukuk sistemleri arasında bir ittifak olduğundan söz edilebilir. Amerikan mahkemelerinin 1985 tarihli *Mitsubishi* kararı, bu konuda bir dönüm noktası sayılmaktadır. Bu kararla rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıkların belli şartlar altında tahkime konu edilebileceği esası benimsenmiştir. *Mitsubishi* kararı sonrasında gerek ABD'de, gerek AB'de rekabet uyuşmazlıklarının hangi şartlarda tahkime konu olabileceği hususu hararetli tartışmalara sebep olmuştur. Çalışmamız kapsamında genel olarak tahkimin,

uluslararası ticarette geniş kabul gören avantajları düşünüldüğünde, rekabet hukukunun etkin şekilde uygulanması önünde bir bariyer mi, yoksa bunun için elverişli bir araç mı olduğunun çeşitli hukuk sistemleri bakımından karşılaştırmalı olarak incelenmesi, Türk hukukundaki durumun ve görüşlerin uygulamada ortaya çıkan sorunlarla belirtilen hukuk sistemlerinin çözümleri göz önünde bulundurularak ele alınması ve öneriler getirilmesi amaçlanmaktadır.

Bu kapsamda ilk olarak, rekabet hukuku konularının tahkime elverişli olup olmadığı konusu incelenmiştir. Bunun için öncelikle genel olarak tahkime elverişlilik kavramı, bu kavramın emredici kurallar, doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni ve türleri ile ilişkisi ele alınmıştır. Tahkime elverişlilik kavramı ve rekabet hukukunun niteliği bağlamında bu kavramlardan ne anlaşıldığının ortaya konulması gerekmektedir. Özellikle kamu düzeni kavramının sınırlarının belirsizliği ve kapsamı üzerinde ittifak bulunmamasının son yıllarda tahkime elverişlilikle ilgili tespitlerde bu kavramı belirleyici olmaktan çıkardığı görülmektedir. Sonrasında tahkime elverişliliğin tipik olarak yargılamanın hangi aşamalarında gündeme geldiği ve bununla bağlantılı olarak tahkime elverişliliğin belirlenmesine hangi hukukun uygulanacağı sorularına yanıt aranmıştır. Rekabet hukuku uyuşmazlıklarını karara bağlayan hakem heyetlerinin ve tahkim yargılaması sırasında uyuşmazlığın tahkime elverişliliği sorusuyla karşılaşan ve bu konuda bir tespit içeren hakem kararlarını iptal ve tenfiz aşamalarında denetleyen mahkemelerin bu soruyla karşılaştıkları takdirde tespitte nasıl bir yol izleyecekleri konusu önemli bulunduğu için çalışma kapsamında bu konuya da yer verilmiştir. Temel olarak, tahkime elverişlilikle ilgili tespiti yaparken hangi hukukun uygulanacağı sorusunun cevabının, yargılamanın hangi aşamasında bu soruyla karşılaşıldığına göre değişkenlik göstermekte olduğu söylenebilir. Bu yöndeki incelemeleri müteakiben, tahkime elverişlilikle ilgili ABD ve AB'deki genel düzenlemelere değinilmiştir. Özellikle Avrupa'da bu konudaki güncel kabul edilen eğilim, İsviçre ve Almanya'da benimsendiği şekliyle, tahkime elverişlilik için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

edebilmeleri kriterinin değil, uyuşmazlığın ekonomik bir değer içermesinin kriterinin kullanılmasıdır. Bu anlamda uyuşmazlık konusu esas sözleşmenin ticari yahut medeni ilişkileri ilgilendirmesinin yahut konunun medeni hukuka, idare hukukuna yahut kamu hukukuna, hatta uluslararası kamu hukukuna ilişkin olmasının bir önemi bulunmayıp, taraflardan birisi bakımından parasal bir değer içermesi tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için yeterlidir. Bu bölümde nihayet rekabet hukuku dışında tahkime elverişliliği geleneksel olarak sorgulanan alanlardan fikri mülkiyet, iflas hukuku, tüketici hukuku ve iş hukukunun bu bağlamdaki son durumu ele alınmıştır. Bu alanlardaki gelişmeler hem rekabet hukuku alanında varlığı kabul edilen tahkime elverişliliğe ilişkin sınırların anlaşılmasını kolaylaştıracak, hem de tahkime elverişliliğin alanının rekabet hukuku dışında da genişlediğine dair örnek teşkil edecektir.

Birinci bölümün ikinci kısmında münhasıran rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusu incelenmiştir. Rekabet hukuku konularının tahkime elverişli olmadığına dair yaklaşımın çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan bazıları rekabet hukukundan, bazıları ise tahkimin, özelde de uluslararası tahkimin mantığı ve düzenleniş biçiminden ileri gelmektedir. Ancak bu sebepleri irdelemeden önce, rekabet hukuku ile ilişkili değerleri ve bunların neden korunmaya değer bulunduğunu anlamaya ışık tutmak adına, öncelikle rekabet hukukunun tarihsel olarak hangi ihtiyaçlar bağlamında ortaya çıktığı, bunların hangi noktaya evrildiği ve koruduğu değerlerin neler olduğu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda özellikle rekabet politikasının münhasıran iktisadi etkinliğin sağlanması amacına mı odaklandığı, yoksa rekabet politikası ve bu bağlamda rekabet hukukunun devletler tarafından zaman içerisinde önemi ve ağırlığı değişen diğer politikalarını gerçekleştirmek için bir araç olarak mı kullanıldığı sorusuna yanıt aranmıştır. Bu sorunun cevabı, rekabet hukukunun kamu düzenini ifade eden vazgeçilemez değerdeki ilke ve prensiplerin bir parçası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bakımından önem taşımaktadır. İkinci kısımda ikinci

olarak, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli kabul edilmemesinin sebeplerinin neler olduğu ele alınmıştır. Dünya üzerindeki belli başlı hukuk sistemleri bakımından ortak olan bu endişelerin zaman içerisinde ne şekilde giderildiği ise bir sonraki bölümün konusudur.

İkinci bölümde, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesi konusunun gelişimi hukuk sistemleri özelinde incelenmektedir. İlk olarak ABD'de rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin dönüm noktası kabul edilen 1985 tarihli *Mitsubishi* kararı öncesi durum ve bu bağlamda rekabet hukukunun tahkime elverişli kabul edilmemesinin nedenleri inceleme konusu yapılmıştır. İkinci olarak ise bahsi geçen Mitsubishi kararı tüm detaylarıyla ele alınmıştır. *Mitsubishi* kararının özel önemi, rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceğini bu konudaki eleştirileri büyük ölçüde cevaplayarak ortaya koyması; bunun yanında ikinci bakış (*second look*) denilen uygulamayı ortaya çıkarmasıdır. Buna göre hakemler rekabet hukukunu uygulamakla yükümlüdürler ve bu yükümlülüğe uyulup uyulmadığı devlet mahkemeleri tarafından iptal ve tenfiz aşamalarında denetlenecektir. Bu bağlamda "ikinci bakış" adeta bir emniyet sübabı gibi konumlandırılmıştır. Üçüncü olarak Amerikan mahkemelerinin *Mitsubishi* sonrasındaki kararları; bu bağlamda iç tahkim bakımından rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine, rekabet hukuku bağlamında üç kat tazminat ve cezalandırıcı tazminata hakemlerce hükmedilip hükmedilmeyeceğine, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde topluluk davası (*class action*) olarak görülüp görülemeyeceğine ve Amerikan mahkemelerinin ikinci bakışın kapsamını ne şekilde yorumladığına dair incelemeler yapılmıştır.

İkinci bölümde ikinci olarak, AB hukuku bağlamında rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin gelişimi ele alınmıştır. Bunun sebebi, rekabet hukuku sistemimizin AB sistemine dayanılarak dizayn edilmiş olması ve AB'de konunun çeşitli boyutlarıyla tartışılmış

olmasıdır. AB'nin supranasyonel bir yapı olması ve ulus devletlerden farklı bir sistem üzerine kurulu olması sebebiyle öncelikle AB rekabet hukuku sisteminin özellikleri kısaca ele alınmıştır. Daha sonra AB'de rekabet hukukunun tahkime konu olup olamayacağı incelenmiş, bu bağlamda ilk olarak AB'de başlangıçta neden konuya mesafeli bir duruş sergilendiği değerlendirilmiştir. Daha sonra Amerikan *Mitsubishi* kararının AB'deki yansıması olarak kabul edilen *Eco Swiss* kararı detaylı olarak ele alınmıştır. Kararın AB rekabet hukuku kurallarının tahkime elverişliliğinin kabulü ve bu kuralların kamu düzeninden sayılması gibi sonuçları bulunmaktadır. Bu kuralların kamu düzeninden sayılması bağlamında esasında Birlik hukukunun organik bir parçası olmayan hakem heyetlerinin AB rekabet hukukunu re'sen uygulayıp uygulayamayacakları da yanıt aranan bir diğer soru olmuştur. Yine *Mitsubishi* kararında ifade edilen ikinci bakış teorisi doğrultusunda üye devlet mahkemelerinin rekabet hukuku uyuşmazlıklarını karara bağlayan hakem kararları üzerindeki denetiminin kapsamının ne olması gerektiği konusunda minimalist ve maksimalist olarak ifade edilen yaklaşımlar da bir sonraki alt başlığın konusudur. AB rekabet hukuku kurallarının tahkime konu olması bağlamında *Eco Swiss* sonrası kararlar da ele alınmış, nihayet AB hukukuna özgü bir durum olan bireysel muafiyetlerin mahkemeler tarafından da karara bağlanabilmesi konusunda hakemlere de yetki tanınıp tanınmayacağı değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde üçüncü olarak, Fransa'nın konuya bakışı incelenmiştir. Fransa örneğine, tahkime elverişlilik konusunda kısıtlayıcı bir yasal düzenlemenin varlığına rağmen, güncel ihtiyaçlara uygun yorumlar yapılarak yargı kararlarıyla mevzuatın ne şekilde "güncellenebildiğinin" bir örneği niteliğinde olması sebebiyle çalışma kapsamında yer verilmiştir. Konuya ilişkin olarak hem *Eco Swiss* öncesinde verilmiş Fransız mahkeme kararları, hem de *Eco Swiss* sonrası AB rekabet hukukuna dair tespitler içeren hakem kararlarının üye devlet mahkemesi tarafından denetiminin kapsamına ilişkin minimalist

yaklaşımı temsil eden mahkeme kararları mercek altına alınmıştır. Yine ikinci bölümde dördüncü olarak, AB rekabet hukuku sistemi dışında yer almakla birlikte AB rekabet hukukunun Birlik dışında en yoğun olarak uygulandığı yer olan ve gerek tahkime elverişlilikle ilgili gerek rekabet hukukunun kamu düzeniyle ilişkisiyle ilgili son derece liberal bir yaklaşımı olan İsviçre mahkemelerinin konuya bakışı irdelenmiştir.

Nihayet ikinci bölümün dördüncü başlığında, Türk hukukundaki durum ele alınmıştır. Rekabet hukuku konularının kural olarak tahkimin kapsamı dışında yer aldığını kabul eden görüşün dayanakları sorgulanmış, bu bağlamda özellikle mahkemeler bakımından da tartışma konusu olan rekabet hukukunun ihlal edildiğine dair tespit yapma konusunda Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkisi bulunup bulunmadığı konusu, mahkemeler bakımından konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilmiş kararların ışığında incelenmiştir. Bunun dışında dünyadaki genel eğilimler bağlamında rekabet hukuku ve tahkim ilişkisine dair önerilerde bulunulmuş; bu noktada potansiyel olarak ortaya çıkabilecek verilmiş bir Kurul kararı karşısında hakem heyetinin durumu, Kurul kararlarının hakemlerce bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı, hakemlerin RKHK'ya aykırılığı re'sen değerlendirip değerlendiremeyecekleri, hakem heyeti ile Rekabet Kurulu arasındaki ilişkiler ile iptal ve tenfiz aşamalarında rekabet hukukuna aykırılık konusunda tespit içeren bir hakem kararının akıbeti konularında çözümler getirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesine haksız fiillerden doğan uyuşmazlıkların tahkim şartı kapsamına girip girmemesi bağlamında bir sınır konulup konulamayacağı sorusuna yanıt aranmıştır. Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının sadece sözleşme kapsamında değil, haksız fiil olarak da ortaya çıktığı düşünüldüğünde, bu yönde bir incelemenin gerekliliği anlaşılmaktadır. Bu bölümde öncelikle genel olarak haksız fiillerin hangi hallerde tahkim şartının kapsamına girdiğinin kabul edildiği incelenmiştir. İkinci olarak, özellikle AB'de Komisyon tarafından verilen ihlal

kararlarına dayanılarak açılan tazminat davaları bakımından tahkim şartının kapsamı konusundaki tartışmalar ve bu konuda üye devlet mahkemeleri ile AB Adalet Divanı tarafından verilmiş kararlar ele alınmış, özellikle AB Adalet Divanı'nın yeni tarihli kararının konu üzerindeki olası etkileri masaya yatırılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise, tahkimin birleşme ve devralma taahhütleri bakımından bir izleme aracı olarak kullanılması konusu irdelenmiştir. Son yıllarda birleşme ve devralmalarda muafiyet kararlarına bağlanan yükümlülükler ve firmaların izin için verdiği taahhütlerin etkin şekilde denetlenmesi için de özellikle AB Hukuku'nda tahkimin bir izleme aracı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda özellikle hâkim durumda yahut tekel olan firmanın fiziksel altyapıya yahut fikri mülkiyet konusu mallarına erişimi açma taahhüdünde bulunması gibi davranışsal çözümlerin izlenmesinde tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak önerildiği bilinmektedir. Birleşme ve devralmalarda bu şekilde bir "izleme aracı" olarak tahkimin kullanılması, uluslararası tahkimin kendine has (*sui generis*) bir uygulaması olarak ortaya çıkmakta ve bu sebeple bu uyuşmazlıklarda tahkimin "*supranasyonel*" bir nitelik kazandığı iddia edilmektedir. Bunun sebebi temel olarak birleşme ve devralmalarda muafiyet ve taahhüt kararlarında tahkim şartının kimi zaman karşı tarafın net şekilde belli olmamasına rağmen tek taraflı olarak öngörülmesidir. Bu durum tahkimin taraflar arasında akdedilen sözleşme temeline oturmasına bir istisna teşkil etmektedir. Bunun yanında birleşme ve devralmaların izlenmesinde bir araç olarak "*supranasyonel*" tahkim, rekabeti düzenleyici kurumlara bilgi verme yükümlülüğü öngörülebilmesi sebebiyle gizlilik prensibi açısından da geleneksel ticari tahkimden ayrılmaktadır. Tüm bu nedenlerle birleşme ve devralmalarda tahkim uygulamaları, tahkim hukuku bakımından tartışılmaya değer sorular üretmektedir. Bu bölümde AB'de son yıllarda Komisyon tarafından sıkça kullanılan ve klasik uluslararası ticari tahkimde kabul edilen prensiplerden yer yer ciddi anlamda ayrılan, bazı kaynaklarda "*supranasyonel*" olarak ifade edilen bu tahkim türünün özellikleri ve bu şekilde

bir vasıflandırmanın haklı olup olmadığı sorusuna yanıt aranmıştır. Konuya ilişkin olarak Amerikan uygulamasına ve Türk hukukunda konunun ne şekilde ele alınabileceğine ilişkin analizlere de bu bölüm kapsamında yer verilmiştir.

Son olarak, tez usulü bağlamında tez metninin kalabalık olmasının önüne geçilmesini teminen, metinde atıf yapılan ve dipnotlarda parantez içerisinde yer alan mahkeme kararlarının tam künyesine bibliyografya bölümünü müteakiben yer verildiğini ifade etmek gerekir.

I. BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİMDE GÖRÜLMESİ İLE İLGİLİ İLK KONU: TAHKİME ELVERİŞLİLİK

A. Tahkime elverişlilik: Genel olarak

Rekabet hukuku meselelerinin tahkime elverişli olup olmadığının araştırılmasından önce, genel olarak tahkime elverişlilik kavramının ele alınması elzemdir. Bu bağlamda tahkime elverişliliğin tanımlanmasında hangi esaslardan hareket edildiği incelenecek ve akabinde tahkime elverişliliğin komşu kavramlar ile ilişkisi ele alınacaktır. Daha sonra tahkime elverişlilik sorusuyla yargılamanın hangi aşamalarında karşılaşıldığına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Tahkime elverişliliğin hangi hukuk çerçevesinde inceleneceği sorusuna yanıt arandıktan sonra, genel olarak tahkime elverişliliğin çeşitli hukuklardaki görünümleri incelenecektir. Akabinde tahkime konu olabilirliği hakkında yoğun tartışma yaşanan bazı alanlar kısaca ele alınacak ve son olarak, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının re'sen incelenmesi gereken bir husus olup olmadığı değerlendirilecektir.

1. Tahkime elverişlilik kavramı

Tahkime elverişlilik esas itibarıyla uluslararası tahkimin sözleşmesel ve yargısal niteliklerinin karşı karşıya geldiği alanlardan birisidir[1]. Bu bağlamda tahkime elverişliliğin sözleşme serbestisi prensibinin uygulanmasının sona erip yargılama yapmanın kamusal sorumluluğunun başladığı noktayı işaret ettiği de ileri sürülmüştür[2].

Her ne kadar yargılama yetkisi devletlerin vazgeçilemez yetkilerinden biri olsa da, tarafların uyuşmazlıklarını devlet mahkemeleri yerine bağımsız hakemler önünde tahkim yoluyla çözmek konusunda bir anlaşma yapmaları mümkündür. Bu durumda yargılama

[1] Julian D. Lew, Loukas A. Mistelis et al.: **Comparative International Commercial Arbitration**, London, Kluwer Law International, 2003, s. 187.

[2] Thomas E. Carbonneau, François Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", ***Tulane Journal of International and Comparative Law***, *2*(1), 1994, s. 194.

yetkisinin tarafların iradelerine dayandığı kabul edilir[3]. Ancak devletin, tahkimin kamusal sonuçları[4] da olan özel bir yargılama süreci olması sebebiyle[5], bu iradeyi sınırlayarak bazı kategorilerdeki uyuşmazlıkların sadece mahkemeler nezdinde çözülebileceği konusunda kurallar getirme yetkisi bulunmaktadır[6]. Böyle bir durumda, uyuşmazlığın "tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olmadığından" söz edilir. Dolayısıyla geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış olsa dahi bu anlaşma geçersiz hale gelmektedir. Bu durumda tahkime elverişliliğin hakemin yargılama yetkisinin varlığının bir şartı olduğunu kabul etmek mümkündür[7].

Tahkime elverişlilik konusunda çeşitli sınıflamalar yapılmıştır. Bunlardan ilki, tahkim sözleşmesinin varlığı, geçerliliği yahut kapsamı sebebiyle uyuşmazlığın tahkimle çözülmeye elverişli olmaması (sözleşmesel elverişsizlik) ve uyuşmazlığın esası itibarıyla tahkim yoluyla çözülememesidir[8] (esasa ilişkin tahkime elverişsizlik). Bunlardan ilkinin, devletin temel politikalarını yahut kamu düzenini ilgilendirmediği kabul edilir. Çoğunlukla sözleşme hukukunun prensipleri çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı ve kapsamı incelenerek bir sonuca ulaşılır. Her ne kadar ABD'de tahkime elverişlilik bu iki kavramı içerecek şekilde kullanılmaktaysa da[9], gerek hukukumuzda gerek İngiliz ve çoğu Kara Avrupası hukuklarında tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve kapsamı ile esasa ilişkin tahkime

[3] Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 292; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 95; Ali Yeşilırmak, **Türkiye'de Ticari Hayatin ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim-Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2011, s. 77.

[4] Özellikle tanıma ve tenfiz aşamasında.

[5] Alan Redfern, Martin J. Hunter, Nigel Blackby et al.: **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, Oxford, Oxford University Press, 2015.

[6] Bernard Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?" **Arbitration International**, Vol. 12(4), 1996, s. 391; Nevhis Deren Yıldırım, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik" **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan** (s. 47-61), İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 52.

[7] Bernard Hanoatiau, "The Law Applicable to Arbitrability" **Singapore Academy of Law Journal** Vol. (26), 2014, s. 874.

[8] Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", s. 195.

[9] Lew, Mistelis, et al.: **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 188.

elverişsizlik bütünüyle ayrı değerlendirilir[10]. Dolayısıyla ilk anlamda tahkime elverişlilik bu bölümün kapsamı dışındadır.

Tahkime elverişliliğe dair ikinci ayrım, sübjektif ve objektif tahkime elverişliliktir[11]. Sübjektif tahkime elverişlilik özellikle devletlerin veya devlet kuruluşlarının tahkim anlaşması yapmaya yetkili olup olmamaları durumunu ifade eder[12]. Dolayısıyla sübjektif anlamda tahkime elverişlilik aslında genel olarak tahkim anlaşması yapma yetkisine işaret eder[13]. Objektif anlamda tahkime elverişlilik ise, tarafların durumundan ziyade uyuşmazlığın kendisiyle ilişkilidir. Bazı uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin hassas konulara temas etmeleri sebebiyle sadece devlet mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulabileceği kabul edilir[14]. Dolayısıyla uyuşmazlığın konusu yetkili devlet hukuku tarafından tahkimin alanından "çıkarılmıştır[15]".

Tahkime elverişliliğin "sübjektif" ve "objektif' olarak ayrılması doktrinde genellikle Fransız yazarlar tarafından ileri sürülmüştür ve ayrımın geçerliliği konusunda tam bir fikir birliğinden söz edilemez. Doktrinde bu ayrımın suni olduğu ve tahkime elverişlilikten sadece ikincisinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir[16]. Çalışmanın bütünlüğü gereği tahkime elverişlilik incelemesi "objektif anlamda tahkime elverişlilik" çerçevesinde yapılacaktır[17].

---

[10] Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 12.

[11] Deren Yıldırım, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", s. 52.

[12] Lew, Mistelis, et al.: **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 187, Hanoatiau, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 875; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal Yayınları, 2008, s. 38.

[13] Marc Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes" ***Arbitration International***, Vol. *12*(2), 1996, s. 194.

[14] Lew, Mistelis, et al.: **Comparative International Commercial Arbitration,** s. 187.

[15] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", dn 1.

[16] Ibid.

[17] Ancak bu noktada özellikle İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 177/2. maddesine değinmek gerekir. 177. maddenin madde başlığı "Tahkime elverişlilik" olup, ikinci fıkrada tahkimin taraflarından birisinin devlet, devlet şirketi veya devlet tarafından kontrol edilen bir kuruluş olması durumunda uyuşmazlık konusunun tahkime elverişsizliğinin yahut söz konusu yapının tahkimde taraf olma yetkisinin o ülkenin hukuku çerçevesinde tartışma konusu yapılamayacağı düzenlenmiştir. Dolayisiyla İsviçre bu anlamda sübjektif ve objektif tahkime elverişlilik ayrımını benimsemiş görünmektedir. Bkz. Özel**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, dn. 40.

2. Tahkime elverişliliğin kamu düzeni ve komşu kavramlar ile ilişkisi

a) Kamu düzeni: Genel olarak

Objektif anlamda tahkime elverişlilik, ortada diğer yönleriyle geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu halde, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinin mümkün olmamasını ifade eder [18] . Dolayısıyla tarafların sözleşme serbestisi gereği ortaya koydukları uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme iradesine devletin müdahalesi söz konusudur. Bu müdahale, devletin kamunun çıkarlarını koruma ödevi ileri sürülerek meşrulaştırılır. Bu anlamda bir konunun tahkimde görülüp görülemeyeceği, o ülkenin kamu düzeni anlayışıyla ilgilidir[19]. Her ne kadar kamu düzeni tahkim anlaşmalarının ve hakem kararlarının geçerliliği konusunda başlı başına bir itiraz sebebi teşkil ediyorsa da, bu kavramların ilişkisi yadsınamaz.

Bu noktada şunu ifade etmek gerekir ki, Fransız hukuku başta olmak üzere diğer Kara Avrupası hukuk sistemine mensup ülkelerin hukuklarında kamu düzenini ifade etmek için kullanılan "*ordre public*" ile Anglo Sakson hukuk sisteminde bu kavramın karşılığı olarak kullanılan "*public policy*" kavramlarının bütünüyle aynı anlama geldiğinden bahsetmek mümkün değildir[20]. Anglo Sakson hukuk sistemindeki "*public policy*" nin, "*ordre public*" kavramına göre çok daha dar kapsamlı olduğu [21] doktrinde çoğunluk tarafından kabul

[18] Gary Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, London, Kluwer Law International, 2015, s. 267.

[19] Patrick M. Baron, Stephan A. Liniger, Stephan A, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany" **Arbitration International**, Vol. *19*(1), 2003, s. 27.

[20] Nelson Enonchong, "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Through Little England?" **International & Comparative Law Quarterly**, Vol. *45*(3), 1996, s. 636.

[21] Albert Venn Dicey, John Humphrey Carlile Morris, Lawrence Collins: **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws (12th Edition)** (Vol. 1), London, Sweet & Maxwell, 1993, s.88, Adeline Chong, "The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts" **Journal of Private International Law**, Vol. (2), 2006, s. 29, Marike Paulsson, **The 1958 New York Convention in Action**, London, Kluwer Law International, 2016, s. 223.

edilmiştir[22]. Dolayısıyla kamu düzeni ile ne ifade edilmek istendiği konusunda en başta bir tereddüt hasıl olmaktadır.

Kamu düzeninin tanımı ve kapsamına nelerin dâhil olduğu konusuna yazılı hukuk kurallarından ziyade mahkeme uygulaması ışık tutmaktadır. Fransız mahkemeleri *"mutlak uluslararası geçerliliği Fransız görüşü uyarınca kabul edilmiş evrensel adalet ilkeleri*[23]*"* ifadesini kullanırken, Amerikan mahkemeleri *"bazı temel adalet ilkeleri, cari iyi ahlak düşüncesi, köklü umumî refah geleneği"* kavramlarına atıf yapmaktadır [24] . İsviçre mahkemeleri kamu düzeni istisnasını "*yabancı bir hukuk kuralının İsviçre'nin ahlaki ve hukuki prensiplerini kabul edilemez bir şekilde ihlal etmesi*" halinde[25], Hollanda mahkemeleri ise '*Hollanda düşüncesine göre yabancı bir hukukun ilgili hükmünün uygulanması dayanılmaz olduğu durumda*" işleteceklerini belirtmişlerdir[26]. Nihayet Türk Yargıtayı kamu düzeninin çerçevesini "*Türk kanunlarının temel değerlerine, Türk genel ahlak ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*" olarak çizmektedir[27]. Bu bağlamda ülkelerin tamamının temel ahlaki ve hukuki prensiplerin ihlali kriterinde birleşmiş oldukları söylenebilir. Bu prensiplerin içeriği elbette münhasıran hukuk düzenlerinin kendileri tarafından belirlenir. Ancak bunların belirli kanunlarda yazılı kurallar olmaktan ziyade, yargılama devletinin yapısı, kuruluş

[22] Enonchong, dipnot 36'da bu yönde bildirilen çok sayıda görüşe atıf yapmıştır. Bkz. Enonchong, "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Through Little England?".

[23] Cour de Cassation, 25.05.1948, Rev. Crit. 38(1949), s. 89.

[24] Loucks v. Standart Oil Co. of New York 224 NY 99 s. 111 (1918).

[25] Tribunal Federal, ATF 117 11 494.

[26] Natalya Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, Gröningen, Europa Law Publishing, 2003, s. 187.

[27] (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı E. 2010/1, 2012)

felsefesi, ekonomik, sosyal, ahlaki ve hatta siyasi yapısının tamamı değerlendirilerek ortaya çıkarılabilecek ilkeler oldukları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kamu düzeninin kurallardan ziyade prensipleri ifade ettiği söylenebilir. Kamu düzenine dahil olduğu düşünülen prensipler arasında mülkiyetin korunması, yargılama usulünün temel ilkeleri, temel insan hak ve hürriyetlerinin korunması, iyiniyetin korunması ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bulunduğu ifade edilmiştir[28]. Ancak her ülkenin kamu düzeni kavramının içeriğini kendisi doldurduğu düşünüldüğünde, bu prensiplerin her ülkede geçerli olduğu veya daha önemlisi içeriğinin aynı olduğu sonucuna ulaşılamaz.

Kamu düzeninin milletlerarası özel hukuk anlamında temel işlevi, engelleyici nitelikte yani negatif bir etkiye sahip olmasıdır[29]. Milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren hallerde söz konusu *"yabancı hukukun belirli bir hükmünün somut olaya uygulanmasının kamu düzenine aykırı sonuç doğurması halinde"* kamu düzeni istisnasının uygulanabileceği kabul edilir. Dolayısıyla dikkate alınması gereken soyut olarak yabancı hukukun ilgili hükmü değil, bu hükmün somut olaya uygulanmasının doğuracağı sonuçtur[30]. Ayrıca bu aykırılığın "açık" olması da aranır[31]. Aynı şekilde yabancı mahkeme veya hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde de hükmün kendisinin ya da hükme dayanak oluşturan hukuki ilişkinin değil, tanınması veya tenfizinin etkisinin[32] kamu düzenine uygun

[28] Frank Vischer, "General Course on Private International Law" **Recueil Des Cours**, Vol. *232*, 1992, s. 101.

[29] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 193.

[30] Vischer, "General Course on Private International Law", s. 101.

[31] Bkz. MÖHUK m. 5. *"Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde: bu hüküm uygulanmaz…"* Burada yabancı hukukun ilgili hükmünün değil, uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi ve bu aykırılığın açık olması halinde uygulanmayacağı yönünde görüşler için bkz. Cemal Şanlı, İnci Ataman- Figanmeşe, Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2016, s. 71 vd.; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 169; Kemal Dayınlarlı, **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası)**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2011. s. 72-73; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk (14. Bası)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 147 vd.

[32] New York Konvansiyonu m. V (II/b)'de su şekilde ifade edilmiştir: "*(b) Hakem kararının tanınması ve icrasının zikri geçen memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması.*"

olup olmadığı incelenir[33]. İki aşama arasında kamu düzeninin uygulanması bakımından en önemli fark; ilkinde uygulanması uygun bulunmayan hükmün yerine çoğunlukla uygulaması kamu düzenine aykırı olmayan başka bir hüküm ikame ediliyorken[34], tanıma ve tenfizde hâkimin ilgili hükmü ya tenfiz etmesi ya da etmemesinin söz konusu olması, başka bir deyişle "ya hep ya hiç" yaklaşımının geçerli olmasıdır[35].

Kamu düzeninin klasik olarak kabul edilen bu negatif etkisinin yanında, pozitif bir etkisi olduğu da ileri sürülmektedir. Buna göre, yargılama yeri hukukunun bazı kurallarının yabancı hukukun uygulanmasını engelleyerek uygulanması da kamu düzeninin pozitif etkisidir[36]. Bu görüşü savunanlar, kamu düzeni engeli sebebiyle bir hükmün uygulanmasının engellenmesi durumunda, hâkimin bu hüküm yerine kendi hukukunun – çoğu halde- emredici olan hükmünü uygulayacağını ve böylece kamu düzeninin negatif işlevinin pozitif işlevi ile tamamlandığını ileri sürmektedirler[37]. Ancak hâkim bu boşluğu her zaman kendi hukukuyla doldurmak zorunda değildir. Aynı yabancı hukukun kamu düzenine aykırı olmayacak bir başka hükmünün uygulanması söz konusu olabileceği gibi, hâkimin olaya özgü bir somut kural geliştirmesi dahi mümkündür[38]. Hatta bazı durumlarda, özellikle talep eğer bir hukuki kuruma dayanıyor ve bu kurum başlı başına kamu düzenine aykırı kabul ediliyorsa, yerine hiçbir hüküm konmayıp sadece talebin reddedilmesi gündeme gelebilir.

Günümüzde pozitif kamu düzeninden kabul edilen hususlar ile aşağıda ele alınacak olan doğrudan uygulanan kurallar arasında bir ilişki bulunduğu, doğrudan uygulanan

---

[33] Şanlı, Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası),** s. 490 vd., Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 199. Ayrıca bu konuda detaylı bir örnek için bkz. Ibid. s. 200- 201.

[34] Bkz. MÖHUK m. 5: *".... gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır."* Burada esas olan, ilgili yabancı hukuk içerisinde bir çözüm bulunmasıdır. Hâkim bu hukuk içerisinde bir çözüm bulamadığı takdirde Türk hukukunu uygulayacaktır. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, s. 180; Dayınlarlı, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası)**, s. 71.

[35] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings,** s. 199.

[36] Vischer, "General Course on Private International Law", s. 102.

[37] Jacob Dolinger, "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the field of Contracts and Torts" Ed. By Joseph Weiler, **The EU, the WTO, and the NAFTA : towards a common law of international trade? (Collected Courses of the Academy of European Law)**, Oxford: Oxford University Press, 2000, s. 308; Şanlı,

kuralların hareket noktasının kamu düzeninin pozitif etkisi olduğu kabul edilmektedir.[39] [40]. Söz konusu kuralları kamu düzeni kavramının içine almak, kamu düzeninin istisnai olarak uygulanma niteliğini kaybetmesi tehlikesini barındırmaktadır. Bunun yanında, bu kurallar kamu düzeni gibi temel değer ve prensipleri değil, yasa koyucunun ilgili kuralların uygulanması konusundaki kesin arzusunu yansıtmaktadır. Dolayısıyla kamu düzenini yasa koyucunun politika tercihleriyle bu denli özdeşleştirmek, nihayetinde potansiyel olarak her yabancı unsurlu ilişkiye yasa koyucunun kendi hukukunu uygulamasını meşrulaştırma sonucunu doğurabilir ki, uluslararası ticaret için bunun varılması arzu edilen sonuç olduğundan bahsedilemez.

Özetle kamu düzeninin, yargılama yerinin en temel adalet ve ahlak prensiplerini "son tahlilde" korumak için başvurulan bir savunma aracı[41] olduğunu söylemek mümkündür.

Kamu düzeni kavramı ile birlikte, doktrin ve uygulamada sıkça birbiri yerine kullanılan diğer kavramlara da açıklık getirmek elzemdir. Kamu düzeni kavramının çalışmamız özelinde hangi bağlamda kullanıldığını[42] berraklaştırmak için kamu düzeni kavramıyla birlikte anılan ve hatta kimi zaman birbiri yerine kullanılan "komşu" kavramlara ve sonrasında kamu düzeninin türlerine kısaca değinmek gerekir.

b) Emredici kurallar

Öncelikle Kara Avrupası hukuk sisteminde "*emredici kurallar (mandatory rules)*" olarak ifade edilen kategoriden bahsedilecektir. Bunlar esas itibarıyla tarafların iradeleriyle değiştiremedikleri veya hukuk seçimi yoluyla uygulanmasını engelleyemedikleri kuralları

Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, s. 83**;** Dayınlarlı, **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası)**, s. 70.

[38] Vischer, "General Course on Private International Law", s. 123.

[39] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 195; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, s. 185.

[40] Bkz. aşağıda "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 17 vd.

[41] Dolinger, "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the field of Contracts and Torts", s. 288.

[42] Çalışmamız milletlerarası niteliğe sahip uyuşmazlıkları merkeze aldığından kamu düzeni ve komşu kavramların uluslararası özel hukuk anlamındaki karşılıkları temel alınacak olup, bunların iç hukuktaki yansımalarına da değinilecektir.

ifade eder[43]. Bu anlamda emredici kurallar daha ziyade iç hukuk alanını düzenlemeye dönüktür. Dolayısıyla bu kategorideki kurallar tarafların sözleşme özgürlüklerini iç hukuk anlamında sınırlar. Emredici kuralların da kendi içinde homojen olduklarını söylemek çok zordur. Bazı emredici kurallar sadece "tutarlı bir sistem" oluşturmak için öngörülmüştür. Sözleşmenin kurulması aşamasında icap ve kabule ilişkin kurallar emredici olmakla birlikte bunlar devletin özel önem atfettiği alanlarda çıkarlarını korumak için getirdiği, mesela, ihracat düzenlemeleri gibi alanlardaki emredici kurallardan farklıdırlar[44]. İç hukuk alanındaki emredici kuralların ortak özelliği, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından, hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilebilmeleridir. Tarafların sözleşme yoluyla kararlaştırdıkları hukuk yahut hâkimin kendi hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak suretiyle bulduğu hukuk eğer hâkimin kendi hukukundan farklı ise, bu durumda iç hukuka ait emredici kuralların mevcut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olmaz.

c) Doğrudan uygulanan kurallar (*lois de police*)

Doğrudan uygulanan kuralların[45] ortaya çıkışı refah devleti kavramının yaygınlaşması ile ilişkilendirilmiştir. Devletler, sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri dengelemek amacıyla giderek artan bir şekilde müdahaleci bir tutum sergilemeye başlamış ve bunun sonucu olarak iç hukukta sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı kurallar getirmişlerdir. Doğrudan uygulanan kurallar da bu anlayışın bir yansımasıdır[46].

Doğrudan uygulanan kurallar, genel olarak yerli veya yabancı unsurlu tüm uyuşmazlıklarda uygulanma talep eden belirli bazı emredici kuralları ifade eder[47]. Yine başka bir tanım, "*mahkeme devletinin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından yetkilendirilmeden*

[43] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 181.

[44] Trevor C. Hartley, "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach" **Recueil Des Cours De L'Academie De Droit International,** 1997, s.346.

[45] Doktrinde "müdahaleci kurallar" olarak da isimlendirilmektedir. Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 93 vd.

[46] Bilgin Tiryakioğlu, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s. 30.

[47] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 190.

kendi uygulama alanını talep eden esasa ilişkin iç hukuk hükümleri" şeklinde yapılmıştır[48]. Diğer bir kaynakta doğrudan uygulanan kurallar "*devletlerin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar*" olarak ifade edilmiştir[49]. Bir diğer tanım "*devletin organizasyonunu tanzim etmek veya devletin mali, ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkardığı kurallar*[50]" seklinde yapılmıştır. Son olarak Roma I Tüzüğü'nde[51] bu kurallar "*bir devletin politik, sosyal, ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati olan, bu sebeple uygulama alanına giren tüm uyuşmazlıklara, bu Tüzük gereği sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun, uygulanan emredici kurallar*[52]" olarak tanımlanmıştır[53].

Bu tanımlar çerçevesinde genel olarak ekonominin korunmasıyla ilgili hükümler (kur politikası düzenlemeleri, ihracat sınırlamaları, rekabet hukuku kuralları gibi), sözleşmesel ilişkilerde zayıf tarafı koruyan hükümler (işçiler, kiracılar, tüketiciler gibi) ve ekonomik aktörlerin faaliyetlerini düzenleyen hükümler (bankalar, sigorta şirketleri, taşımacılar gibi) doğrudan uygulanan kuralların tipik örnekleri olarak kabul edilirler. Görüldüğü gibi, bu

[48] Thomas G. Guedj, "The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law, A Comparative Analysis With Modern American Theories", **American Journal of Comparative Law**, Vol. 39, 1991, s. 665.

[49] Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Sayı *30*(1-2), 2010, s. 70-71. Ayrıca diğer tanımlar için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8 vd., Mustafa Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, *Sayı 15*(2), 2011, s. 82-83.

[50] Şanlı, Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, s. 5.

[51] Rome I Regulation, **Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations**. (Çevrimiçi) EurLex: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593 , 25.11.2016.

[52] Ibid. m. 9/1.

[53] Roma I Tüzüğü'nden önce yürürlükte olan Roma Konvansiyonu'nda doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmamıştır. 5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken o sırada taslak halinde olan Roma I Tüzüğü de dikkate alınmakla birlikte Roma Konvansiyonu esas alınmıştır. Dolayısıyla MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kuralların tanımına yer verilmemiştir.

kurallar temel adalet ilkelerini ve ahlaki prensipleri korumaktan ziyade devletin idaresi ve devletle ilişkili faaliyetlerin işleyişini temin etme amacını gütmektedirler[54].

Doğrudan uygulanan kurallar, kural olarak mahkeme devletinin esasa ilişkin kurallarıyla ve bir hukuki ilişkinin yalnızca bir kısmı ile ilgilidir[55]. Bu kurallar ortaya çıktığı anda hâkimin hangi hukukun uygulanacağını araştırması gerekmez, öncelikle bu kuralların uygulanması esastır.

Doğrudan uygulanan kurallar bakımından üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Bunlar, hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, sözleşmenin veya hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) doğrudan uygulanan kuralları[56] ve üçüncü bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarıdır[57]. Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları bakımından değinilmesi gereken husus, bu kuralların özünde emredici kurallar olmalarına rağmen, hâkimin hukukundaki her emredici kuralın doğrudan uygulanan kural sayılamayacağıdır[58]. Yukarıda belirtildiği üzere[59], iç hukuk anlamında emredici kuralların uygulanmasının zorunlu olması sadece yabancılık unsuru olan ilişkide hâkimin hukukunun hukuk seçimi veya kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yoluyla "uygulanacak hukuk" olarak tespit edilmesi halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla hukuk seçimi yoluyla emredici kuralların uygulamasını bertaraf etmek mümkündür. Ancak, hâkimin hukukunun doğrudan

[54] Vischer, "General Course on Private International Law", s. 112; Tiryakioğlu, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 30.

[55] Guedj, "The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law, A Comparative Analysis With Modern American Theories", s. 665.

[56] *Lex causae*'nın emredici kurallarının sözleşme statüsü sonucunda belirlenen hukukun bütün olarak uygulanmasından yola çıkarak zaten uygulanacağı kabul edilir, Roma I Tüzüğü'nde ve MÖHUK'ta bu başlığa ayrıca yer verilmemiş, hâkimin hukuku ve yabancı hukuk olarak ikili bir ayrım yapılmıştır. Bkz. Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış" s. 85, Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", s. 71-72.

[57] Bkz. Roma I Tüzüğü m. 9/3 (sözleşmeden doğan borçların ifa edildiği veya ifa edilmesi gereken devletin doğrudan uygulanan kuralları / overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed) ve m. 9/2 (yargılama yerinin doğrudan uygulanan kuralları / overriding mandatory provisions of the law of the forum). 5718 sayılı MÖHUK'ta da aynı ayrımın benimsendiğini görmekteyiz: Kanunun 6. maddesi Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını düzenlerken, 31. madde "doğrudan uygulanan kurallar" başlığı altında yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarını düzenlemektedir.

[58] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 191.

uygulanan kurallarının uygulanmasının bu yolla engellenmesi söz konusu olamaz. Zira bunlar "*sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun*" geçerli olmaya devam ederler. Bu kuralların uygulanmasının bertaraf edilebilmesi ancak, hukuk seçimi ve yargılama yeri seçiminin birlikte yapılması halinde gündeme gelebilir. Dolayısıyla hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, yabancı bir hukukun kararlaştırılması ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımayan veya benzer bir doğrudan uygulanan kuralı bulunmayan bir devletin yargılama yeri olarak seçilmesi halinde somut olaya uygulanabilir olmaktan çıkabilir[60].

Hâkimin hukukunun ve *lex causae*'nın doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması gerektiği konusunda bir görüş birliğinden söz edilebilir[61]. Tartışma genel olarak yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağı noktasında düğümlenmektedir. Doğrudan uygulanan kuralların sosyal ve ekonomik görevler yüklenerek kamu menfaatlerinin dikkate alınması sonucu ortaya çıkan hukuk normları[62] olduğu, dolayısıyla kamu hukuku ile ilişkili olduğu noktasından hareketle yabancı bir ülkenin kamu hukuku kurallarının hâkim tarafından uygulanamayacağı ileri sürülmektedir[63]. Ancak günümüzde kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının nerede başlayıp nerede bittiği netlikten uzaktır[64]. Doğrudan uygulanan kuralların kamu hukuku karakterli mi yoksa özel hukuk

---

[59] Bkz. Yukarıda "Emredici Kurallar" s. 16 vd.

[60] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 191.

[61] Bkz. Roma I Tüzüğü, m. 9/2; MÖHUK m. 6; Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", s. 71-72; Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış", s. 85.

[62] Çelikel, Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk (14. Bası)**, s. 153.

[63] Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi**, s. 38; Tiryakioğlu, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, s. 34.

[64] Örneğin tüketici sözleşmeleri, tarafları özel hukuk kişileri olan, ancak devletin müdahale yetkisini kullandığı bir sözleşme türüdür. Devletin bu müdahalesi tüketici sözleşmelerini kamu hukuku haline getirmez. Bkz. Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış" s. 89.

karakterli mi olduğu incelemesi bir tarafa bırakılarak anılan hükmün özel hukuk alanında doğurduğu sonuçlara etki tanınması, bu eleştiriyi bertaraf edecektir[65].

İkinci olarak bu kuralların ülkesel nitelikte olduğu ve sadece hukuk düzenine ait olduğu ülke içinde anlam ifade edeceği, ülke dışında işlevsiz kalacağı ileri sürülmüştür. Ancak bu eleştiriye katılmak da mümkün değildir, zira her devlet ülkesel yetkisi kapsamında kural koyup bunları uygulayabilir, kanunlar ihtilafı kuralları da bunlara dahildir. Dolayısıyla bir devlet kanunlar ihtilafı kuralıyla yabancı bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesine olanak veriyorsa, bu noktada kuralın kaynağı olan devlet hukukuna bir müdahaleden bahsedilemez[66]. Netice itibarıyla bu mülahazalar ve devletler arasında gittikçe artan iş birliği sebebiyle yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği yönündeki görüş ağırlık kazanmıştır[67].

Doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınacak yabancı hukukun ne şekilde belirleneceği ise ayrı bir tartışma konusudur. Bu konuda AB hukukunda geçerli olan kanunlar ihtilafı kuralı, Roma I Tüzüğü'nde 9. Maddede yer almaktadır[68]. Maddenin ilk fıkrasında doğrudan uygulanan kuralların tanımı yapılmaktadır[69]. İkinci fıkrada, Tüzük'te yer alan hiçbir hükmün yargılama yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulmasına engel oluşturmadığı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise, *lex fori* ve *lex causae* dışında kalan hukukların doğrudan uygulanan kurallarına hangi şartlar altında etki tanınabileceği düzenlenmektedir:

---

[65] Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi**, s. 40-41.

[66] Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Ibid.

[67] Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış", s. 94.

[68] Roma I Tüzüğünden önce bu konuda geçerli mevzuat hükmü Roma Konvansiyonu'nun 7. maddesi idi. 5718 sayılı MÖHUK'taki ilgili hükmün (m. 31) da esin kaynağı olan bu madde, şu ankinden daha farklı ve Türkiye'de yürüklükte olanla benzer bir düzenleme içeriyordu. Roma Konvansiyonu'nun bu maddesi ve yapılan eleştiriler için bkz. Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 192; Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış", s. 11 vd., Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", s. 74-78.

[69] Bkz. yukarıda s. 19.

"*Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya edilmesi gereken ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getiriyorsa bu kurallara da etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağına karar verilirken konusu, niteliği, uygulanması veya uygulanmamasından kaynaklanacak sonuçlar dikkate alınır*[70]".

Roma I Tüzüğü'nün bu hükmü, 5718 sayılı MÖHUK'un ve Roma Konvansiyonu'nun aynı konuyu düzenleyen hükümlerinden ciddi anlamda ayrılmaktadır. Öncelikle dikkate alınabilecek kurallar bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre sadece "sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hâle getiren" kurallara doğrudan uygulanan kurallar olarak etki tanınabilecektir. Bu bağlamda, örnek olarak, fiyat belirlemeye dönük bir anlaşmayı hukuken "geçersiz" kılan bir hukukun ilgili rekabet hukuku hükümlerine etki tanınabilecektir[71]. Gerek Roma Konvansiyonu'nda gerek MÖHUK'ta böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir. İkinci olarak da, hangi üçüncü devletin hukukunun uygulanabileceği konusunda ciddi bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre "*sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya ifa edilmesi gereken yer*" hukuku uygulanabilecektir. Roma Konvansiyonu ve MÖHUK'ta ise böyle bir sınırlama yer almamakta, sözleşmeyle sıkı ilişki içerisinde olan her hukuka – diğer şartlar da gözetilmek kaydıyla- etki tanınması mümkün görülmektedir. Roma I Tüzüğü ile getirilen bu değişiklik çokça tartışılmış, kimi kaynaklar "keyfi ve ihtiyari[72]" uygulamaya yol açtığı değerlendirilen "sıkı ilişki' kriterinin kaldırılmasını olumlu olarak değerlendirmiş, diğerleri ise kapsamın gereksiz yere daraltılmasının son tahlilde somut olay adaletine ulaşılmasını güçleştireceğini ifade etmişlerdir[73]. Ülkemiz bakımından ise, her ne kadar Roma I

[70] Çeviri için bkz. Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", s. 83.

[71] Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", s. 85.

[72] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 192.

[73] Bu noktada Roma I Tüzüğü uyarınca bir düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanamayacağı durumda kamu düzeni bağlamında dikkate alınabileceği ve bu yolla hükme geçerlilik kazandırılabileceği görüşündeyiz. Bu konuya ilişkin olarak yapılan tartışmalar çalışmamızın kapsamı dışında kalacağından görüş ve değerlendirmeler için bkz. (Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun

Tüzüğü'ndeki değişiklik hukukumuza adapte edilmemiş olsa da, hâkimlerimizin MÖHUK 31. maddenin uygulamasinda "sıkı ilişki" yi değerlendirirken Roma I Tüzüğü'nün 9/3. maddesindeki kriteri dikkate alabileceği düşünülmektedir.

Doğrudan uygulanan kuralların yukarıda belirtilen özellikleri ve uygulamaları dikkate alındığında, bu kuralların devletin düzenleyici rolüyle ilgili olarak taşıdığı endişelerin bir yansıması olduklarını, dolayısıyla değişen yoğunluklarda kamu yararıyla bağlantılı bulunduklarını söylemek mümkündür. Bu kurallar meseleye başkaca bir hukuki değerlendirme yapılmadan önce uygulanma iddiasındadırlar. Özellikle vurgulanması gereken husus, bu anlamda bu kuralların soyut prensiplerden ziyade devletlerin son derece somut politika ve çıkarlarına ilişkin olduğudur[74].

d) Kamu düzeninin türleri

(1) Milli kamu düzeni

Emredici kurallardan ve doğrudan uygulanan kurallardan ayrı olarak her ülkenin kendi hukukuna entegre ettiği kutsal ve ihlaline tahammül edilemez ahlak ve adalet prensiplerinden oluşan ve tarafların sözleşme yoluyla bertaraf etmesini yahut değiştirmesini yasakladığı "milli kamu düzeni" kavramından bahsetmek gerekir[75]. Söz konusu prensipler bazı ülkelerde Anayasa'da, bazılarında ayrı yasalarda düzenlenmiş, çoğu ülkede ise mahkeme kararlarında somutlaştırılmıştır. Bazı yazarlar usule ilişkin kamu düzeni ve esasa ilişkin kamu düzeni olmak üzere iki çeşit kamu düzeninden bahsedilebileceğini, bunlardan ilkinin adil yargılanma hakkı veya hukuki dinlenilme hakkı gibi temel usulî hakları, ikincisinin ise hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi esasa ilişkin konuları kapsadığını ileri

---

MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", s. 83- 86; Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış", s. 113-116.

[74] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 193.

[75] Andrew I. Okekeifere, "Public Policy and Arbitrability Under UNCITRAL Model Law" **International Arbitration Law Review**, Vol. *2*(2), 1999, s. 71.

sürmektedirler[76]. Nitekim Avusturya tahkim hukukunda 2006 yılında yapılan reform ile "usule ilişkin kamu düzeni" ihlali ayrı bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir[77].

Kamu düzeninden sayılan konular devletin değişen çıkarları uyarınca zamanla farklılaşabildiği gibi, toplumun veya yöneticilerin anlayış ve kabullerine göre kolaylıkla şekillenebilir[78]. Belirli bir zamanda belirli şartlar altında kamu düzeniyle ilgili sayılan bir husus, şartların değişmesiyle ilgili devletin gözünde bu niteliğini kaybedebilir. Klasik bir örnek olarak, Soğuk Savaşın hüküm sürdüğü yıllarda Batı Avrupa veya ABD' de yerleşik bir kişi yahut kurumun Varşova Paktı'na üye devletlerin kurumlarıyla hatta yer yer vatandaşlarıyla ticaret yapmaları kamu düzenine aykırı kabul edilirken, şu anda böyle bir sınırlamadan bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla kamu düzeni prensiplerinin her zaman objektif, rasyonel ve değişmez temellere dayandığından bahsetmek oldukça güçtür. Yine devletlerin benimsediği hukuk sistemleri kamu düzeni anlayışlarının şekillenmesinde önemli rol oynar. Şeriat hukukunun benimsendiği devletlerde hâkim olan kamu düzeni anlayışının sosyalist hukuk geleneğine dayanan bir devletin vazgeçilmez kabul ettiği prensiplerden farklı olması beklenir.

Bütün bu değişkenlik ve sübjektiflik dikkate alındığında, esasında her devletin, kendi medeniyetine ya da ticaret hayatına ilişkin *tüm* değer veya kurallarını, başka devletlerin veya onların vatandaşlarının menfaatleri söz konusu olduğunda, konu kendisi veya vatandaşlarıyla

---

[76] Francisco Blavi, "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration" **Arbitration**, *2016*, Vol. *82*(1), s.2, Waincymer Barraclough "Mandatory Rules in International Commercial Arbitration" **Melbourne Journal of International Law**, Vol. *6*(2), 2005, s. 206. Ayrıca milletlerarası kamu düzeni bakımından aynı ayrımın yapılması önerisi için bkz. (International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, 2002), Öneri 1/c.

[77] Franz Schwarz, Helmut Ortner, "Procedural Ordre Public and the Internationalisation of Public Policy in Arbitration" Ed. By Gerald Zeiler, Irene Welser, et al., *Austrian Yearbook on Commercial Arbitration 2008* (s. 133- 220), Vienna, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, s. 133.

[78] Şanlı, Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası),** s. 77; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, s. 163; Dayınlarlı, **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası)**, s. 20.

bağlantılı olsa da, dayatamayacağının farkında olması beklenir. 1974 tarihli *Scherk v. Alberto- Culver*[79] davasında ABD mahkemesi bunu aşağıdaki şekilde ifade etmiştir:

"*Dünya piyasalarında ve uluslararası sularda sadece bizim şartlarımız çerçevesinde, bizim hukukumuz kapsamında ve bizim mahkemelerimiz nezdinde ticaret yapmamız mümkün değildir*[80]".

(2) Milletlerarası Kamu Düzeni

Yukarıda da belirtildiği gibi, devletlerin milli kamu düzeninin tüm gerekliliklerini milletlerarası alanda hâkim kılamayacakları aşikârdır. Ayrıca uluslararası ticaretin yaygınlaştırılması her bir devletin kendi çıkarlarından bağımsız bir alan oluşturulmasıyla mümkün olabilir[81]. Ancak milli kamu düzeninin öyle bazı prensipleri vardır ve bunlar ilgili devlet tarafından öylesine önemli ve vazgeçilmez olarak değerlendirilir ki, ülkeyle herhangi bir şekilde bağlantılı bulunan sözleşme veya hakem kararlarının bu kurallara her şart altında uygun olması aranır. Bu prensipler doktrinde "*milletlerarası kamu düzeni*" başlığı altında ifade edilir.[82] Dolayısıyla milletlerarası kamu düzeni, yargılama yeri devletinin yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkiler hakkındaki politikasına işaret eder[83].

Milletlerarası kamu düzeninin milli kamu düzenine göre kapsamının çok daha dar ve kısıtlı olduğu[84], sadece istisnai hallerde uygulanabileceği ve ilgili devletin hukuk düzeninin gerçekten çok temel prensiplerinin "*adalet duygusunu katlanılamaz derecede incitecek şekilde*" ihlal edilmesi halinde gündeme getirilebileceği ileri sürülmüştür[85]. Bunun dayanağı ise, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın unsurlarından en az birinin yerel mahkeme

[79] (Scherk v. Alberto Culver Company, 1974).
[80] Ibid. s. 520.
[81] Blavi, "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration", s. 13.
[82] Okekeifere, "Public Policy and Arbitrability Under UNCITRAL Model Law", s. 72.
[83] Amokhura Kawharu, "The Public Policy Ground for Setting Aside and Refusing Enforcement of Arbitral Awards" **Journal of International Arbitration**, Vol. *24*(5), 2007, s. 510.
[84] Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası),** s. 480; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)**, s. 271 vd.; Dayınlarlı, **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası),** s. 23.
[85] Schwarz, Ortner, "Procedural Ordre Public and the Internationalisation of Public Policy in Arbitration", s. 120.

devletiyle bağlantısının bulunmaması yahut çok sınırlı bir bağlantıya sahip olması sebebiyle yargılama devletinin bütünüyle yerel politikalarının somut olaya uygulanabilir olmaması olarak açıklanmıştır[86]. Yine milletlerarası kamu düzeninin "*çok sayıda devlet hukukunda ortak olan ve diğer devletlerin de rasyonel yahut medeni beklentilerine aykırı olmayan*" prensipleri içerdiği ifade edilmiştir. Bu prensiplerin tipik örneği adil yargılanma hakkının ihlalidir. Tüm medeni ülkelerde hak ve yükümlülükleri konu alan her türlü yargısal faaliyetin tarafların adil yargılanma hakkına uygun olarak yürütülmesi gerektiği, aksi halde sonucunda verilen hükümle birlikte geçersiz olacağı kabul edilir. Aynı şekilde açıkça taraflı davranan bir hakemin vereceği yahut tehdit yoluyla elde edilen karar da hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde geçersiz olacaktır[87].

Ancak yine de tüm devletlerin bu prensipleri kabul ettiğinden bahsedilemez. Bu kapsamda doktrinde milletlerarası bir kamu düzeninden bahsetmek için erken olduğu, zira gerçek anlamıyla "anasyonel" bir prensipler bütününün var olmadığı, kamu düzeninin içeriğinin ve uygulamasının her bir devlet tarafından kendi ilkeleri çerçevesinde belirlendiği, dolayısıyla en nihayetinde kaynağı ve kapsamı itibarıyla "milli" olduğu ifade edilmiştir[88]. Ancak bu görüşe rağmen belirtmek gerekir ki, bazı hukuk sistemleri bu kavramı hukuklarına adapte etmiş bulunmaktadırlar. Özellikle Fransa, yeni usul kanununda hakem kararlarının milletlerarası kamu düzenine aykırı olması halinde iptal edilebileceğini açıkça düzenlemiştir[89]. Portekiz usul hukukunda da benzer bir hükme yer verilmiştir[90]. Bu kavramı kodifiye eden başka devletler de vardır[91].

---

[86] Kawharu, "The Public Policy Ground for Setting Aside and Refusing Enforcement of Arbitral Awards", s. 510.

[87] Okekeifere, "Public Policy and Arbitrability Under UNCITRAL Model Law", s.72.

[88] Schwarz, Ortner, "Procedural Ordre Public and the Internationalisation of Public Policy in Arbitration", s. 155.

[89] M. 1502 (5).

[90] 1986 tarihli Usul Kanunu m. 1096 (f).

[91] Cezayir, Lübnan ve Kolombiya tahkim hukuklarında da benzer hükümler yer almaktadır. Bkz. Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, s. 323, dipnot 1127.

Bazı ülkelerde de milletlerarası kamu düzeni kavramının yargı kararlarıyla hukukun parçası haline geldiği görülmektedir. Milano İstinaf Mahkemesi 1992 tarihli *Allsop Automatic Inc v. Tecnoski*[92] kararında, milletlerarası kamu düzenini uluslararası hakem kararlarının tanıma ve tenfizinin reddi sebeplerinden biri olarak kabul etmiştir. İngiliz, Alman ve İsviçre mahkemeleri de kamu düzeninin uluslararası uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda çok daha dar yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir[93]. Son olarak Uluslararası Hukuk Derneği (International Law Association- ILA) Milletlerarası Ticari Tahkim Komitesi' nin "Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Bir Engel Olarak Kamu Düzeni" başlıklı çalışmasının Sonuç Raporu'nda, milletlerarası hakem kararlarının tenfizinin reddi sebeplerinden biri olan kamu düzeni kavramından, milletlerarası kamu düzeninin anlaşılması önerilmiştir[94].

Milletlerarası kamu düzeni kavramının lafzı, uluslararası veya uluslarüstü bir kurallar bütününe yahut yeknesak bir standarda dayandığı gibi bir algı oluşturmaktadır. Kavrama getirilen eleştirilerden birisi haklı olarak budur. Bu algı tümüyle yanıltıcıdır. Milletlerarası kamu düzeninin kaynağı uluslararası hukuk değil, aksine bütünüyle milli hukuklardır. Kavramın içeriği ve uygulaması her bir devletin kendi tekelindedir. Nitekim milletlerarası kamu düzeni kavramının kodifiye edildiği Fransa'da dahi ancak "Fransız milletlerarası kamu düzeni" nden bahsedilebileceği, diğer bir deyişle, kavramın Fransız hukuk düzeni tarafından, uluslararası davalarda dahi, ihlaline hiçbir şekilde tahammül edilemeyecek değerler bütünü olarak tanımlanabileceği ileri sürülmüştür[95]. Bu bağlamda milletlerarası kamu düzenini, milli

[92] (Allsop Automatic Inc v. Tecnoski, 1992).

[93] Schwarz, Ortner, "Procedural Ordre Public and the Internationalisation of Public Policy in Arbitration", s. 154.

[94] Söz konusu Sonuç Raporu'nda milletlerarası kamu düzeni kavramının üç unsurdan oluştuğu ifade edilmiştir. Bunlardan ilki adalet ve ahlaka dair temel prensipler; ikincisi ilgili devlet hukukunun temel siyasi, sosyal ve ekonomik menfaatlerini korumayı amaçlayan doğrudan uygulanan kurallar ("lois de police"); üçüncüsü ise söz konusu devletin diğer devletlere veya uluslararası organizasyonlara (BM gibi) karşı ödevlerini yerine getirme yükümlülüğüdür. Bkz. International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, **Final Report on Public Policy As A Bar To Recognition and Enforcement of Arbitral Awards**. New Delhi, ILA, 2002, Öneri 1(d).

[95] Emmanuel Gaillard, John Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, London, Kluwer Law International, 1999, para. 1648; Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 196.

kamu düzeninin bir "alt kümesi" gibi düşünmek gerekir. Milli kamu düzeni nosyonu, uluslararası düzlemde daha dar yorumlanmaktadır[96]. Diğer bir deyişle devletler, milli düzlemde ihlaline asla tahammül göstermedikleri belirli bazı değer ve prensiplerin, yabancılık unsuru söz konusu olduğunda dikkate alınmayabilmesine imkân tanımış olmaktadırlar[97]. Gerçekten de milli kamu düzeninin o devlete has tüm niteliklerini yabancı unsurlara dayatmak, uluslararası ticaretin gelişimine sekte vuracaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi çalışmamızda ayrıntılı olarak ele alacağımız *Mitsubishi*[98] kararında bu durumu şu şekilde açıklar:

> "*uluslararası nezaket kuralları, yabancı ve milletlerarası hakem heyetlerinin yetkinliklerine (duyduğumuz) saygı ve uyuşmazlıkların çözümünde öngörülebilirliğe ilişkin uluslararası bir sistem ihtiyacı konusundaki hassasiyet sebebiyle, ulusal bir düzlemde aksi bir sonuca ulaşabilecek olsak da, tarafların (tahkim) sözleşmelerine geçerlilik tanımamız gerekir."*

Dolayısıyla milletlerarası kamu düzeninin, milli kamu düzenini oluşturan kural ve prensiplerin yabancılık unsuru söz konusu olsa dahi uygulanması elzem görülen alt kümesini ifade ettiği söylenebilir.

(3) Ulusaşırı (*Transnational*) Kamu Düzeni

Milli ve milletlerarası kamu düzenine ek olarak, son yıllarda "*ulusaşırı (transnational)*" kamu düzeni kavramı tartışılmaya başlanmıştır. Ulusaşırı bir kamu düzeni anlayışının varlığını savunanlar, yıllar içinde tüm uluslarda karşılığı olan kural ve uygulamaların ortaya çıktığını ve bunların bir konvansiyonda yazılı olarak yer almamakla birlikte, milliyetinden bağımsız olarak bütün tacirler tarafından hukuk ve uygulama olarak

---

[96] Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı**. (Çeviri: Ali Yeşilırmak, Ismail Esin), Lahey, 2015, (Çevrimiçi) http://www.arbitration-icca.org/media/3/14344084296340/icca_guide_turkish_final.pdf, 31.10.2016, s. 113. Aynı yönde bkz. Dayınlarlı, **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası)**, s. 23.

[97] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 422, Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition),** para**.** 9-32.

benimsendiğini iddia etmektedirler[99]. Bir başka kaynakta ulusaşırı kamu düzeninin "*doğal hukukun temel kuralları, evrensel adaletin prensipleri, milletlerarası kamu hukuku anlamında jus cogens ve "medeni uluslar" tarafından kabul edilen genel ahlaki prensipler*" den oluştuğu ifade edilmiştir[100].

Şimdiye kadar mahkeme kararlarında açıkça ulusaşırı kamu düzeni kavramından bahsedilmemiştir, ancak benzer bir anlayışı yansıtması bakımından İsviçre Federal Mahkemesinin *F., U. v. W. Inc* kararı önemlidir[101]. Bu kararda mahkeme, *evrensel bir kamu düzeni anlayışının* dikkate alınması gerektiğini, buna göre bir hakem kararının ancak tüm medeni ülkelerde kabul edilen temel ahlaki veya hukuki prensiplere aykırı olması durumunda kamu düzenine aykırı sayılabileceği yönünde görüş bildirmiştir[102]. Ayrıca bazı davalarda rüşvet, uyuşturucu ticareti, kaçakçılık ve terörizm gibi belirli işlerin tüm dünyada hukuka aykırı sayıldığını ifade eden kararlar verilmiştir[103].

Ulusaşırı kamu düzeni kavramının içeriğini belirlemek oldukça zor görünmektedir, zira kavramın uygulamasına dayanak oluşturabilecek kaynakların hemen hepsi yazılı olmayan hukuk niteliğindedir. Her ne kadar bazı mahkeme kararlarında[104] BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi dokümanlara ortak değerleri ifade eden metinler olarak atıf yapılsa da, referansların çoğu "*ortak değerler*", "*doğal hukukun ilkeleri*" gibi sınırları belirsiz kavramlardır. Bu durum da mahkemelerin bu konsepte genel olarak şüpheyle yaklaşmalarına sebep olmuştur[105].

---

[98] *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler- Plymouth Inc*., 105 S. Ct. 3346, 3355-57. (1985)

[99] Okekeifere, "Public Policy and Arbitrability Under UNCITRAL Model Law", s. 73.

[100] International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, **Interim Report on Public Policy As a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards**, London, ILA, n.d. s. 7.

[101] (F., U. v. W. Inc, 1994).

[102] Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 795.

[103] Davaların künyeleri için bkz. International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, **Interim Report on Public Policy As a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards**, s.7, dipnot 20.

[104] Bkz. Milano İstinaf Mahkemesi kararı, yukarıda dipnot no. 39.

[105] Schwarz, Ortner, "Procedural Ordre Public and the Internationalisation of Public Policy in Arbitration", s. 157.

Ayrıca tanımı gereği ulusaşırı kamu düzeni, milli ve milletlerarası kamu düzeninin aksine, kaynağını milli hukuklardan değil, herhangi bir milli hukuk sisteminin sınırlarını aşan bir konsensüsten alma iddiasındadır. Böyle bir konsensüse ise hâlihazırda ulaşıldığından bahsedilemez. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu hazırlanırken milletlerarası tahkim yargılaması bakımından New York Konvansiyonu'ndaki anlamıyla (milli) kamu düzeni anlayışının dışına çıkan bir kavramın Kanuna dercedilmesi önerilmiş, ancak bu öneri yeterli bir uzlaşı ve netlik oluşmadığı gerekçesiyle kabul edilmemiştir[106]. Yine International Law Association'ın sonuç raporunda [107], uluslararası konvansiyonlarda kabul edilmiş prensiplerin [108] ulusaşırı kamu düzeninin unsuru olarak değerlendirilebileceği, ancak mahkemelerin her hâlükârda bu kavrama mesafeli oldukları ifade edilmiştir. Her ne kadar bu uluslararası metinler kimi kavramlar üzerinde belirli bir uzlaşıyı temsil ediyorsa da, devletin münhasır yetkisini sınırlama sonucunu doğuracak bir konseptin kabulü için daha somut bir dayanağın varlığı elzemdir. Hukuk sistemlerindeki, ahlak ve adalet anlayışlarındaki farklılıklar ve kültürler arası değişkenlikler, böyle bir somutlaştırmayı zorunlu kılmaktadır.

Bazı yazarlar ulusaşırı bir kamu düzeninin bölgesel düzlemde daha kolay sağlanabileceğini, özellikle tarihi, kültürel ve hukuki geçmişin ve "temel değerlerin" ortak olmasının ortak bir zeminde buluşmayı muhtemel kılacağını iddia etmiş, örnek olarak da Avrupa Birliği'ni vermişlerdir[109]. Özellikle Avrupa Adalet Divanı'nın varlığının, bir "topluluk kamu düzeni"nin tanımlanmasına ve içeriğinin belirlenmesine katkı sağladığı savunulmuştur[110]. Avrupa Birliği'nin supranasyonel (uluslarüstü) bir yapı olması ve AB Hukukunun zaten üye devletlerin iç hukuku haline gelmesinin onu ulusaşırı bir kamu

[106] UNCITRAL 3. Çalışma Grubu Raporu A/CN.9/233 (para. 154).

[107] International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, **Final Report on Public Policy As A Bar To Recognition and Enforcement of Arbitral Awards**, s. 9, öneri 2/b.

[108] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi örnek olarak verilmiştir. Bkz. Ibid. Öneri 2/b, para. 42.

[109] Schwarz, Ortner, "Procedural Ordre Public and the Internationalisation of Public Policy in Arbitration", s. 160.

[110] Bu bağlamda Avrupa Adalet Divanı'nın aşağıda detaylı şekilde değinilecek olan *Eco Swiss* kararı önemlidir, mahkeme burada açıkça kamu düzenine atıf yapmıştır. Bkz. aşağıda s. 149 vd.

düzeninin ortaya çıkıp çıkmadığı konusunda belirleyici bir örnek olmaktan çıkardığı kanısındayız. Topluluk kamu düzeni kendi başına bir vak'a olarak incelenmeyi hak etmektedir[111]. Ancak bu örneği genele teşmil etmek mümkün görünmemektedir.

Ulusaşırı bir kamu düzeni anlayışının kabulü, hukuki öngörülebilirliği arttıracağından uluslararası ticaret bakımından pek çok fayda sağlayacaktır. Özellikle milletlerarası tahkim alanında New York Konvansiyonu ve UNCITRAL Model Kanunu gibi geniş kabul gören metinlerin uluslararası ticaretin işleyişini önemli ölçüde kolaylaştırdığı muhakkaktır. Ancak bunun için, mevcut uluslararası sözleşme, konvansiyon ve yeknesak hukuk metinlerinde yer alan ve dolayısıyla üzerinde uzlaşı sağlanan kavramlardan yola çıkılarak, ulusaşırı kamu düzeni kavramının unsurlarının belirlenmesi ve uluslararası hukukun enstrümanları kullanılarak söz konusu prensiplerin yazılı hale getirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, çoğunlukla Batılı yazarlar tarafından ileri sürülen bu kavramın "*bir grup devletin evrensel olduğunu iddia ettiği nosyon ve prensiplerini tüm uluslara yutturma çabası*[112]" olarak anlaşılması ve dirençle karşılaşması olasıdır.

e) Kamu düzeni ve komşu kavramların karşılaştırılması

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kamu düzeninin genel olarak şu özellikleri taşıdığından bahsedilebilir: Kamu düzeni devletlerin en temel hukuki ve etik prensiplerini koruyan bir güvenlik mekanizmasıdır. İkinci olarak kamu düzeni esasında negatif bir işleve sahiptir, milletlerarası özel hukuk anlamında yabancı hukukun uygulanmasını yahut bir kararın tanınmasını ve tenfiz edilmesini engeller[113]. Üçüncü olarak bu kavram ulusların değişken yapıda olan kültürel, hukuksal, ahlaki ve politik anlayışları ile çok yakın

[111] Özellikle AB rekabet hukuku bağlamında AB kamu düzeni kavramı için bkz. Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, bölüm 7, Christoph Liebscher, "European Public Policy" **Journal of International Arbitration**, Vol. *17*(3), 2000.

[112] Okekeifere, "Public Policy and Arbitrability Under UNCITRAL Model Law", s.73; aynı yönde bkz. Dayınlarlı, **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası)**, s. 93.

bağlantılıdır. Bu bağlamda kamu düzeni kavramı da zaman ve mekân bakımından izafidir. Son olarak kamu düzeni kavramının içeriği büyük ölçüde yargı organları tarafından doldurulur.

Emredici kurallar iç hukuk bağlamında sözleşmeyle değiştirilemeyen kuralları ifade eder, ancak bunların uygulamasını hukuk seçimi yoluyla bertaraf etmek mümkündür. Doğrudan uygulanan kurallar ise yabancılık unsuru bulunan sözleşmelerde dahi uygulama talep eder, hukuk seçimi yoluyla uygulanması engellenemez. Bu kavram kamu düzeniyle bağlantılı olsa da[114] bütünüyle başka bir şeyi ifade eder. Kamu düzeni istisnai olarak uygulanan ve günümüz dünyasında gitgide daha da dar yorumlanan bir kavram olarak, temel değerlerde yansıtılan hukuki ve ahlaki bütünlüğü "korumayı" amaçlar. Doğrudan uygulanan kurallar ise devletin belirli konulardaki politika seçimlerini yansıtır. Devletlerin belirli bazı alanlardaki menfaatlerinin korunması amacı güdülmektedir, ancak bu menfaatlerin temel ve vazgeçilmez değerler olma iddiaları yoktur. Yetkili yabancı hukukun ilgili hükmü araştırılmaya ve hükmün uygulamasının sonuçları değerlendirmeye dahi gerek olmadan uygulama alanı bulurlar. Bu kuralların uygulanması devletin bunları düzenlerken güttüğü amaca da geçerlilik tanınması anlamına geldiği için hâkimin hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanabileceğine dair bir şüphe bulunmamaktadır. Yabancı devletin doğrudan uygulanan kurallarına ise belirli hallerde etki tanınabileceğinin artık genel olarak kabul gördüğünden bahsedilebilir.

Devletler, giderek artan bir şekilde, milli kamu düzenlerine ait prensipleri aynen uygulamak yerine, yabancı unsurlu uyuşmazlıklara milli kamu düzenlerinden "damıttıkları" prensiplerini "milletlerarası kamu düzeni" olarak sınırlı bir şekilde ve negatif bir etkiye sahip

[113] Tahkim yargılaması bakımından kamu düzenine aykırılık bir iptal sebebi de teşkil eder, dolayısıyla hakem kararının icrai anlamda sonuç doğurmasını engeller.

[114] Bu bağlamda, doğrudan uygulanan kuralların mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi aşamasında artık uygulanma talep edemeyeceğini, bu noktadan sonra ancak bir kuralın uygulanmış veya uygulanmamış olmasının olası "zararlı" etkilerini "bertaraf" etmek için kamu düzeni gerekçesinin işletilebileceğini de belirtmek gerekir.

olarak uygulamaktadırlar. Milletlerarası kamu düzeni kaynağı itibarıyla milli hukuka dayansa ve bu anlamda içeriği hukuklar arasında değişkenlik gösterse de, uluslararası düzlemde en azından milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından kamu düzeninin sınırlı olarak işletilmesi konusunda artan bir eğilimin varlığından söz edilebilir. Kaynağını devlet hukukları yerine uluslararası metin ve prensiplerden aldığı iddia edilen ulusaşırı bir kamu düzeninden bahsetmek için ise henüz çok erken olduğu kanaatindeyiz. Ancak milletlerarası ticaretin işleyişi açısından son derece önemli olan yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizinin önündeki en soyut ve sınırları belirsiz engel olan kamu düzeninin içeriğinin netleştirilerek gerçekten ulusaşırı bir kavramın ortaya çıkmasının ticaret hayatını kolaylaştıracağı muhakkaktır.

f) Tahkime elverişlilik ile kamu düzeni ilişkisi

Kamu düzeni, modern hukukun en çok tartışılan kavramlarından biridir. Sözleşme özgürlüğüne getirilen en önemli ve sınırları en belirsiz kısıtlamalardan biri olduğu için hakkında çok sayıda akademik eser verilmiştir. Önceki başlıklarda, her bir kavramdan bu çalışma kapsamında ne kastedildiğinin berraklaşması için, bu kavram ve komşu kavramlar karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu başlık altında ise tahkime elverişliliğin kavramsal olarak ve uygulamada kamu düzeni ile olan ilişkisi ele alınacaktır.

Tahkim bağlamında tarafların sözleşme yapma hürriyetlerinin sınırlandığı en tipik iki hal, tahkime elverişlilik ve kamu düzenidir[115]. Çoğu ulusal hukukta hangi uyuşmazlıkların tahkimde görülüp hangilerinin görülemeyeceğine dair düzenlemeler yer alır. Bu sınırlama ise tahkime elverişliliğin milli yahut milletlerarası kamu düzeninin bir yansıması olmasıyla meşrulaştırılır[116]. Dolayısıyla devletler, kamu düzeni anlayışlarının bir uzantısı olarak, belirli uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceğine karar vermektedirler. Söz konusu

[115] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 153.

uyuşmazlıkların çözümü, ilgili devletin kamu düzeni gereği devlet yargısına hasredilmiştir[117]. Uluslararası alanda New York Konvansiyonu'nun tahkime elverişlilikle kamu düzenini V(2)(a) ve V(2)(b) olarak aynı madde başlığı altında düzenlemesi tahkime elverişliliğin kamu düzenine dayandığı yönündeki inancı kuvvetlendirmiştir[118].

Her ne kadar tahkime elverişliliğin sınırlandırılması meşruiyetini kamu düzeni düşüncesinden alsa da, tahkime elverişliliğin belirlenmesinde tek kriterin kamu düzeni olması düşüncesinden uzaklaşılmıştır[119]. Nitekim uygulamada tahkime elverişliliği düzenleyen yasa hükümlerinde açıkça kamu düzenine atıf yapılması çok nadir görülen bir durumdur[120]. Tahkime elverişliliğin sınırlarının belirlenmesinde kamu düzeninin tek belirleyici olmamasının ilk sebebi, kamu düzeninin yukarıda açıklandığı üzere[121] yol gösterici olmak için fazlasıyla belirsiz bir kavram oluşudur. Kamu düzeninin nelerden oluştuğuna dair herhangi bir ulusal hukuk sisteminde yazılı bir kural bulmak neredeyse mümkün değildir. İkinci olarak bir konunun kamu düzenini ilgilendirmesi durumunda tahkime konu olamayacağını kabul etmek, hakemlerin kamu düzeninden sayılabilecek bir hükmün uygulamasını gerektiren her konunun tahkime elverişsiz kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Nitekim Fransa'da geçtiğimiz yüzyılın ortalarına kadar tahkime elverişliliğe ilişkin usul kanunu hükmü bu şekilde yorumlanıyor ve kamu düzenini ilgilendiren bir hükmün uygulanması gerektiği durumda hakemlerin yetkisiz olacağı kabul ediliyordu[122]. Her hükmün potansiyel olarak kamu yararı düşüncesi ve kamu düzeniyle ilişkilendirilebileceği

---

[116] Lew, Mistelis et al., (**Comparative International Commercial Arbitration**), s. 188; Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Kararda n Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008, s. 319.

[117] Blavi, "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration", s. 12.

[118] Loukas A. Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 1-18), London, Kluwer Law International, 2009., s.8.

[119] Antoine Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe" **Arbitration International**, Vol. 12(3), 1996, s. 374.

[120] Örneğin Fransız Usul Kanunu m. 2060'ta açıkça böyle bir referans yer almaktadır. Tahkime elverişli olmayan alanlar sayıldıktan sonra, genel olarak kamu düzenini ilgilendiren konuların da bu kapsamda olduğu düzenlenmiştir. Fransız hukukundaki durum için bkz. aşağıda s. 179 vd.

[121] Bkz. yukarıda s. 16.

düşünüldüğünde, bu yorum benimsendiği takdirde tahkime elverişli kabul edilecek bir uyuşmazlık tipi bulmanın çok zor hale gelebileceği muhakkaktır[123]. Son olarak günümüzün *"tahkim dostu"* ortamında kamu düzenine ilişkin bir hükmü ilgilendiren her uyuşmazlığın mahkemelerce çözülmeye hasredilmesini meşrulaştırmak çok zor görünmektedir[124].

Bu noktada kamu düzeni ile tahkime elverişlilik arasındaki farklara da dikkati çekmek gerekmektedir. Kamu düzeni ile tahkime elverişliliğin ilk olarak kaynaklar bakımından birbirinden ayrıldığı söylenebilir. Esasında hem milli veya milletlerarası kamu düzeninin, hem de tahkime elverişliliğin kaynağı, daha önce belirtildiği üzere, milli hukuklardır[125]. Ancak kamu düzeni, ilgili hukukların temel prensip ve ilkelerini ifade eden bir kavramdır, bu bağlamda içeriği ve unsurları çoğunlukla somut bir hukuk kuralına dayanmaz. Hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu konusunda ise çoğu hukuk sisteminde yazılı kurallar bulunmaktadır.

İkinci olarak, bir hakem kararının verilmesini müteakiben açılacak iptal davasında veya kararın tenfizinde mahkeme, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın varlığına kanaat getirirse hakemlerin vardığı sonucu değerlendirmeye almadan doğrudan ilgili kararın iptaline veya tenfizinin reddine karar verecektir. Ancak kamu düzenine aykırılığın bulunup bulunmadığı incelemesini yaparken hâkim, münhasıran hakemin vardığı sonucun aykırılığını inceleyecek ve bu doğrultuda bir karar verecektir. Bu ayrım kendisini özellikle New York Konvansiyonu'nda göstermektedir. Konvansiyonun V(2). maddesi aşağıdaki gibidir:

> "2. *Hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyetli makamı tarafından aşağıdaki hallerin mevcudiyeti müşahede edilecek olursa, tanıma ve icra talebi kezalik reddolunabilir.*

[122] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 375, ayrıca aşağıda bölüm no. II.C.1.

[123] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 157.

[124] Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", s.8.

[125] Milletlerarası kamu düzeninin kaynağının milletlerarası ticaret ilkeleri ve teamüller olduğu yönünde bkz. Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 160. Yazarın görüşüne katılmamaktayız,

(a) Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilâf mevzunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması; veya

(b) Hakem kararının tanınma ve icrasının mezkûr memleketin âmme intizamı kaidelerine aykırı olması."

Bu fıkralardan ilki tahkime elverişlilik konusunu düzenlerken, ikincisi kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kamu düzenine aykırılık iki ayrı ret sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu ayrım bilinçli olarak yapılmış, V(2)(b)' deki kamu düzeni istisnasının geniş yorumlanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır[126]. Tahkime elverişli kabul edilmeyen bir uyuşmazlık söz konusu ise bu aşamada tanıma veya tenfiz talebi reddedilecek, hükmün kamu düzeni bakımından incelenmesine gerek olmayacaktır[127]. Nitekim New York Konvansiyonu'nun tahkim anlaşmalarına geçerlilik tanınmasına ilişkin II. maddesinde de benzer bir ayrıma rastlanmaktadır. II. madde metni şu şekildedir:

"1. Akit devletlerden her biri, tarafların, akte müstenid olan veya akti olmayan, muayyen bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, ***hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye taalluk eden*** *ihtilafların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişimlerini mutazammın yazılı anlaşmalarını muteber addeder.*

2. "Yazılı anlaşma" teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.

3. Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı mânâda anlaşma aktettikleri bir meseleye taallûk eden ihtilâfına vaziyed ettiği takdirde, ***anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu*** *tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder."*

---

zira kanaatimize göre milletlerarası kamu düzeni milli kamu düzeninin yabancı unsurlara uygulanan bir "alt kümesidir". Ayrıntılı inceleme için bkz. yukarıda s. 25 vd.

[126] Paulsson, **The 1958 New York Convention in Action**, s. 220.

[127] Ibid. s. 219.

Doktrinde II(3). maddenin genel olarak kamu düzenine aykırılığı ilgilendirdiği[128], bu bağlamda V(2)(a) ile II(1) fıkralarının, V(2)(b) ile de II(3) fıkralarının birbirlerinin paraleli olduğu ifade edilmiştir[129] [130]. Dolayısıyla bu maddenin yorumunda da, V. maddede olduğu gibi, II (1) madde kapsamında tahkime elverişsiz bir uyuşmazlık varsa artık hâkimin II (3) uyarınca inceleme yapmayacağının kabulü gerekir[131].

Tahkime elverişliliğin kamu düzeninden ayrı bir kurum olarak ortaya çıkmasında, yukarıda belirtildiği gibi[132] kamu düzeni istisnasının dar yorumlanmasını sağlama amacının etkili olduğunu söylemek mümkündür. Ancak kamu düzeninden sayılan konuların genel olarak tahkimde görülemeyeceği düşüncesinin evrilerek belirli bazı kategorilerdeki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığının kabulü aşamasına gelinmesinde en önemli etkenlerden biri, *separability* (tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı [133]) ve *kompetenz-*

---

[128] Public Policy in International Arbitration"; s. 799; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 168. Özellikle "*hükümden düşmüş*" (null and void) ifadesinin kamu düzenini ihlal eden anlaşmalar için kullanıldığı kabul edilmektedir. Aksi görüşte olanlar II (3). madde kapsamında sayılan hallerin tümünün sözleşmelerin genel geçersizlik sebeplerini ifade ettiğini ve bunların kamu düzeni ile ilgili bulunmadığını iddia etmektedirler. Bkz. Thomas E. Carbonneau, "The Exuberant Pathaway to Quixotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi" **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. *19*(2), 1986, s. 85; Stewart E. Sterk, "Enforceability of Agreements to Arbitrate: An Examination of the Public Policy Defence" **Cardozo Law Review,** Vol. (2), 1981, s. 481. Ancak her hâlükârda bu iki görüşten hangisi benimsenirse benimsensin sonuç değişmeyecektir, 1. Fıkra kapsamında bir aykırılık tespit edildiği takdirde 3. Fıkra kapsamında bir inceleme yapılmasına gerek olmayacaktır.

[129] W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed.)**, New York, Oceana Publications, 2000, s. 62.

[130] II (1) ve II (3) fikralarinin birlikte ele alınması gerektiğine ilişkin tartışma için bkz. Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 168 vd., Blavi, "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration", s. 12. Bu konuda aksi görüşte olanlar ise, II. maddede kamu düzeninden bahsedilmemesi sebebiyle kamu düzeninin sadece V. madde kapsamında, yani tenfiz aşamasında ileri sürülebilecek bir sebep olduğunu, tahkime elverişliliğin ise hem tahkim sözleşmesinin geçerliliği aşamasında, hem de hakem kararı aşamasında incelenecek bir geçerlilik sebebi olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Carbonneau, "The Exuberant Pathaway to Quixotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi", s. 270.

[131] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 170.

[132] Bkz. yukarıda s. 33-39.

[133] Modern tahkim hukukunda tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olduğu, dolayısıyla esas sözleşmenin yok hükmünde yahut geçersiz olması halinde dahi kural olarak hakemlerin yetkilerinin bu geçersizlik yahut yokluk halinden etkilenmedikleri kabul edilir. Bkz. Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 263; Yeşilırmak, **Türkiye'de Ticari Hayatin ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim- Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, s. 141; Yeşilova, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi** s. 435; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 114.

kompetenz (hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesi[134]) ilkelerinin ülke hukuklarında kabul görmesi olmuştur[135]. Yukarıda belirtildiği üzere özellikle Fransa'da geçtiğimiz yüzyılın ortalarına kadar kamu düzeninden sayılan hükümlerin yorumlanmasını yahut uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıkların, konusu ne olursa olsun, tahkimde görülmeye elverişli olmadıkları kabul edilmekteydi[136]. Bu görüşün ancak ayrıntılarına aşağıda değinilecek olan[137] 1991 tarihli *Ganz*[138] ve 1993 tarihli *Labinal*[139] kararları ile değiştiği görülmektedir. Bu kararlarda mahkeme özetle, hakemlerin uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına karar verme yetkilerinin bulunduğunu, uyuşmazlığın tahkim yoluyla görülebileceğine hükmettikten sonra, uyuşmazlığa uygulanması gereken tüm hukuk kurallarını –bunlar kamu düzenini ilgilendiren hükümler olsa da- uygulayabileceklerini karara bağlamıştır. Dolayısıyla bu kararlarla uygulanacak kuralların kamu düzenine ilişkin olup olmadığının tahkime elverişliliğin belirlenmesinde bir kriter olmaktan çıktığı söylenebilir[140]. Aynı doğrultuda İtalya'da Bologna İstinaf Mahkemesi, bir uyuşmazlığın konusunun üzerinde taraflarca serbestçe tasarruf edilememesinin tek başına tahkime elverişsizlik anlamına gelmeyeceğini hükme bağlamıştır[141]. Son olarak İsviçre Federal Mahkemesi *Fincantieri* davasında uyuşmazlık kapsamında ileri sürülen talebin kamu

[134] Tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız kabul edilmesinin sonucu olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri kabul edilmiştir. Bkz. Lew, Mistelis, & al., **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 332-339; Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**; s. 213-240; Şanlı, Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, s. 573; Yeşilırmak, **Türkiye'de Ticari Hayatin ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim- Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, s. 81; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 160; Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 202.

[135] Fransız Usul Kanunu m. 1458 ve 1466; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178/3 ve 186; Alman Usul Kanunu m. 1040; İngiliz Tahkim Kanunu m. 7 ve 30'da ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/4 ve 7/H' da tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ve hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri prensipleri kabul edilmiştir. Bunun yanında ICC, ICSID, AAA gibi kurumsal tahkim merkezlerinin çoğu da kurallarında bu ilkeye yer vermişlerdir. Bkz. Edward R. Leahy, Carlos J. Bianchi, "The Changing Face of International Arbitration" **Journal of International Arbitration**, Vol. *17*(4), 2000, s. 20.

[136] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 376.

[137] Bkz aşağıda bölüm no. II.C.2.b) ve II.C.2.c).

[138] (Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens, 1991)

[139] (Labinal v. Mors, 1993)

[140] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 377; Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 339.

[141] (Bolonya İstinaf Mahkemesi kararı, 1991)

düzeninden sayılan kuralların uygulanması neticesinde geçersiz sayılmasının tek başına uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu anlamına gelmeyeceği yönünde karar vermiştir[142].

Netice itibarıyla genel olarak kamu düzeni ile tahkime elverişliliğin arasındaki mesafenin gittikçe arttığını söylemek mümkündür[143]. Bu durum hem kamu düzeni gibi esnek bir kavramın milletlerarası tahkim gibi belirliliğe özel olarak ihtiyaç duyulan bir alanda uygulanmasının sınırlanması ihtiyacından; hem de potansiyel olarak hemen her hükmün kamu düzenini ilgilendirebileceği düşünüldüğünde, bu hükümleri içeren tüm uyuşmazlıkların çözümünün sadece devlet mahkemelerinde yapılabileceğinin kabulünün milletlerarası tahkimin yaygın olarak uygulanmasını ciddi ölçüde engelleme olasılığını bertaraf etme amacından doğmaktadır.

Kamu düzeni ve tahkime elverişlilik kavramlarının kaynakları ve sonuçları bakımından da birbirlerinden ayrıldığı görülmektedir. Özellikle yukarıda belirtildiği üzere hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri[144] ve tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilmesi bu sonuca varılmasını kolaylaştırmıştır[145]. Yine bu kavramların farklılaşmasında yukarıda bahsedilen milli kamu düzeni- milletlerarası kamu düzeni ayrımının benimsenmesinin de etkili olduğu düşünülebilir[146], zira yabancı unsurlu uyuşmazlıklar üzerindeki kamu düzeni sınırlamaları azaldıkça devletler daha çok konuyu tahkim alanına açmışlar; başka bir deyişle, tahkime elverişli alanların

[142] (Fincantieri- Cantieri Navali Italiani SpA v. Oto Melara, 1992), karar metni için ayrıca bkz. Tibor Varady, John J. Barcelo III, Arthur T. Von Mehren, **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (4th ed)**, St. Paul, Maine, West Academic Publishing, 2009, s. 245.

[143] David Quinke, "Objective Arbitrability, Article V(2)(a)" Ed. By R. Wolff, **New York Convention Commentary** (s. 381-402), Munich; Oxford; Baden- Baden: C.H. Beck; Hart; Nomos, 2012, s. 385.

[144] Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", s. 27.

[145] Amerika'da ise durum daha farklıdır. Amerikan mahkemeleri, tahkim sözleşmesinin bağımsızlığını kabul etmekle birlikte, hakem mahkemesinin taraflar tahkim sözleşmesinde açıkça aksini öngörmediği sürece kendi yetkisi hakkında karar veremeyeceğini düzenlemektedirler. Amerikan hukukunda tahkime elverişlilikten anlaşılan da aslında budur. Bu konuda belirleyici olan dava, *First Options* davasıdır. (First Options of Chicago, Inc v. Kaplan, 1995) Kararın detaylı incelemesi için bkz. Leahy, Bianchi, "The Changing Face of International Arbitration", s. 21 vd. Amerikan tahkime elverişlilik kavramı için bkz. aşağıda s. 61 vd.

[146] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 177-181.

genişletilmesine milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklardan başlamışlardır [147] . Ayrıca milletlerarası kamu düzeninin ne kadar dar kapsamlı bir kavram olduğu düşünüldüğünde, özellikle ticari nitelikli bir uyuşmazlığın tahkimde görülüyor olmasının tek başına bu kavram kapsamına giren çok temel ahlak ve adalet prensiplerinden birini ihlal etmesi oldukça zor görünmektedir.

Ancak, her hâlükârda kamu düzeni kavramının tahkime elverişlilik ile bütünüyle ilgisiz olduğunu söylemek de mümkün değildir. Tahkime elverişsiz alanların belirlenmesinde devletlerin kamu düzeni prensiplerinden hareket ettiği muhakkaktır. Belirtildiği üzere hâkim görüş, tek başına kamu düzeninden sayılan kuralların uygulanacak olmasının bir uyuşmazlığın tahkimde görülmesine engel olmadığıdır. Artık kamu düzeninden olan bu kuralların uygulanacak hukukun bir parçası olarak hakemler tarafından uygulanacağı kabul edilmektedir[148].

3. Tahkime elverişliliğin gündeme gelebileceği yargılama aşamaları

Tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağı ve bu konuyu düzenleyen kuralların ne şekilde düzenlendiğini ele almadan önce, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının yargılamanın hangi aşamalarında gündeme gelebileceğini ortaya koymak gerekir.

Bu bağlamda potansiyel olarak bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmeye elverişli olup olmadığının dört aşamada ileri sürülebileceğini söylemek mümkündür. İlk olarak hakem mahkemesi nezdinde tahkime elverişsizlik itirazı[149] yapılabilir ki, bu itiraz hakemin kendi

[147] Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 39.
[148] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 376.
[149] Tahkime ilişkin çoğu ulusal mevzuat ve kurumsal tahkim kurallarında münhasıran tahkime elverişlilik konusunda değilse de yargılama yetkisine yönelik itirazların genel olarak esasa ilişkin savunmalardan önce veya en geç ilk cevap dilekçesinde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. Türk MTK m. 7 (H); İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 186/2; Hollanda Tahkim Kanunu m. 1052/2; LCIA Rules 23(3), UNCITRAL Arbitration Rules 23(2).

yetkisi hakkında karar verebilmesi prensibi gereği hakem heyeti tarafından karara bağlanır[150]. İkinci olarak, hakkında bir tahkim sözleşmesi bulunan bir uyuşmazlığın ilk olarak (tahkim başvurusu yapılmadan önce) mahkemeye taşınması yahut tahkime elverişlilik hakkında bir tespit hükmü talep edilmesi halinde[151] konunun mahkeme tarafından değerlendirilmesi söz konusu olabilir[152]. Üçüncü olarak tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığın esasında tahkime elverişli olmadığı bir iptal sebebi olarak iptal davası aşamasında mahkeme nezdinde ileri sürülebilir[153]. Son olarak, verilen bir hakem kararının başka bir ülkede tenfizi gündeme geldiğinde, hâkimin tahkime elverişlilik incelemesi yapması gündeme gelebilir[154].

Görüldüğü üzere bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı sorusu çeşitli aşamalarda (yargılama öncesinde/ sırasında/ sonrasında) ve farklı makamlar önünde (hakem heyeti/ mahkeme) ortaya çıkabilecektir. Konuya hangi hukukun uygulanacağının belirlenmesi de sorunun hangi aşamada ve hangi makam önünde ileri sürüldüğü ile doğrudan ilgilidir.

4. Tahkime elverişliliğin belirlenmesinde uygulanacak hukuk

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinin mümkün olup olmaması sorusuna hangi hukuk çerçevesinde cevap aranacağı, bu sorunun hangi aşamada ve hangi makam önünde gündeme getirildiğine göre değişkenlik gösterebilir[155]. Dolayısıyla, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesi bu ihtimaller ayrı ayrı değerlendirilerek incelenecektir.

---

[150] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 391; Leyla Keser Berber, "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz- Kompetenz)" **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 124.

[151] Bu durum özellikle Amerikan hukukunda "declaratory order" seklinde ortaya çıkabilir; Bkz. John Beechey, "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law" **Arbitration International**, Vol. *12*(2),1996, s. 182.

[152] Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", s. 195.

[153] Hanoatiau, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 875.

[154] Beechey, "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law", s. 182; Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", s. 195.

[155] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 189; Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 392.

a) Tahkime elverişsizliğin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukuk

Doktrinde bir uyuşmazlığın hakemler nezdinde çözümlenmeye elverişli olup olmaması sorusunun tahkim yargılamasında gündeme gelmesi halinde, sekiz farklı hukukun uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmüştür[156]. Bunlar:

1) Taraflardan birinin milli hukuku,
2) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, (*lex causae*)
3) Tahkim yeri hukuku, (*lex arbitri*)
4) Tahkim şartı olmasaydı uyuşmazlığın çözümünde yetkili olacak mahkeme devletinin hukuku,
5) Muhtemel tenfiz yeri hukuku,
6) Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk,
7) 1-6. Maddelerde sayılan iki veya daha fazla hukukun birlikte uygulanması,
8) Hukukun genel ve temel ilkeleri; olarak sayılmıştır.

Bunlar arasında öncelikle uygulanması gereken hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olduğu genel olarak kabul edilmektedir[157]. Bunun sebebi ise, her ne kadar New York Konvansiyonu devletlerin taraf olduğu bir uluslararası hukuk metni olması sebebiyle doğrudan hakemlere uygulanmıyor olsa da, Konvansiyon'un II(1) ve V(1)(a) maddelerinde bu çözümün öngörülmesi ve tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olması sebebiyle kendi hukukunun uygulanmasının amaca daha uygun olmasıdır[158]. Ayrıca bu çözüm, tahkimin taraf iradelerine dayanması prensibiyle de

[156] Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", s. 192.

[157] Hanoatiau, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 879; Aksi yönde görüş için bkz. Stavros L. Brekoulakis, "Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori" Ed.by Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 99-120). London: Kluwer Law International, 2009., para.6-44, Brekoulakis'e göre tahkime elverişlilik tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili bir mesele değildir.

[158] Craig, Park, & Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed.)**, s. 61-62; (Huysal, 2010), s. 353.

örtüşmektedir[159]. Ancak uygulamada genellikle tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca açıkça ve ayrıca belirlenmediği görülmektedir[160]. Bu durumda hakemlerin tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku ne şekilde belirleyecekleri doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, tarafların iradesini yansıtması sebebiyle tahkim sözleşmesine, dolayısıyla tahkime elverişliliğe [161] de uygulanacaktır[162]. Bu görüş özellikle son yıllarda İngiltere'de taraftar bulmakta olan bir görüştür[163]. Bilhassa İngiliz İstinaf Mahkemesinin 2013 tarihli *Sulamerica*[164] kararı bu konuda önemli bir kilometre taşıdır. ARIAS[165] kurallarına göre Londra'da görülen bir tahkim davasında tahkim şartına hangi hukukun uygulanacağı davada karara bağlanması gereken konulardan biri olmuştur. Tahkim şartı, Brezilya hukukuna tâbi bir sigorta poliçesinin bir parçasıdır. Brezilya hukukuna göre ise sigorta ettirilenin rızası olmadan tahkim şartı geçerlilik kazanamamaktadır.

---

[159] Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 55.

[160] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 393.

[161] Brekoulakis, tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden tamamen ayrı olduğunu savunmaktadır. Yazara göre tahkime elverişlilik yargılama yetkisinin varlığına ilişkin bir şarttır, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ise sözleşmesel geçerliliğe ilişkindir, dolayısıyla daha dar kapsamlıdır. Ancak yazar iki kavram arasındaki yakın ilişkiyi de kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki doktrinde çoğunluk bu konuda aksi görüştedir, hâkim görüş uyuşmazlığın esasının tahkime elverişsiz olması halinde tahkim sözleşmesinin de geçersiz olacağı yönündedir, dolayısıyla tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biri de tahkime elverişliliktir. Her ne kadar tahkime elverişliliğin yargılama yetkisine ilişkin bir durum olduğu konusunda Brekoulakis ile hemfikir olsak da, çalışmanın bu kısmında doktrin ve yargıda hâkim olduğu şekliyle tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun tahkime elverişliliği de ilgilendirdiği esasından hareket etmekteyiz. Bkz. Stavros L. Brekoulakis, "Chapter 2 - On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 19-46), London, Kluwer Law International, 2009, para. 2.58- 2.69; karşıt görüşler için bkz. Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 391; Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 3-13 vd.; Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-18; ayrıca (Fincantieri- Cantieri Navali Italiani SpA v. Oto Melara, 1992) davasında da İsviçre Mahkemesi açıkça bu çözümü benimsemiştir.

[162] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 394; Renato Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles" **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 65(3), 2016, s. 685.

[163] Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles"), s. 686.

[164] (Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA and others v. Enesa Engelharia SA and others, 2013)

[165] The Insurance and Reinsurance Arbitration Society.

İngiliz İstinaf Mahkemesi, herhangi bir sözleşmenin hangi hukuka tâbi olacağı belirlenirken izlenen yolun tahkim sözleşmesinin tâbi olacağı hukuk belirlenirken de izleneceğini hükme bağlamış, dolayısıyla taraflarca açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapılıp yapılmadığını kontrol etmiş, eğer böyle bir seçim yoksa sözleşmenin en yakın ve gerçek ilişki içinde bulunduğu hukukun uygulama alanı bulacağını hükme bağlamıştır. Taraflarca tahkim anlaşması için açıkça bir hukuk seçimi yapılmamıştır. İngiliz mahkemesi, bu durumda esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenen Brezilya hukukunun veya tahkim yeri hukuku olarak İngiliz hukukunun zımni hukuk seçimi olarak yahut en yakın ve gerçek bağlantılı hukuk olarak uygulanıp uygulanamayacağını araştırmıştır. Sonuçta, esasa ilişkin hukuk seçimi yapılmasının *kural olarak* zımnen tahkim anlaşması için uygulanacak hukuk seçimi yapıldığı anlamına geleceği yönünde bir karar vermiştir. Ancak bu durum, aksi ispatlanabilir bir karine olarak kabul edilmiştir. Şöyle ki, eğer tahkim yeri olarak başka bir yer seçilmişse ve esasa uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması durumunda tahkim anlaşması geçersiz oluyorsa, bu durumda en yakın ve gerçek bağlantılı hukuk olarak tahkim yeri hukuku tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak ortaya çıkmaktadır. Burada mahkeme, tahkim yeri hukukunun, esas sözleşmeye uygulanmak için seçilen hukukun aksine, zımnen tahkim anlaşmasına da uygulanmak için seçildiğini kabul etmemiş, söz konusu hukuku sadece en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulamıştır[166]. Dolayısıyla tahkim yeri seçimi tek başına tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçimi yapıldığı anlamına gelmemektedir[167]. İngiliz mahkemeleri bu yaklaşımını sonraki *Arsanovia*[168] kararı ile pekiştirmiş, hatta daha ileri giderek, esasa ilişkin hukuk seçiminin örtülü olarak değil açıkça tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçimi olduğu yönünde bir karar vermiştir[169].

[166] Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", s. 687.

[167] Hanoatiau, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 882.

[168] (Arsanovia Limited & others v. Cruz City 1 Mauritus Holdings, 2013)

[169] Ibid., para. 21-23.

Bu görüş, tahkim yeri hukukuna gereken önemi vermemesi sebebiyle eleştirilmiştir. Tahkim yeri hukuku genel olarak tahkim usulünün tâbi kılındığı hukuk olduğundan, tahkime ilişkin diğer konular gibi tahkim sözleşmesinin de daha yakın ilişkide olduğu bu hukuk altında değerlendirilmesinin öngörülebilirliği arttıracağı ileri sürülmüştür[170]. Ayrıca tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin esas sözleşmeye uygulanan hukukun doğrudan tahkim sözleşmesine de uygulanmasının önünde bir engel oluşturduğu da açıktır. Gerçekten de tahkim anlaşmasını esas sözleşmeyle bu kadar iç içe değerlendirmek, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı düşüncesini anlamsızlaştırarak, onu esas sözleşmenin organik bir parçası haline getirme ve nihayetinde kaderini esas sözleşme ile birlikte belirleme riski taşımaktadır. Nitekim *Sulamerica* davasında dahi mahkemenin tahkim anlaşmasının esasa ilişkin hukuktan ziyade usul hukukuyla çok daha yakın bağlantılı olduğunu kabul ettiği de gözden kaçmamaktadır[171]. Tahkim anlaşması esas sözleşmeden bağımsız olduğu ve usul hukuku ile daha yakın bir bağlantıya sahip bulunduğu halde tarafların neden esasa uygulanacak hukuku seçmiş sayılmaları gerektiğini izah etmek güçtür.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açıkça seçilmemiş olması halinde ikinci yaklaşım, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine, dolayısıyla tahkime elverişliliğe uygulanmasıdır. Bu yaklaşımın genel olarak uluslararası tahkimde tercih edildiğini söylemek mümkündür[172]. Bu tercihin sebeplerinden ilki, New York ve Cenevre Konvansiyonlarında açıkça tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde *lex arbitri*' nin yetkilendirilmiş olmasıdır[173]. Her ne kadar

[170] Piero Bernardini, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause" Ed. By. Albert J. Van den Berg, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, **ICCA Congress Series** (s. 197-203), London, Kluwer Law International, 1999., s. 201.

[171] (Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA and others v. Enesa Engelharia SA and others, 2013), para. 29 ve 32.

[172] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 197; Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)** s. 111; Eric Schwartz, "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC" **ICSID Review- Foreign Investment Law Journal**, Vol. *9*(1), 1994, s. 27; Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", s. 192.

[173] Bkz. New York Konvansiyonu m. V(1)(a); Cenevre Konvansiyonu m. IX(1)(a).

bu Konvansiyonlar tahkim yargılamalarında doğrudan uygulanmasa da, yol gösterici olmaları açısından önemli bir referans olarak kabul edilmektedir. İkinci olarak, tahkim anlaşmasının ifa yerinin tahkim yeri olması sebebiyle, en yakın bağlantıda bulunduğu hukuk tahkim yeri hukukudur[174]. Taraflarca bir tahkim yeri seçilmemiş olması halinde ise bir görüşe göre en yakın bağlantılı hukuk, *Sulamerica* davasında ortaya konduğu gibi, esasa uygulanacak hukuk olacak[175]; diğer bir görüşe göre ise bu durumda hakem veya tahkim kurumu tarafından belirlenen tahkim yerinin hukuku taraflarca seçilmiş gibi uygulanır olmaya devam edecektir[176]. Üçüncü olarak, tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe ilişkin kurallarının dikkate alınması, hakem kararının bu sebeple iptalinin önüne geçilmesini sağlayacaktır[177]. Son olarak, tahkim yeri hukukuna öncelik vermek uygulamada tahkim dostu yaklaşıma (*in favor arbitrandum*) en uygun olan tutum olarak kabul edilmektedir[178].

Mahkeme kararlarında da bu yaklaşımın izlerini görmek mümkündür. Yine İngiliz mahkemeleri nezdinde görülen *XL Insurance v. Owen Corning*[179] davasında, sigorta poliçesinde yer alan ve tahkim yerinin Londra olarak belirlendiği, esasa da New York hukukunun uygulanacağını ifade eden tahkim şartına, tarafların iradesinin bu yönde olduğundan hareketle, İngiliz hukuku uygulanmıştır[180]. Sigorta hukukunu ilgilendiren başka bir uyuşmazlıkta da[181] hâkim, özel bir hukuk seçimi yapılmadığı sürece tahkim anlaşmasıyla

[174] Bernardini, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", s. 201; Philip Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, London, Kluwer Law International, 2006, para. 5-07.

[175] Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", s. 702

[176] Bernardini, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause" s. 201.

[177] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 360.

[178] Homayoon Arfazadeh, "Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited" **Arbitration International**, Vol. 17(1), 2001, s. 74.

[179] (XL Insurance v. Owen Corning, 2000)

[180] Ancak burada bir nüanstan bahsetmek gerekir. Tahkim şartında sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların *1996 (İngiliz) Tahkim Kanunu uyarınca* Londra'da görüleceği ifadesi yer almaktadır. Mahkeme bu belirlemeyi tarafların tahkim sözleşmesine münhasıran İngiliz hukukunun uygulanmasını istedikleri yönünde bir gösterge olarak değerlendirmiştir.

[181] (C v. D, 2007)

en sıkı ilişkide bulunan hukukun tahkim yeri hukuku olduğu sonucuna ulaşmıştır. Singapur Yüksek Mahkemesi 2014 tarihli *FirstLink* kararında[182],

> "*tarafların iradelerinin uyuşmazlığın esası ile tahkim sözleşmelerini aynı hukuka tabi kılmak olamayacağı, çünkü sözleşmenin ifası ve esas ilişkinin bozulması halinde ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü şeklinde iki farklı hukuki ilişkinin söz konusu olduğu ve bunların kural olarak iki farklı hukuka tabi olduğu" ve "esas ilişkinin bozulması halinde tarafların yansızlık arzusunun ortaya çıkacağı ve tahkime uygulanmak üzere seçilen usul hukukunun esasa uygulanacak hukuka nazaran öncelik kazanacağı*",

Gerekçeleriyle tahkim yeri hukukunun öncelik kazanacağına hükmetmiştir.

Tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanmasına karşı çıkan görüşlerin en önemli dayanak noktası, tahkim yerinin çoğunlukla olayla veya taraflarla bağlantısı olmayan yahut çok sınırlı olan bir devlet olmasıdır[183]. Yine buna bağlı olarak tahkim ile tahkim yeri arasındaki ilişkinin çok sınırlı olması halinde, ilgili diğer hukukların tümüne göre tahkime elverişli olan bir konunun sadece tahkim yeri hukukuna göre tahkime elverişsiz olmasının adil sonuçlar doğurmayacağı ileri sürülmüştür[184]. Bu yaklaşımın tersi de geçerlidir: Özellikle İsviçre hukuku gibi tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuku bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralıyla [185] düzenleyen ülkeler, tahkime elverişliliğin sadece bu hukuka göre kararlaştırabileceğini, diğer tüm yabancı hukukların etkisiz olacağını düzenlemektedir. Uyuşmazlığın tahkim yeriyle yakın bir bağlantıya sahip olmaması bu durumda milletlerarası özel hukuk anlamında adil olmayan bir sonucun ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Bu bağlamda bir görüş, tahkime elverişliliğin tespitinde hakemlerin tahkim yeri hukukunu sadece uyuşmazlığın tahkim yeri ile yer itibarıyla bir bağlantısının bulunması halinde dikkate

[182] (FirstLink Investments Corp Ltd. v. GT Payment Pte Ltd. and others, 2014)

[183] Schwartz, "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC", s. 26.

[184] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 367'de Meyer ve Moss'un bu yöndeki görüşlerine değinmiştir.

[185] İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 177/1. maddesi, ekonomik bir değer içeren tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu düzenlemektedir.

alması gerektiği yönündedir[186]. Dolayısıyla hakemlerin şu iki sorudan hareket etmeleri gerektiği savunulmuştur:

1) Tahkim yeri hukukunun, uyuşmazlığın konusunun münhasıran kendi mahkemelerinde görülmesine yönelik bir hükmü var mı?

2) Varsa, bu hüküm somut olayda uygulanabilir mi[187]?

Bu sorulara olumsuz cevap verildiği durumda hakem heyetinin tahkime elverişlilik bağlamında tahkim yeri hukukuyla bağlı olmayacağı iddia edilmiştir. Ayrıca bu durumda tahkim yeri devletinin tahkime elverişliliğe ilişkin hükümleri ihlal edilmemiş olacağından kararın bu sebeple iptal edileceği konusunda da bir endişe taşınmaması gerektiği öne sürülmüştür[188]. Bu görüş, tahkime elverişsizliğin sadece mahkemelerin münhasır yetkisinin tesis edildiği hallerde söz konusu olacağını, dolayısıyla bütünüyle bir yetki meselesi olduğu fikrinden yola çıkmaktadır[189]. Ancak ulusal mahkemelerin tahkime elverişliliğe her zaman bu pencereden yaklaştığını söylemek zor görünmektedir. Tüketici sözleşmeleri gibi doğası gereği zayıf tarafın korunması amacıyla tahkime elverişsiz olduğu kabul edilen alanlarda devlet mahkemeleri kendi yetkilerinin varlığını iddia etmeseler de bu alanların tahkime kapalı olduğu sonucuna ulaşabileceklerdir. Bu durumda hakemin kararı iptal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır.

Tahkim yeri hukukunun tahkim sözleşmesine uygulanmasına karşı çıkanların kullandığı bir diğer argüman da, tahkim yerinin taraflarca kararlaştırılmadığı durumlara ilişkindir. Bu durumda hakemlerin veya tahkim kurumlarının seçtiği yerin taraflarca seçilmiş sayılmasının, tarafların hakemlerin veya tahkim kurumlarının dünya üzerinde nereyi tahkim

[186] Brekoulakis, "Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", s. 111, Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", para.1-37.

[187] Bu noktada özellikle uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmamasının söz konusu değerlendirmede etkili olup olmayacağı araştırılmalıdır.

[188] Brekoulakis, "Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", s. 111.

[189] Aynı yönde bkz. Arfazadeh, "Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited".

yeri olarak seçeceklerini tahmin etmelerinin –imkânsız değilse de- zor olmasından dolayı, bir belirsizlik üzerinde anlaştıklarını varsayma anlamına geleceğini, bunun da hayatın olağan akışına ters düşeceği ifade edilmiştir. Bu durumda tarafların somut bir irade koydukları noktalardan –esasa ilişkin hukuk seçimi gibi- hareket etmenin daha doğru olacağı görüşü savunulmuştur[190].

Tahkime elverişliliği değerlendirirken hakemlerce uygulanmaya aday hukuklardan birinin de muhtemel tenfiz yeri hukuku olduğu ileri sürülmüştür[191]. Buna göre uyuşmazlık konusunun tenfiz yeri hukukuna göre tahkime elverişli olmaması durumunda, tenfizinin reddedilmesi gündeme gelebilecektir[192]. Hakemin icra edilebilir bir karar vermek konusunda en azından ahlaki bir yükümlülüğü[193] bulunduğunu göz önüne alan bu görüş uyarınca, hakemler muhtemel tenfiz yeri hukukunun tahkime elverişliliğe ilişkin hükümlerini de dikkate almalıdırlar. Ancak uygulamada hakemlerin bu sebeple yetkisiz olduklarına karar vermek konusunda isteksiz oldukları görülmektedir[194]. Bunun ilk sebebi muhtemel tenfiz yerinin çoğunlukla belirsiz olmasıdır[195]. Ayrıca muhtemel tenfiz yeri belirlenebilse ve o ülke hukukuna göre uyuşmazlık konusu tahkime elverişsiz olsa bile malların bulunduğu üçüncü bir ülkede tenfiz imkânı her zaman söz konusu olabilecektir[196]. Böyle bir imkân bulunduğu takdirde hakemin yükümlülüğünün, tarafları kararın belirli bir ülkede tenfiz edilmesiyle ilgili karşılaşabilecekleri sorunlara ilişkin olarak uyarmaktan öteye gitmeyeceği savunulmuştur[197]. İkinci olarak, milletlerarası tahkimde kararların çoğuna gönüllü olarak uyulmakta olduğundan

[190] Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", s. 684.

[191] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 559; Redfern, Hunter, Blackby, et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition),** para. 2-128.

[192] Özellikle New York Konvansiyonu'nun V(2)(a) maddesi uyarınca.

[193] ICC Tahkim Kuralları (2012)'nin 41. maddesinde Divan ve hakem kuruluna kararın hukuken icra edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf etme yükümlülüğü getirilmiştir.

[194] Örnek olarak bkz. ICC dava numarası: 2476, 104 Clunet 936 (1977) 937; ICC dava numarası: 4604, X YBCA 973 (1985) 975.

[195] Eric A. Schwartz, Yves Derains, **Guide to the ICC Rules of Arbitration (2nd Ed.)**, London, Kluwer Law International, 2005, s. 386.

kararın tenfizi hiç gündeme gelmeyebilir [198] . Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesince *Fincantieri* kararında belirtildiği üzere[199], milletlerarası ticari tahkimi uyuşmazlık çözüm yolu olarak tercih ederken taraflar kararın tenfiz edilmemesi riskine katlanmalı ve bu olasılığı her zaman göz önünde bulundurmalıdırlar. Dolayısıyla hakemin bu hukuku dikkate almasına bir engel bulunmasa da, hakeme tenfiz yeri hukukunun tahkime elverişliliğe ilişkin hükümlerini dikkate alma yükümlülüğü getirilmesi anlamlı olmayacaktır[200].

Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk bakımından bir diğer yaklaşım da, hakemin konuyu hukukun genel ve temel ilkeleri yahut uluslarüstü prensipler bağlamında çözüme kavuşturmasıdır. Bu görüş, hakemin, hâkimin aksine herhangi bir hukuk düzeninin parçası olmaması ve bir *lex fori*' si bulunmaması temeline dayanır[201]. Herhangi bir hukuk düzeninin bekçisi olmayan hakem, kararını 'gerçekten' milletlerarası kamu düzeni anlayışı altında verebilir[202]. Bu konuda tahkim uygulamasinda geçen yıllar içinde hatırı sayılır bir noktaya ulaşıldığı iddia edilmiştir[203]. Özellikle *Dow Chemical* tahkim davasında verilen karar bu konuda önemli bir örnektir[204]. Tahkim yeri Fransa olan bu davada hakem heyeti, ICC Tahkim Kurallarının hakemlere kendi yetkilerini belirlerken herhangi bir milli hukuka dayanma zorunluluğu getirmediğini vurgulamış ve sadece 'tarafların ortak iradesine' dayanarak yargılama yetkisi hakkında karar vermiştir. Hakem mahkemesinin bu yaklaşımı Paris Temyiz

---

[196] Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", para. 1-36.

[197] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 399.

[198] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration,** para.9-33.

[199] (Fincantieri- Cantieri Navali Italiani SpA v. Oto Melara, 1992), para. 3d.

[200] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik** s. 371.

[201] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para.559; Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 398; Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 197.

[202] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 59.

[203] Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", para. 1-38.

[204] (Dow Chemical Company v. ISOVER Saint Gobain, 1982)

Mahkemesince de açıkça kabul görmüştür[205]. Yine bu doğrultuda verilen başka hakem kararları da mevcuttur[206].

Ancak bu yaklaşıma ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Öncelikle herhangi bir hukuk sistemine dayanmamanın "öngörülemez ve keyfi" sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceği iddia edilmiştir[207]. İkinci olarak, yukarıda belirttiğimiz üzere[208] tüm hukuklarca kabul edilen "uluslarüstü" bir kurallar bütününün var olmadığı, "milletlerarası" kamu düzeninin ise ancak devletlerin kendi milli hukuklarının yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarına uyguladığı kısmı olduğunu, dolayısıyla sonucu itibarıyla son derece 'milli' olduğu ileri sürülmüştür[209]. Nitekim konusu itibarıyla oldukça benzer olan[210] *Peterson Farms* kararında ICC hakem heyeti tahkim anlaşması için taraflarca ayrı bir hukuk seçimi yapılmamasından dolayı geçerliliğinin tarafların ortak niyetine göre belirleneceğine hükmetmiş ve bu doğrultuda bir karar vermiş, ancak İngiliz mahkemesi iptal davasında sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçilen hukukta hakem heyetinin yetkisinin tahkim sözleşmesine taraf olmayanlara uzanabilmesi imkânı veren bir hüküm bulunması gerektiğine, böyle bir hüküm bulunmadığı için de kararın iptaline karar vermiştir[211]. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin de aynı yönde yeni sayılabilecek bir kararı mevcuttur[212]. Dolayısıyla hakem heyetlerinin *anasyonel* yaklaşımı, mahkemeler tarafından kabul görmemiştir. Milli hukuk sistemlerine dayanmadan verilen yetki kararlarına getirilen en önemli eleştiri de bu noktada ortaya çıkmaktadır: mahkeme devleti hukukunda konuya ilişkin bir emredici hüküm

[205] Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", s. 697.

[206] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 235-236; Schwartz, Derains, **Guide to the ICC Rules of Arbitration (2nd Ed.)**, s. 113.

[207] Blessing, Marc: "Choice of Substantive Law In International Arbitration" **Journal of International Arbitration**, Vol. *14*(2), 1997, s.40-41.

[208] Bkz yukarıda bölüm no. 2.1.2.4,

[209] Beda Wortmann, "Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System" **Arbitration International**, Vol. 14(2), 1998, s. 101-102.

[210] Her iki dava da tahkim şartının üçüncü kişilere teşmil edilip edilemeyeceği ve 'perdenin kaldırılması' doktrinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir.

[211] (Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd, 2004)

yer aldığı takdirde yahut söz konusu devletin "tahkime elverişlilik" anlayışı hakemlerin "gerçek" milletlerarası kamu düzeni nosyonundan – eğer tanımı yapılabilir ise- daha dar olduğu takdirde karar kolaylıkla iptal edilebilecektir[213]. Bu sebeple bu yaklaşımın da genel olarak "riskli" kabul edildiği söylenebilir.

Netice itibarıyla, hakem heyetleri tahkime elverişliliğe hangi hukuku uygulayacağına karar verirken eğer taraflarca tahkim sözleşmesine uygulanacak bir hukuk belirlenmişse o hukuku, eğer böyle bir hukuk belirlenmemişse tahkim yeri hukukunu dikkate almalıdırlar. Bu yöntem New York Konvansiyonu ile getirilen çözümle uyumlu olduğu gibi, tarafların iradeleri ile tahkim sözleşmesinin ifa yeri olan tahkim yerinin kural olarak uyuşmazlık ile en yakın ve gerçek bağlantılı hukuk olması esaslarını dikkate almakta ve milletlerarası özel hukuk adaletinin ortaya çıkmasına yardımcı olmaktadır. Bu avantajlara bu yolla iptal davası aşamasındaki muhtemel problemlerin önüne geçilecek olması da eklenebilir. Ancak her hâlükârda, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukta yahut muhtemel tenfiz yeri hukukunda tahkime elverişliliği engelleyen meşru ve objektif bir düzenleme bulunması halinde, hakemin görevini en iyi şekilde yapması ve objektif iyiniyet çerçevesinde icra edilebilir bir karar vermesi esaslarından hareketle bu düzenlemeleri de dikkate alarak söz konusu kuralları ihlal etmeme yönünde bir çaba göstermesi, bu bağlamda da tarafları konuyla ilgili olarak bilgilendirmesi beklenebilir[214].

---

[212] 8 Mayis 2014 tarihli Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararı, No. III ZR 371/12, bkz. Nazzini, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles", s. 698.

[213] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para.9-30; Wortmann, "Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System", s. 101-102; Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", para. 1-38; Bernardini, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", s. 201-202.

[214] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 374-375, aynı yönde bkz. Brekoulakis, Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", para. 6.45-6.47.

b) Tahkime elverişsizliğin mahkeme önünde ve hakem kararı öncesinde ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukuk

Tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüş bir uyuşmazlığın esası hakkında hakem heyeti tarafından bir karar verilmeden önce aynı uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi durumunda mahkemenin söz konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını hangi hukuka göre belirleyeceği doktrinde ciddi tartışmalara sebep olmuş bir konudur. Bu noktada öncelikle ikili bir ayrıma gitmek gerektiği düşüncesindeyiz: tahkime elverişliliği inceleyecek mahkemenin tahkim yeri mahkemesi olması ya da başka bir devletin mahkemesi olması, uygulanacak hukuk bakımından farklı sonuçlar doğurabilecektir. İlk halde uyuşmazlık konusu tahkim yargılaması hâkimin devleti bakımından "yabancı" bir tahkim sayılmazken ikinci halde yabancı bir tahkim yargılaması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla ilk halde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda hâkimin hukuku ön plana çıkarken, ikinci halde uluslararası sözleşmeler, bu bağlamda New York ve Cenevre Konvansiyonları devreye girecektir.

(1) Tahkime elverişliliğin tahkim yerindeki mahkeme tarafından değerlendirilmesi halinde uygulanacak hukuk

Tahkim yerindeki mahkeme nezdinde açılan davada hâkimin tahkime elverişlilik incelemesini kendi hukukuna göre yapacağı yaygın olarak kabul edilmektedir[215]. Sorun, tahkime elverişlilik konusunda maddi bir hukuk kuralı bulunmayan hukuklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Örneğin İsviçre'de tahkime elverişlilik için getirilen kriter uyuşmazlığın

[215] Aşağıda açıklayacağımız görüşler çerçevesinde bu halde de *lex fori*' nin sınırlı olarak uygulanması gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur, bkz. Brekoulakis, Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori" Para. 6-15 – 6-25.

"ekonomik bir değer içermesi" dir[216]. Bu bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralıdır ve uyuşmazlığı nihai olarak karara bağlar; uyuşmazlığın konusunun tahkime elverişli olup olmadığının belirlenmesi için başka bir hukuka bakmak gerekmez[217].

Ancak konuyu bu şekilde maddi bir hukuk kuralıyla çözüme kavuşturmayan, Türk hukukunda olduğu gibi tahkime elverişlilik için "taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edebilme" veya İtalyan hukukunda görüldüğü üzere "üzerinde sulh olabilme" gibi ölçütler getirilen hukuklarda bir kanunlar ihtilafı incelemesi yapılması gerekir[218]. Bu noktada tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların neler olduğu uygulamada çoğunlukla tahkim yerinin uyuşmazlık konusu esas sözleşme için belirlediği kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuka göre belirlenmektedir. Bu da konuya yabancı bir hukukun uygulanabileceği anlamına gelmekte ve hâkimi zor bir analizle karşı karşıya bırakmaktadır[219]. Dolayısıyla, aşağıda da açıklanacağı üzere, tahkime elverişliliği maddi hukuk kurallarıyla belirlemenin daha doğru olduğu bağlamındaki görüş gittikçe daha çok taraftar kazanmaktadır[220].

---

[216] Bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 177/1.

[217] Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes,", s. 194.

[218] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**; örnek olarak Belçika Usul Kanunu m. 1676(1), İtalyan Medeni Usul Kanunu m. 806 ve Fransız Medeni Usul Kanunu m. 2059 ve 2060 verilebilir.

[219] Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", s. 193; Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para.9-25; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 388. Bir diğer yaklaşım da İsveç hukukunda karşımıza çıkar. İsveç bu konuda 'ikili' bir yaklaşım benimsemiş, uyuşmazlığın hem tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuka hem de hâkimin hukukuna göre tahkime elverişli olması gerektiğini düzenlemiştir. Bkz. İsveç Tahkim Kanunu m. 49.

[220] Bkz. aşağıda s. 61 vd.

(2) Tahkime elverişliliğin tahkim yerinden başka bir devlet mahkemesi tarafından değerlendirilmesi halinde uygulanacak hukuk

Tahkime elverişliliğin tahkim yeri mahkemesi dışında[221] bir mahkeme nezdinde değerlendirilmesi, söz konusu tahkimin hâkimin hukukuna "yabancı" bir tahkim yargılaması olması anlamına gelmekte ve uluslararası sözleşmeler uygulama alanı bulmaktadır. Tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağı konusunda en açık düzenleme, Cenevre Konvansiyonu'nun VI (2). maddesinde yer almaktadır. Buna göre hâkim tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğine ve bu bağlamda tahkime elverişliliğe öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuku (m. VI(2)(a)), böyle bir anlaşma yoksa tahkim yeri hukukunu (m. VI(2)(b)), tahkim yeri tespit edilemiyorsa da kendi hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit ettiği hukuku (m. VI(2)(c)) uygulayacaktır. Ayrıca hâkime, kendi hukukuna göre uyuşmazlık tahkime elverişli değilse bu hukukları dikkate almaksızın doğrudan tahkim anlaşmasının tanınması talebini reddedebilme hakkı da maddenin son fıkrası ile verilmiştir (m. VI (3)). Bu fıkranın çok sınırlı hallerde işletilmesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir[222]. Bu noktada Cenevre Konvansiyonunun New York Konvansiyonuna göre çok daha az sayıda ülke tarafından imza edildiğini, dolayısıyla uygulamada New York Konvansiyonu'nun uygulanmasının gerektiği hallerin çok daha fazla olduğunu belirtmek gerekir[223].

New York Konvansiyonu bakımından ise durum oldukça karmaşıktır. Konuyu düzenleyen II. madde üzerinde çetin tartışmalar yapılmıştır. Bunun başlıca sebebi,

[221] Uygulamada genellikle bu taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesi olmaktadır, bkz. Brekoulakis, "Chapter 6- Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", para. 6-15.

[222] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 398; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 379.

[223] New York Konvansiyonu ile Cenevre Konvansiyonu'nun her ikisini de imza eden ülkeler bakımından ise "in favor arbitrandum" ilkesi çerçevesinde tahkimi mümkün kılan çözümü getiren metnin öncelemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 398.

Konvansiyonun tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuku sadece tanıma ve tenfiz bağlamında düzenlemesi, ancak hakem kararından önceki aşama bakımından bir çözüm getirmemesidir[224]. Kural olarak mahkemenin tahkim sözleşmesine etki tanıma yükümlülüğü sadece tahkime elverişli bir uyuşmazlığın bulunması halinde söz konusudur. Konvansiyonun II (3) maddesi şu şekildedir:

> *"Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı mânâda anlaşma aktettikleri bir meseleye taallûk eden ihtilâfına vaziyed ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder."*

"İşbu maddenin anladığı manada" ifadesinden konumuz bağlamında kastedilen ise maddenin birinci fıkrasıdır. Buna göre:

> "*Akit devletlerden her biri, tarafların, akte müstenid olan veya akti olmayan, muayyen bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek,* ***hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye taalluk eden ihtilafların*** *tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişimlerini mutazammın yazılı anlaşmalarını muteber addeder.*"

Dolayısıyla birinci fıkrada tahkime elverişli uyuşmazlıklardan bahsedilmiş, ancak bunların hangi hukuka göre belirleneceği sorusuna cevap verilmemiştir. Bu da uygulamada farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

İlk yaklaşım Konvansiyonun V(2)(a) maddesinin kıyasen hakem kararı öncesi aşamaya da uygulanmasıdır. Buna göre mahkeme, tahkime elverişliliğe anılan maddede öngörüldüğü şekilde (muhtemel) tenfiz yeri hukukunu uygulamalı ve bu hukuk doğrultusunda

[224] Yeşilova, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Kararda Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, s. 325.

bir karar vermelidir[225]. Ancak bu hukuk çoğunlukla önceden belirlenebilir değildir, dolayısıyla bu çözüm pratik olmaktan uzaktır[226].

İkinci yaklaşım ise hakem kararı öncesindeki tahkime elverişliliğin esasında tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartı olması sebebiyle Konvansiyonun tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartına uygulanacak hukuku düzenleyen V(1)(a) maddesine göre bir inceleme yapılması yönündedir[227]. Bu yaklaşımla tahkim sözleşmesinin geçerliliği –gerek tarafların rızasının geçerliliği gerek tahkime elverişlilik yönünden- tek bir hukuka tâbi kılınmaktadır[228]. Dolayısıyla tahkime elverişliliğe öncelikle taraflarca tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçilen hukuk, böyle bir hukuk yoksa tahkim yeri hukuku uygulanacaktır.

Bu yaklaşıma getirilen en önemli eleştiri, tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin farklı konular olması ve bunların aynı hukuk altında değerlendirilemeyeceğidir[229]. Buradan yola çıkarak üçüncü bir alternatif öneren yazarlara göre tahkime elverişlilik sadece mahkemelerin yetkisini ilgilendiren bir konudur, diğer bir deyişle, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ancak bir devlet mahkemesinin kesin yetki iddia etmesi halinde gündeme gelir. Bunun sebebi de tahkime elverişliliğin esasında yargılama yetkisine ilişkin bir konu olmasıdır[230]. Nezdinde dava açılan mahkemenin yargılama yetkisi ise hakkında münhasıran kendisinin karar verebileceği bir konudur; tahkim

[225] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 399.

[226] Nitekim aşağıda da değinilecek Meadows davasında Amerikan mahkemesi, New York Konvansiyonu'nun niyetinin tenfiz yeri hukukunu sadece tenfiz aşamasında etkili kılmak olduğunu, nitekim hazırlık çalışmalarında Alman delegasyonunun II (3). madde için de tenfiz devleti hukukuna atıf yapılması talebinin görüşülerek reddedildiğini ortaya koymuştur. Bkz. (Meadows Indemnity Company Limited v. Baccala & Shoop Insurance Services Inc., 1991)

[227] (Brüksel İstinaf Mahkemesi kararı, 1985); Domenico Di Pietro, "Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention." Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**, s. 85-98, London, Kluwer Law International, 2009, para. 5-30.

[228] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 400; Di Pietro, "Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention.", para. 5-21.

[229] Arfazadeh, "Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited", s. 80; Brekoulakis, "Chapter 6- Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", s. 104.

[230] Cenova İstinaf Mahkemesi de *Fincantieri* davasında aynı yönde görüş belirtmiştir: Mahkemeye göre tahkime elverişlilik doğrudan yargılama yetkisini ilgilendiren bir konudur ve mahkeme yargılama yetkisinin yokluğuna ancak kendi hukukuna (lex fori) dayanarak karar verebilir. Bkz. (Fincantieri- Cantieri Navali Italiani

yeri hukuku gibi üçüncü bir ülke hukuku bu konuda söz sahibi olamaz[231]. Dolayısıyla mahkemeler tahkime elverişlilik sorusuyla hakem kararı öncesi aşamada karşılaştıklarında öncelikle kendilerinin uyuşmazlık üzerinde münhasır yetkilerinin bulunup bulunmadığını tespit etmelidirler[232]. Eğer böyle bir yetkileri varsa –ki bunun tespiti *lex fori*' nin uygulanması demektir- o halde tahkim anlaşmasını geçersiz kabul ederek davaya bakmalıdırlar. Aksi halde, tahkime elverişliliği herhangi bir hukuk sistemine göre değerlendirme ihtiyacı hissetmeden konuyu doğrudan hakemlere havale etmeli ve konunun incelenmesini –başvuru yapıldığı takdirde- tenfiz mahkemelerine bırakmalıdırlar[233]. Özetle bu görüş tahkime elverişliliğin sadece *lex fori* bağlamında incelenebileceği iddiasındadır[234].

Son olarak Amerikan mahkemeleri *Meadows* davasında[235] tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda "uluslararası ölçekte" bir değerlendirme yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme New York Konvansiyonu'nun II(1) maddesini bir maddi hukuk kuralı olarak ele almış ve hükmün uluslararası nitelikte ve bağımsız bir tahkime elverişlilik kavramına işaret ettiğini iddia etmiştir[236]. Bu bağlamda tahkime elverişliliği yorumlarken Konvansiyonun ticari tahkim anlaşmalarının tanınmasını kolaylaştırma amacının ve Amerikan devletinin tahkim dostu politikalarının göz önüne alınması gerektiği esasından hareket etmiş ve bunlar dikkate alındığında bu madde uyarınca tahkime elverişsizliğin son derece dar yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla Amerikan mahkemesi, II (1). Maddedeki tahkime elverişlilik sınırlamasının sadece tahkim anlaşmasının kendisinin (i) hata, hile, tehdit gibi uluslararası kabul görmüş bir irade sakatlığına konu olması, veya (ii)

SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 1994)

[231] Arfazadeh, "Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited", s. 82.

[232] Brekoulakis, "Chapter 6- Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", s. 103-104; Arfazadeh, "Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited", s. 81.

[233] Brekoulakis, "Chapter 6- Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", s. 107.

[234] Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**,, para. 182; Di Pietro, "Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention.", para. 5-21; detaylı inceleme ve örneklendirme için ayrıca bkz. Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 389-396.

[235] (Meadows Indemnity Company Limited v. Baccala & Shoop Insurance Services Inc., 1991).

[236] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-12.

mahkeme yerinin temel politikalarına aykırı olması, hallerinde geçerli olacağını hükme bağlamıştır[237].

Sonuç olarak, uygulamada hâkimlerin – genelde detaylı bir analiz yapma gereği duymadan- doğrudan konuyu kendi hukukları çerçevesinde karara bağladıklarını söylemek mümkündür[238]. Konuya ilişkin tartışmaların devam ettiği ve kesin bir sonuca ulaşılamamış olduğu göz önüne alındığında, doktrin ve uygulamada yapılan analizlerin tamamen doğru veya tamamen yanlış olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Ancak kanaatimizce tüm bu görüşler arasında öncelik kazanan yorum, bu aşamada tahkime elverişliliğin belirlenmesi konusunda hâkimin hukukuna öncelik tanınmasıdır. Gerçekten de tahkime elverişliliğin, her ne kadar tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile daha yakın bir ilgisi bulunsa da, yargılama yetkisiyle olan doğrudan ilişkisini de kabul etmek gerekir. Özellikle tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile tahkime elverişliliğin New York Konvansiyonu'nda tenfiz bağlamında ayrı maddeler altında düzenlenmesi, bu noktada tahkime elverişliliğin ayrı değerlendirilebilmesi imkânını vermektedir[239].

Daha önemlisi, Amerikan mahkemesinin de *Meadows* davasında ortaya koyduğu üzere, Konvansiyonun tahkim anlaşmasına mümkün olduğunca geçerlilik sağlama amacı ve *in favor arbitrandum* ilkesi bu yoruma öncelik verilmesini sağlayabilir[240]. Zira tahkime elverişliliğin sadece tahkim sözleşmesinin geçerliliği kapsamında incelenmesi, Cenevre Konvansiyonunda da düzenlendiği üzere, hâkimin kendi hukukunu uygulamasına engel olmayacak, ancak ek olarak tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk çerçevesinde de bir inceleme yapılmasını gerektirecektir[241]. Ayrıca hâkimin, tahkim sözleşmesine uygulanacak

[237] (Meadows Indemnity Company Limited v. Baccala & Shoop Insurance Services Inc., 1991), s. 686.
[238] Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", para. 1-32; Di Pietro, "Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention.", para. 5-25.
[239] Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", para. 1-33.
[240] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 400.
[241] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-17.

hukuk belirlenmemişse bunun tespiti için harcayacağı zaman ve efor da dikkate alınmalıdır. Bunların yerine hâkimin, münhasıran kendi hukukuna göre[242] yetkisinin varlığını tespit etmediği hallerde konunun çözümünü hakem heyetine bırakmasının[243] amaca daha uygun bir çözüm olduğu kanaatindeyiz[244]. Her hâlükârda, iptal davası ve tenfiz aşamalarında konu yetkili mahkeme önüne gelebilecek ve mahkeme –bu kez daha açıkça düzenlenen- yetkili hukuk çerçevesinde incelemesini yapacaktır[245].

c) İptal davası ile tanıma- tenfiz aşamasında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk

İptal davası aşamasında tahkime elverişliliğin gündeme gelmesi halinde hâkimin konuyu kendi hukukunu uygulamak suretiyle karara bağlayacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Özellikle UNCITRAL Model Kanunun 34(2)(b)(i) maddesi bu konuda net bir çözüm ortaya koymaktadır[246]. Ancak kimi zaman sorun, hakemin tahkime elverişliliğe yabancı bir hukuku uygulaması halinde ortaya çıkmaktadır. Kural olarak hakemin vardığı sonuç elbette mahkemeyi bağlamaz; mahkeme, kendi değerlendirmesini kendi hukuku uyarınca yapmaya yetkilidir[247]. Ancak hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken uyuşmazlığın kendi devleti ile olan bağlantısını dikkate alarak kendi hukukunda tahkime elverişsiz olsa da

[242] Bernardini, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", s. 200.

[243] Brekoulakis, "Chapter 6- Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", para. 6-25.

[244] Hanoatiau, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 884.

[245] Türk doktrininde MTK'da hakem kararı öncesinde tahkim yerinin yabancı ülke olarak belirlendiği tahkim şartının varlığına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından bir boşluk bulunduğu ifade edilmiş; bu boşluğun tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkim yargılamaları bakımından konuyu düzenleyen MTK'nın 4/4. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması önerilmiştir. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 325-326.

[246] Türk tahkim hukukunda bu hükmün karşılığı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15(A)(2)(a) maddesidir.

[247] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 403.

hâkimin devletiyle hiçbir bağlantısı bulunmayan uyuşmazlıklar bakımından daha esnek bir inceleme yapması tahkim dostu bir yaklaşım teşkil edecektir[248].

Hakem yabancı hakem kararının tanınması veya tenfizi gündeme geldiğinde, taraf ülkeler bakımından New York Konvansiyonu uygulama alanı bulacaktır. Konvansiyonun V(2)(a) maddesi, tanıma- tenfiz aşamasında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuku tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlemiştir[249]: Hâkim, kendi hukukunu uygulayacaktır. Ancak hâkim kendi hukuku uyarınca tahkime elverişsiz bir konu söz konusu olsa dahi kararın tenfizini bu sebeple reddetmek zorunda değildir. Hâkim uyuşmazlığın kendi ülkesinde icrasının tahammül edilebilir sonuç doğurup doğurmadığına bakmalı[250], kendi hukukunun tahkime elverişsiz kıldığı alanları kategorik olarak olayda aramak yerine somut olayın koşullarını değerlendirmelidir. Nitekim dünyadaki genel eğilim de, V (2)(a)'daki istisnanın mümkün olduğunca dar yorumlanmasıdır[251]. Konvansiyonla hâkime getirilen esnekliğin sebebi de bunun sağlanabilmesidir.

5. Tahkime elverişliliğin çeşitli hukuklardaki görünümleri

a) Genel kurallar

Her devlet, kendi siyasi, sosyal ve ekonomik politikaları doğrultusunda hangi konuların tahkimde görülebileceğine karar verme konusunda özgürdür[252]. Münhasıran tahkime elverişlilik konusunu düzenleyen bir uluslararası anlaşmanın henüz mevcut olmaması da, bu konunun çok farklı şekillerde düzenlenmesine yol açmıştır. Bazı devletler hangi uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceğini düzenlemişler, bazıları tahkime konu

[248] Brekoulakis, "Chapter 6- Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", s. 107; (Huysal, 2010), s. 412-414; Mistelis, "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives", para. 1-37.

[249] Brekoulakis, "Chapter 6- Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", para. 6.30.

[250] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 411.

[251] Hanoatiau, "The Law Applicable to Arbitrability", s. 885; Di Pietro, "Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention.", para. 5-38.

[252] Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 2.127; Deren Yıldırım, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", s. 52.

olamayacak uyuşmazlıkları listelemişler, bazıları ise bu konuda somut bir kural koymayarak meselenin çözümünü bütünüyle yargıya emanet etmişlerdir[253]. Özellikle Kara Avrupası hukuku bakımından iki temel yaklaşımdan söz etmek mümkündür.

Bunlardan ilki, tahkime elverişliliğin tespitini somut ve derhal uygulanabilir maddi milletlerarası özel hukuk kurallarıyla düzenlemektir. Bu yaklaşımın altında, uluslararası tahkimin milli olanlardan ziyade milletlerarası çıkarları temsil eden bir kurum olması sebebiyle uluslararası karakterine uygun kural ve prensiplerle daha etkin bir şekilde yönetilebileceği inancı yatmaktadır[254].

Bu yaklaşımın başlıca temsilcisi İsviçre'dir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 177. maddesi, malvarlığı ilişkilerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla hakemler veya taraflar tahkime elverişliliği belirlerken esasa uygulanacak hukuka veya ilgili başka bir hukuka yönlendirilmemekte, başka bir hukukun veya –hatta- İsviçre iç hukukunun konuya ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulmasının önüne geçilmektedir[255]. İsviçre'nin uluslararası nitelikteki tahkim davaları bakımından bu yaklaşımının en somut örneklerinden biri *Fincantieri* davasında verilmiştir[256]. Bu davada İsviçre Federal Mahkemesi, malvarlığından kaynaklanma kriterinin "*taraflardan en azından biri için parasal olarak ölçülebilen bir hakkın söz konusu olması"* anlamına geldiğini ifade etmiş, bu bağlamda tarafların uyuşmazlık konusunda tasarruf edip edememelerinin bir ölçüt olmadığını belirtmiştir[257]. Bu bağlamda esas sözleşmenin ticari yahut medeni ilişkileri ilgilendirmesinin yahut konunun medeni hukuka, idare hukukuna yahut kamu hukukuna, hatta uluslararası kamu hukukuna ilişkin

[253] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-19; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 28.

[254] Arfazadeh, "Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited", s. 75.

[255] Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany" s. 34. Bu bağlamda aşağıda değinilen *Fincantieri* kararında diğer hukuklardan kaynaklanan tahkime elverişlilik engellerinin sorumluluğunun taraflarda bulunduğu ifade edilmiştir.

[256] (Fincantieri et al. v. M., 1992)

[257] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 382.

olmasının bir önemi yoktur[258]. Yine Almanya'da Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 1030. maddesi tahkime elverişliliği İsviçre'deki gibi ekonomik değer içerme kriterine bağlamıştır. Ekonomik değer içermeyen uyuşmazlıklar bakımından ise tarafların üzerinde sulh olabilmeleri kriteri aranmaktadır[259].

Kara Avrupası hukuku bakımından tahkime elverişliliğin düzenlenmesinde ikinci yaklaşım, uyuşmazlıkların üzerinde tasarruf edilebilen yahut üzerinde sulh olunabilen konulardan kaynaklanması kriteridir. Buna göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar yahut üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilir[260]. Dolayısıyla tahkime elverişliliğin belirlenmesi için bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmiş olmaktadır[261]. Tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri veya sulh olabilecekleri uyuşmazlıkların neler olduğu ise çoğunlukla tahkim yeri hukukunun söz konusu hukuki ilişkiye dair kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasıyla bulunan hukuka göre belirlenir ki bu şekilde bulunan hukuk, yabancı bir hukuk da olabilir[262]. İtalyan Medeni Usul Kanunu'nun 806. maddesi ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1(4). maddesi-kategorik olarak bazı uyuşmazlıkları tahkime elverişsiz kabul ettikten sonra-anılan yaklaşımı benimsemektedir. Yine Belçika Usul Kanunu'nun 1676(1). maddesinde, üzerinde sulh olabilme ölçütünün kabul edildiği görülmektedir. Fransa'da ise daha karmaşık bir düzenleme bulunduğu göze çarpmaktadır. Fransa'da Fransız Medeni Kanunu'nun 2059. maddesi uyarınca uyuşmazlığın hem taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir uyuşmazlığa ilişkin olması, hem de kamu düzenini ilgilendirmemesi aranır[263]. Bu ikili testin her ne kadar tahkime elverişli sayılan alanların azalmasına yol açacağı düşünülebilir ise de,

[258] Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", s. 34.
[259] Alman ZPO m. 1030(2).
[260] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-22; Deren Yıldırım, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", s. 57.
[261] Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", s. 192.
[262] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-25.

Fransız yargısı geliştirdiği "*milletlerarası kamu düzeni*" ölçütüyle tahkime elverişlilik konusunda en liberal ülkelerden biri olarak kabul edilmektedir[264].

Nihai olarak belirtmek gerekir ki, tahkime elverişlilik konusunu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektirecek şekilde çözümleme yaklaşımı, her ne kadar yaygın olarak kabul görse de[265], karmaşık bir kanunlar ihtilafı analizi gerektirebildiği ve tahkimin alanını daralttığı gerekçesiyle kimi yazarlarca "modası geçmiş" olarak nitelendirilmektedir[266].

Amerika'da ise tahkime elverişlilik yazılı hukuk kurallarıyla düzenlenmiş bir konu olmayıp, yargı kararları ile inşa edilmiştir. Ancak kavramın içeriği ve gelişiminin Avrupa'dakinden hayli farklı olduğunu ifade etmek gerekir. İlk fark, tahkime elverişlilik kavramının içeriğine ilişkindir: Amerikan hukukunda tahkime elverişlilik, -aynı kavram kullanılsa da- diğer hukuklardan tamamıyla farklı bir anlam içermektedir[267]. Geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı, tahkim anlaşmasının dava konusu uyuşmazlığı kapsayıp kapsamadığı, kamu düzeninin konunun tahkim yoluyla çözümüne engel olup olmadığı ve tarafların tahkim anlaşması yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı (sübjektif tahkime elverişlilik)[268] gibi konuların tamamı tahkime elverişlilik altında değerlendirilir. İkinci olarak, Amerika'da her ne kadar tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı prensibi kabul edilmişse de[269], hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi konusu oldukça

---

[263] Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", s. 210-212; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 46; Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 195.

[264] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 388; Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", s. 217-221. Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği bağlamında Fransız mahkemelerinin kararlarına aşağıda değinilecektir. Bkz. aşağıda s. 181 vd.

[265] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 29.

[266] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 382. Aynı yönde görüş için bkz. Deren Yıldırım, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", s. 60.

[267] Laurence Shore, "Chapter 4 - The United States' Perspective on "Arbitrability"". Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**, (s. 69-84), London, Kluwer Law International, 2009., s. 69.

[268] Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", s. 28.

[269] (Buckeye Checking, Inc. v. Cardegna, 2006)

tartışmalıdır[270]. Tahkime elverişlilik de hakemin yetkisine ilişkin bir konu olarak kabul edildiğinden, uygulamada konu çoğunlukla mahkemeler tarafından çözümlenmektedir.

Üçüncü olarak, Amerikan mahkemelerinde diğer ülke hukuklarına da yol gösterici şekilde önce yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar bakımından tahkime elverişliliğin sınırları esnetilmiş[271], daha sonra iç hukuk bakımından da aynı noktaya varılmıştır[272]. Son olarak Amerikan mahkemeleri tahkime elverişliliğe ilişkin olarak doktrinde çokça tartışılacak bir kavramı hukuk hayatına kazandırmışlardır. "İkinci bakış" (*second look*) teorisi olarak adlandırılan bu yaklaşıma göre bir uyuşmazlık tahkimde görülse dahi mahkemelerin iptal veya tenfiz aşamasında her zaman devletin politikalarının korunup korunmadığını denetlemesi mümkündür[273]. Uluslararası tahkimin en çok tartışılan konularından biri olan bu teori, hakem kararlarını esastan incelemenin yolunu açtığı[274] ve tarafların hukuk seçimini anlamsız hale getirdiği gerekçeleriyle çokça eleştirilmiştir[275]. Ancak yargı kararları bağlamında gelinen nokta itibarıyla, tahkime elverişsizliğin hakemlerin yetkisinin varlığına ve tahkime başvurulmasına mâni olan ciddi bir engel olmaktan çıktığı söylenebilir[276].

---

[270] Bkz. (First Options of Chicago, Inc v. Kaplan, 1995). Bu davada hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri için taraflarca bu konuda açıkça yetkilendirilmiş olmaları gerektiği kabul edilmiştir. Her ne kadar hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri konusunda *Howsam, Pacificare* ve *Green Tree* davalarıyla bazı ilerlemeler kaydedilmiş olsa da, mahkemeler halen tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği, kapsamı ve kamu düzeninin etkisi gibi konularda esas yetkili makamdır. Bkz. (Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., 2002); (PacifiCare Health Systems, Inc. v. Book, 2003); (Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, 2003); Shore, "Chapter 4 - The United States' Perspective on "Arbitrability", s. 83.

[271] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985); (Scherk v. Alberto-Culver Company, 1974); (The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 1972). Rekabet hukukuyla ilişkili olan kararlar aşağıda ayrıntılarıyla incelenecektir.

[272] (Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp. , 1991); (Shearson/American Express v. McMahon, 1987); (R. de Quijas v. Shearson/Am. Exp., 1989). Rekabet hukukuyla ilişkili olan kararlar aşağıda ayrıntılarıyla incelenecektir.

[273] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985); Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", s. 31.

[274] Thomas E. Carbonneau, Mitsubishi: The Folly Quixotic Internationalism" **Arbitration International**, Vol. *2*, 1986, 116., s. 127-128.

[275] Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", s. 49.

[276] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 38.

b) Tahkime elverişliliği geleneksel olarak sorgulanan uyuşmazlık kategorileri

Yukarıda tahkime elverişliliğe ilişkin yer verilen genel hükümler haricinde hemen her hukuk sisteminde geleneksel olarak tahkime elverişliliği özel olarak sorgulanan alanlar vardır[277]. Bunun sebebi genel olarak bu alanların, genelde ticari uyuşmazlıklar bağlamında gündeme gelseler de üçüncü kişilerin haklarını, belirli idari kurumların münhasır yetkilerini, kamu düzenini, doğrudan uygulanan kuralları yahut bunların tümünü ilgilendirdiğinin kabul edilmesidir [278] . Bu alanlardan rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği bir sonraki bölümün konusu olup, detaylı bir şekilde incelenecektir. Çalışmanın kapsamı gereği tahkime elverişliliği sorgulanan alanlardan fikri mülkiyet, iflas hukuku, tüketici hukuku ve iş hukuku bu başlık altında kısaca incelenecektir. Bu alanlar dışında teminat hukuku[279], rüşvet ve yolsuzluğun söz konusu olduğu davalar[280], şirketler hukuku bağlamında şirketlerin iç işleyişinden doğan uyuşmazlıklar [281] , ambargo ve ihracat sınırlamalarından doğan davalar[282] ve vergi[283] hukukundan doğan davalar, geleneksel olarak

[277] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-41.

[278] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 384.

[279] Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 2-139; Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-48; (Born, 2015), para.37.

[280] Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 2-147 vd.; Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-75 vd. Özellikle Pakistan HUBCO ve İngiliz *Westacre v Jugoimport* davaları bu konuda iki zıt yaklaşımı temsil etmektedir. Bkz. (The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan, 2000) ve (Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd and others, 1999).

[281] Perales Viscasillas, Pilar: "Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 273-292), London, Kluwer Law International, 2009; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 292-332; Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 2-136 vd.

[282] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-68 vd.; özellikle İtalyan ve İsviçre mahkemeleri tarafından farklı şekilde çözüme kavuşturulan Fincantieri davası bu konuda çok önemlidir. Bkz. (Fincantieri- Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 1994); (Fincantieri et al. v. M., 1992).

[283] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 589; Park, William: "Arbitrability and Tax" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 179-206). London, Kluwer Law International, 2009.

tahkime elverişliliği tartışma konusu olan alanlardır. Çalışmamızın kapsamı gereği bunlara değinilmeyecektir[284].

(1) Fikri mülkiyet

Genel olarak fikri mülkiyet hakları, egemen güç tarafından tesis edilen hukuki korumadan doğar. Bu bağlamda hak sahibi, fikri mülkiyet hakkının konusunu kullanmaya ve ondan yararlanmaya hak kazanır. Dolayısıyla genellikle bu hakların tesis edilmesi, hak üzerinde değişiklikler yapılması yahut geri alınması ve hakkın kapsamının belirlenmesi konusunda yetkili bir idari yahut yarı-idari kuruluşun varlığı, hakkın varlığı için gerekli kabul edilir[285].

Fikri mülkiyet haklarından marka ve patent hukuku bağlamında; bunların devri yahut lisans verilmesini konu alan sözleşmelerin geçerliliği yahut ifasına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu genel olarak kabul görmektedir[286]. Buna karşılık marka yahut patent hakkının mülkiyeti veya geçerliliği gibi üçüncü kişileri ilgilendiren, bu bağlamda da tescile tâbi olan hususların tahkim yoluyla çözülemeyeceği konusunda bir fikir birliği

[284] Yine kişi hallerine ilişkin evlenme, boşanma, vs. gibi hallerin tahkime elverişsizliği de hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Ancak bunlar ticari tahkimin alanıyla genelde kesişmediği için bunlara değinilmemiştir. Bunun yanında, Türk hukuku bakımından kira hukuku da tahkime elverişsiz kabul edilen alanlardan birisidir. Konuya ilişkin olarak bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası),** s. 315.

[285] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-64.

[286] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 576; Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 2-131; (Kirry, 1996), s. 385; Anna P. Mantakou, "Arbitrability and Intellectual Property Disputes" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 263-272), London, Kluwer Law International, 2009, para. 13-17; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "**Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları***"* İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2008., s. 148; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)**, s. 91. Nitekim Yargıtay da bir kararında zımnen marka devrinin tespitine ilişkin davanın tahkimde görülebileceğini kabul etmiştir. (Uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini kabul eden ilk derece mahkemesi kararını bu gerekçeyle değil başka gerekçeyle bozmuştur) Bkz. (Yargıtay 11. HD E. 2005/145, 2006).

bulunduğundan söz edilebilir[287]. Ulusal veya uluslararası düzlemde herhangi bir tescile tâbi olmaksızın var olan telif hakkının ise tüm yönleriyle tahkime elverişli olduğu söylenebilir[288].

(2) İflas hukuku

İflas hukuku bağlamında mahkemelerin genel olarak iflasın açılması, süreci yönetme ve iflasın kapanması gibi iflas sürecine ilişkin "temel" konularda münhasıran yetkili oldukları kabul edilir[289]. Bunun yanında, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğu ve normal şartlarda tahkime elverişli bir uyuşmazlığın iflasın açılması ile tahkime elverişsiz hale geleceği de ileri sürülmektedir[290]. Bunun sebebi tahkim sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişilerin iflas sürecinden etkilenecek olmaları ve iflas sürecinin herkes bakımından adil ve kabul edilebilir sonuçlar doğurmasını temin etmek için tek elden yürütülmesi gerektiği konusunda devletlerin duyduğu kuvvetli inançtır[291]. Ancak bu inanç, iflas hukukuna ilişkin her konunun tahkime kapalı olduğu şeklinde anlaşılmamaktadır. İflasa ilişkin temel konular haricinde kalan hususların tahkime elverişli olduğu tahkim dostu olarak bilinen hukuk sisteminde kabul edilmektedir[292].

Amerika'da Massachusetts İflas Mahkemesi'nin verdiği *SONATRACH v Distrigas* kararı "temel" iflas konularından sayılmayan hususlara ilişkin bir örnek içermektedir[293]. Buna

---

[287] Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", s. 200; Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 576; Mantakou, "Arbitrability and Intellectual Property Disputes", para. 13-12; Bozkurt Yüksel, "**Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları***"*, s. 149; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)**, s. 91.

[288] Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 2.132.

[289] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 577; Redfern, Hunter, Blackby et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 2-141; "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 385, Christoph Liebscher, "Insolvency and Arbitrability" Ed. By Loukas A. Mistelis, & Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 165-178). London, Kluwer Law International, 2009, para.9-7.

[290] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-56; Eda Cerrahoğlu Balssen, Efe Kınıkoğlu, "Drafting Arbitration Agreements and Arbitrability" Ed. By Ismail Esin, Ali Yesilirmak, **Arbitration in Turkey** (s. 37-48), London, Kluwer Law International, 2015., s. 46; Liebscher, "Insolvency and Arbitrability", para. 9-8.

[291] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-55; Liebscher, "Insolvency and Arbitrability", para. 9-9.

[292] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 288.

[293] (Société Nationale Algerienne Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et La Commercialisation des Hydrocarbures v Distrigas Corp, 1987)

göre sözleşmenin sonlandırılmasından kaynaklanan tazminatın belirlenmesi, iflas sürecinin kendisini ilgilendiren bir konu değildir. Ancak yine de iflasa ilişkin hangi konuların temel sayılıp hangilerinin sayılmayacağı konusunda hukuk sistemleri arasında tam bir birlikten söz edilemez[294].

Bu bağlamda iflas sürecindeki her bir talebin tahkime elverişli olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[295]. Bu şekilde somut olayda tahkim yargılamasının iflas sürecinin temel amaç ve ilkelerine zarar verip vermediği değerlendirilebilecek ve gerekirse tahkime ilişkin haklar iflas lehine sınırlandırılacaktır Amerikan İstinaf mahkemesinin bir kararında[296] tahkim anlaşmasına ancak İflas Kanunu'nun amaçlarını tehlikeye atmadığı sürece etki tanınabileceği, bu bağlamda müflise karşı açılan haksız fiil davalarının yahut çok sayıda talep, poliçe ve sigorta edeni ilgilendiren davaların tek bir elden iflas mahkemesince görülmesinin amaca daha uygun olacağı hükme bağlanmıştır[297]. Fransız mahkemeleri de benzer şekilde hakem heyeti kararının ancak Fransız iflas hukukunun "milli ve milletlerarası kamu düzenini" ilgilendiren hükümlerini dikkate almaması halinde iptal edilebileceğini düzenlemiş, dolayısıyla kategorik olarak tahkime elverişsizlikten bahsetmek yerine somut olay bazında bir inceleme yapılması gerektiğine hükmetmiştir[298].

Netice itibarıyla iflas hukukunun "temel" konuları bakımından tahkime elverişlilikten bahsedilemeyeceği geniş olarak kabul görmektedir. Türk doktrini[299] ve Yargıtayı da bu

[294] Liebscher, "Insolvency and Arbitrability", para. 9-8.
[295] Ibid, para. 9-3.
[296] (United States Lines, Inc et al (US) v American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc, et al., 1999)
[297] Ibid. para. 14-16.
[298] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 345.
[299] Turgut Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2010, s. 144; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**; s. 267; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, s. 560; Deren Yıldırım, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", s. 55.

görüştedir[300]. Ancak iflas sürecinde anılan temel konular haricinde hangi hususların tahkime elverişli olacağı milli hukuklar ve yargı kararları çerçevesinde belirlenmektedir.

(3) Tüketici hukuku

Tüketici hukuku, devletlerin hukuki ilişkilerde zayıf tarafı korumak amacıyla doğrudan uygulanan kurallar ve emredici kurallar yoluyla düzenlediği alanlardan biridir[301]. Ancak bu durum, tüketici hukuku ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların otomatik olarak tahkime elverişsiz hale geldiği anlamına gelmemektedir[302]. Burada devletler daha ziyade sözleşmenin güçlü tarafının baskısı olmaksızın, her iki tarafın özgür iradeleriyle tahkim yolunu seçtiğinden emin olmak istemektedirler[303].

Tüketici hukukunun tahkime elverişliliği bakımından iki farklı yaklaşımdan söz etmek mümkündür. Amerikan hukukunda tüketiciler ve tacirler arasında mevcut ve gelecekteki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla görülmesini öngören anlaşmalar kural olarak geçerli kabul edilmekte, ancak müzakere edilmeme veya usulüne göre bildirim yapılmaması gibi sınırlı hallerde bu sözleşmelerin geçersizliği söz konusu olmaktadır[304]. Amerikan Yüksek Mahkemesi pek çok kararda Federal Tahkim Kanunu'nun tüketici sözleşmelerine de uygulanacağı sonucuna varmıştır[305].

Diğer ülke hukuklarında ise durum daha farklıdır. Tüketici uyuşmazlıkları bakımından genel olarak uyuşmazlık öncesi yapılan tahkim kayıtları geçersiz olarak kabul

---

[300] (Yargıtay 19. HD E. 2005/5976). Bu davada Yargıtay, "…*iflas davasında sözleşmedeki tahkim kaydının uygulanmamasında bir isabetsizlik olmadığına …*" hükmetmiştir. Ayrıca Yargıtay başka bir kararında iflas davasına dayanak teşkil eden alacak ilişkisi bağlamında bir yetki şartı yahut tahkim şartı söz konusu ise, söz konusu alacak ilişkisine dair uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yönünde bir karar vermiştir. (Yargıtay 23. HD, E. 2012/192). Karar için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 315.

[301] Günseli Öztekin Gelgel, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 13.

[302] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 385.

[303] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 128.

[304] Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**; para. 40; Quinke, "Objective Arbitrability, Article V(2)(a)", s. 396.

[305] (Allied-Bruce Terminix Co. v. Dobson, 1995); (Green Tree Fin. Corp. v. Randolph, 2000)

edilmektedir[306]. Nitekim Avrupa Birliği'nin Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Direktifi'nde de standart sözleşmelerde yer alan tahkim kaydının tüketiciye yargı yolunu kapatarak münhasıran tahkim yoluna gidilmesini öngördüğü ölçüde geçersiz olduğunu düzenlemektedir[307]. AB Ülkeleri bu hükmü hukuklarına adapte etmişler ve genellikle henüz doğmamış uyuşmazlıklar bakımından öngörülen tahkim şartının geçersiz olacağını düzenlemişlerdir. Kanada, Yeni Zelanda ve Japonya'da durum benzerdir[308]. Nihayet Türk hukukunda[309] ve doktrinde[310] henüz doğmamış tüketici uyuşmazlıklarının ihtiyari tahkim yoluyla çözümlenmeye uygun olmadığı kabul edilmektedir[311]. Ancak uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tüketici tarafından imzalanacak tahkim sözleşmelerinin geçerliliği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır[312].

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından ise farklı yorumlar mevcuttur. Örneğin Fransa'da tacirler ve tacir olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler bakımından tahkim iç hukukta yasaklanmasına rağmen, Paris İstinaf Mahkemesi bir kararında uluslararası tüketici sözleşmelerinin tahkime elverişlilik bakımından diğer uluslararası sözleşmelerle aynı şekilde değerlendirileceğini, dolayısıyla iç hukuktaki sınırlamaların bu sözleşmeler üzerinde herhangi bir etkisinin olmayacağını ifade etmiştir[313].

---

[306] Quinke, "Objective Arbitrability, Article V(2)(a)", s. 395; Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, para. 40.

[307] AB Konseyi Direktifi No. 93/13/EEC, O.J. L 095, 23/04/1993, Ek 1(q).

[308] Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, para. 40.

[309] 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 66. madde ve devamında belirli bir meblağın altındaki uyuşmazlıklar için zorunlu tahkim yolunu öngörmüştür. Ancak 68/5. maddede, söz konusu düzenlemenin tüketicilerin, ilgili mevzuata göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Bundan kasıt, bankacılık sektöründeki müşteri şikâyetleri hakem heyeti gibi yine tüketicilere ilişkin bir mevzuat altında tahkim yapan ancak sektörel bazda hizmet veren kurumlara tüketici hakem heyetleri yerine başvurulabileceğidir. Dolayısıyla bu madde sözleşmede yer alan ve gelecekte ortaya çıkacak uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari tahkime izin verecek şekilde yorumlanamaz. Aynı doğrultuda Yargıtay kararı için bkz. (Yargıtay 13. HD E. 2008/3492, 2008).

[310] Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi", s. 186 vd.; Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 49; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.88.

[311] (Yargıtay 13. HD E. 7789/12275, 2006)

[312] Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi", s. 187 vd.; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 130.

[313] (Paris İstinaf Mahkemesi kararı, 1994)

İç hukuktan kaynaklanan bu sınırlamaların yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar bakımından uygulanmasının doğru olup olmadığı tartışma konusudur. Bir görüşe göre zayıf tarafın korunması amacı bu uyuşmazlıklar bakımından ortadan kalkmamalıdır, zira pahalı ve çoğunlukla uzun süren tahkim yolu öngörmek üretici veya sağlayıcılar tarafından başka bir ülkedeki tüketiciyi hakkını aramak konusunda caydırmak için etkili bir yöntem olarak kullanılabilecektir[314]. Dolayısıyla, bizim de katıldığımız bu görüşe göre, devletlerin zayıf tarafın korunması ihtiyacından kaynaklanan müdahale sebepleri, burada korunan menfaatin ağırlıklı olarak taraf menfaati olduğu da göz önüne alınarak, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından varlığını korumaktadır[315]. Ancak yine de uyuşmazlık bazında bir inceleme yaparak uyuşmazlığın ülke ile bağlantısının değerlendirilmesi ve bu doğrultuda bir karar verilmesi her zaman daha adil bir sonuç doğuracaktır.

(4) İş hukuku

Geleneksel olarak zayıf tarafın korunması düşüncesinin etkili olduğu kabul edilen alanlardan biri de iş hukukudur[316]. Bu bağlamda iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönünde genel bir kabul bulunduğundan söz etmek mümkündür[317]. Bu kabul kendisini zaman zaman çeşitli ülke hukuklarında açık bir hukuki düzenleme olarak da göstermektedir[318]. Yine Fransız Yargıtayı'nın 1985 tarihli bir kararında da aynı yaklaşımın

[314] Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 386.

[315] Öztekin Gelgel, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, s. 54; Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi", s. 187 vd.

[316] Nihal Uluocak, "Fransız Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliği" **Milletlerarası Hukuk Bülteni- Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan**, *Sayı 17*(1-2), 1997- 1998, s. 529; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 205; Kirry, "Arbitrability: Current Trends in Europe", s. 382

[317] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**; Thomas E. Carbonneau, "Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 143 - 164), London, Kluwer Law International, 2009, para. 8-5; Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, para. 39.

[318] İtalyan Medeni Kanunu'nun 806. ve 808/2. maddesi ile Belçika Usul Kanunu'nun 1676/5. maddeleri bu yaklaşıma örnek olarak verilebilir. İtalyan Medeni Kanunu uyarınca işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklar münhasıran iş mahkemeleri önünde çözümlenir; bunlar hakkında tahkime gidilebilmesi ancak toplu iş sözleşmelerinde öngörülmesi, tarafların yargı yoluna gitme imkânını engellememesi ve tahkim şartında hakemlere hak ve nasafet kurallarına göre karar verme imkânı tanımaması halinde mümkün olur. Belçika Usul Kanunu ise, kural olarak İş Mahkemelerinin yetki alanına giren konular hakkında uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce akdedilen tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağını düzenlemektedir.

izleri görülmektedir[319]. Karar konusu olayda Fransız bir işçi ile İtalyan bir işveren arasındaki tahkim şartı içeren iş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilmiştir. İşçi bunun üzerine Fransız mahkemelerinde dava açmış, işveren ise tahkim itirazında bulunmuştur. Sözleşme hukuk seçimi içermediği için mahkeme olaya Fransız hukukunun uygulanacağını saptamış ve her ne kadar uyuşmazlık yabancılık unsuru içeriyor ise de, tahkim şartının Fransız hukukuna göre geçersiz olacağına hükmetmiştir. Burada iş uyuşmazlıklarında zayıf tarafı koruma düşüncesinin mahkemeye kesin yetki ihdas etme seklinde somutlaştığı iddia edilmiştir[320].

Türk hukukunda iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği bakımından ise İş Kanunu'nun 20. maddesindeki düzenleme önem taşımaktadır. Buna göre işçi ile işveren arasında yapılan tahkim sözleşmeleri geçerli olacaktır[321]. Ancak bu genel bir geçerlilik hali değildir: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2004 tarihli kararı uyarınca 20. madde kapsamında "*feshin geçersizliği, işe iade*[322] *ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı*" için hakeme başvurulabilecek, buna karşılık izin ve ücret alacağı gibi 20. Maddede belirtilmeyen haller bakımından iş mahkemelerinin yetkisi devam edecek ve tahkim söz konusu olamayacaktır[323]. Ayrıca sulh ve ibra sözleşmelerinin fesih yanında işçilik haklarının ödenmesine dair hükümler içermesi durumunda, -bu hakların ödenmesinin bir bakıma tahkim şartını içeren ilgili sulh ve ibra sözleşmesinin imzalanmasına bağlanmış olduğu düşüncesinden hareketle- tahkim anlaşması geçersiz olacaktır[324].

Türk doktrininde ise üç temel yaklaşımdan söz etmek mümkündür: İlk görüş, iş davalarındaki uyuşmazlıklar üzerinde tarafların sulh ve kabul yoluyla tasarruf

---

[319] (Chauzy, 1985)

[320] Uluocak, "Fransız Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 529.

[321] "*Fesih bildirimine itiraz ve usulü*

Madde 20- İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. (...) taraflar **anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.**"

[322] Yargıtay'ın sonraki tarihli bir kararı uyarınca işe iade davalarının tahkim yolu ile çözümlenmesi, iş sözleşmesinin feshinden bir tahkim anlaşması yapılması halinde mümkün olacaktır. Bkz. (Yargıtay 9. HD, E. 2008/5830, 2008)

[323] (Yargıtay 9. HD E. 2004/5846, 2004)

[324] (Yargıtay 9. HD E. 2007/35895, 2008)

edebileceklerinden hareketle bunların tahkime konu olabileceğini savunmaktadır[325]. İkinci görüş, tahkim şartının ancak uyuşmazlık ortaya çıktığında ileri sürülebilir hale gelmesinden hareketle başvuran tarafa göre bir ayrım yapmakta, işverenin tahkim yoluna başvurması halinde tahkim şartının geçerlilik kazanmayacağını, buna karşılık işçinin ileri sürmesi durumunda tahkim şartının geçerli olacağını öne sürmektedir[326]. Son olarak bazı yazarlar, içtihat ile aynı paralelde gitmiş ve sözleşmenin zayıf tarafının mahkeme önünde daha etkin şekilde korunacağından hareketle iş uyuşmazlıklarını tahkime elverişsiz kabul etmişlerdir[327].

Bunun yanında, dünyada genel olarak tahkim dostu yaklaşımın (*in favor arbitrandum*) bir yansıması olarak işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar bakımından da tahkimin alanını genişletme eğiliminin arttığı göze çarpmaktadır. Bu konuda önemli bir örnek, Fransız Grenoble İstinaf Mahkemesi'nin bir kararıdır[328]. Bu davada bir Fransız vatandaşı Alman bir alıcıya Fransız şirketindeki çoğunluk hisselerini satmıştır. Satım sözleşmesinde Fransız satıcının şirketin yönetim kurulunda kalmaya devam edeceği ve yönetici olarak görev süresinin bitmesini müteakiben Alman alıcının şirketin Fransız satıcı ile iş sözleşmesi imzalamasını sağlayacağı düzenlenmiştir. Fransız şirket ise bu taahhüde geçerlilik tanımasına rağmen zamanı gelince Fransız satıcı ile iş sözleşmesi akdetmeyi reddetmiştir. Fransız satıcı da bunun üzerinde Fransız iş mahkemeleri nezdinde Fransız şirketi aleyhine dava açmıştır. Konuya ilişkin olarak Grenoble İstinaf Mahkemesi, satıcının da ticari faaliyetlerde bulunan bir kişi olduğunu göz önünde tutarak, yabancılık unsuru bulunan bu iş sözleşmesindeki tahkim şartının geçerli olacağını, ayrıca tahkim şartı bulunmasının satıcı bakımından hakemini seçme imkânı verdiği için daha avantajlı olabileceğini hükme bağlamıştır.

---

[325] Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, İstanbul, Demir Yayıncılık, 2001, s. 5951; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 131.

[326] Uluocak, "Fransız Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 530; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 205-206.

[327] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 131; Nuri Çelik, "İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanmadıkça Geçerli Sayılması (Karar İncelemesi)" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan)**, *Sayı 9*, 2007, s. 25 vd.; Cerrahoğlu Balssen, Kınıkoğlu, "Drafting Arbitration Agreements and Arbitrability", s. 46.

Dolayısıyla olayda mahkeme, korunması gereken "zayıf" bir tarafın bulunmadığını hesaba katmıştır. Gerçekten de her iş sözleşmesinde zayıf bir tarafın bulunduğu varsayımından hareket ederek otomatik olarak iş sözleşmelerinin tahkim yoluna kapalı olduğunu kabul etmek hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilecektir. Bazı ücretlilerin, örneğin yönetim kadrolarının, işverene karşı zayıf durumda bulunduklarını iddia etmek güçtür[329]. Özellikle yabancılık unsurunun bulunduğu hallerde, devletin bu sebeple tahkime elverişliliğe getirdiği sınırlar daha da anlamsızlaşmaktadır[330]. Dolayısıyla iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği bakımından somut olay bazında sübjektif değerlendirme yapılması elzem hale gelmektedir.

Son olarak Amerikan hukukundaki durumdan kısaca bahsetmek gerekir, zira tablo Amerikan hukukunda bütünüyle farklıdır. Amerikan hukukunda tahkime elverişlilik temel olarak sözleşmesel anlamda tahkime elverişsizliği ifade ettiği için, işçi- işveren uyuşmazlıkları bakımından da tartışmalar uyuşmazlık tipi üzerinden değil, sözleşmenin hakkaniyete uygun olması ve icra edilebilirliği üzerinden yapılmıştır[331]. Federal Tahkim Kanunu'ndaki iş uyuşmazlıklarına ilişkin sınırlama, Yüksek Mahkeme tarafından sadece eyaletler arası mal taşımacılığı sektöründe çalışan ulaşım işçilerini kapsar şekilde yorumlanmıştır[332]. Dolayısıyla diğer işçiler ve iş sözleşmeleri bakımından Federal Tahkim Kanunu'ndan kaynaklanan bir sınırlama kalmamış olmaktadır. Zaten iş hukuku bakımından tahkim prosedürü, Federal Tahkim Kanunu'nda değil İşçi- Yönetim İlişkileri Kanunu'nun 301. bölümünde düzenlenmiştir. Yüksek Mahkeme'nin "Çelik İşçileri Üçlemesi (*Steelworker*

[328] (Grenoble İstinaf Mahkemesi kararı, 1993)
[329] Uluocak, "Fransız Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 530.
[330] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 212.
[331] Carbonneau, "Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States", para. 8-5.
[332] (Circuit City Stores v. Adams, 2001); Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, para. 39.

Trilogy) olarak bilinen kararları bu alanı düzenleyen en temel kararlardır[333] Ayrıca Amerikan mahkemeleri, yerel uyuşmazlıklar bakımından dahi, iş hukuku bağlamında sadece zayıf tarafın korunması argümanıyla tahkime elverişsizlik sonucuna ulaşılamayacağı, somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği kanaatine varmışlardır[334].

Amerikan mahkemelerinin bu uyuşmazlıkları tahkime açmakta bu kadar rahat davranmasının arkasında, tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin ve kapsamının, bu bağlamda özellikle irade sakatlığı gibi hallerin *First Options*[335] davasındaki prensiplerden hareketle *kompetenz- kompetenz* prensibi gereği hakemler tarafından değil mahkemeler tarafından değerlendirilebiliyor olmasının rolünün önemli olduğu söylenebilir[336].

6. Tahkime elverişliliğin re'sen dikkate alınması

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının re'sen dikkate alınıp alınamayacağı konusunda ikili bir ayrıma gidilmelidir: İlk olarak hakemlerin tahkime elverişliliği kendiliklerinden inceleyip inceleyemeyecekleri, ikinci olarak mahkemelerin bu konuda nasıl bir tutum izleyebilecekleri değerlendirilmelidir.

Tahkim yargılaması esnasında taraflardan herhangi biri tahkime elverişlilik konusunda bir itirazı gündeme getirmedi ise, bir görüşe göre hakem ancak tahkim yeri hukukunun –milletlerarası- kamu düzenini ihlal eden bir durum varsa tahkime elverişliliği re'sen değerlendirebilecektir[337]. Bu bağlamda 1110 sayılı ICC davasında verilen karar

[333] (United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co., 1960); (United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Co., 1960); (United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp. , 1960).

[334] (Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 1991). Bu davada işçi, işverenin New York Borsası'na kayıtlı sermaye piyasası araçları temsilcisi olduğundan, Mahkeme taraflar arasında bir eşitsizlik bulunduğundan bahsedilemeyeceği, zira işçinin de son derece tecrübeli bir iş adamı olduğunu, dolayısıyla iş sözleşmelerinin tarafların eşitsizliği ön kabulü ile tahkime elverişsiz kılınamayacağını hükme bağlamıştır.

[335] (First Options of Chicago, Inc v. Kaplan, 1995)

[336] Carbonneau, "Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States", para. 8-22.

[337] Hanotiau, "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", s. 393; Mourre, Alexis: "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners** (s. 3-67), London, Kluwer Law International, 2011., para. 1-033.

önemlidir[338]. Bu davada tek hakem olarak görev yapan Hâkim Lagergren, taraflarca hiç gündeme getirilmemesine rağmen, sözleşmenin konusunun kamu düzeni bakımından ve ahlâken kınanması sebebiyle, adaletin etkin şekilde tesis edilebilmesini teminen, kendi yetkisini re'sen incelemekten kaçınamayacağını ifade etmiştir[339].

Bir diğer görüşe göre ise, hakem herhangi bir hukuk düzeninin bekçisi olmadığından, herhangi bir hukuk sistemine karşı bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu sebeple taraflar her şeye rağmen bir uyuşmazlığın hakem önünde görülmesi konusunda anlaşmışlarsa, artık bu noktada kararın sonradan iptal edilecek olmasının veya tenfiz güçlüğünün bir önemi yoktur. Zira hakem heyeti bu hususları taraflar bunlardan vazgeçmediği sürece gözetebilir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşme özgürlüğü bağlamında tahkime elverişliliğe ilişkin uygulanması zorunlu normları değiştirmeleri mümkün değildir. Yasama organı tahkime elverişsiz olarak belirlediği alanları sözleşme özgürlüğü kapsamından çıkarmış olmaktadır. Tahkimin güvenilir bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul görmesi, bir yönüyle çözümü devlet mahkemelerine hasredilecek kadar önemli görülen konulardan kurtulma aracı olarak kullanılmaya imkân vermediği ölçüde doğmaktadır. Hakem bu bağlamda sadece taraflara değil, adaleti gerçekleştirmek bağlamında kamuya karşı da bir ödev üstlenmiş durumdadır[340].

Sonuç olarak hakemin uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı hakkında kendiliğinden bir değerlendirme yapmasının temel hukuk ve adalet ilkelerinin ihlal edildiği durumlarda elzem olduğu kanaatimizce tartışmasızdır. Buna hakemin geçerli bir karar verme yükümlülüğü kapsamında tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe ilişkin hükümlerinin ihlali durumu da eklenebilir[341]. Özellikle hakem bu sonuca taraflarca ortaya konulan bilgi, belge ve deliller ışığında ulaşıyorsa, bu noktada New York Konvansiyonu'nun V(1)(c)

[338] (Argentine engineer v British company, 1987)
[339] Ibid.
[340] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-96, 9-97.
[341] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-036.

anlamında hakemin yetki aşımından (*ultra petita*) bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Zira hakemin yaptığı, ilgili hukuku somut olaya uygulamaktan başka bir şey değildir. Ayrıca *kompetenz-kompetenz* de çoğu hukukta mümkün olduğuna göre, hakemin bu değerlendirmeyi yapması için bir engel bulunmamaktadır.

Ancak yine de hakemin uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini incelerken tarafların sözleşme özgürlüğüne müdahale sayılabilecek ölçüde geniş bir yorum da yapmaması beklenir. Özellikle milletlerarası tahkimde tarafların iptal veya tenfiz talebinde bulunmaksızın kararı rızaen yerine getirebilmelerinin de mümkün olduğu düşünüldüğünde, kesin olarak önceden belirlenmesi çok zor olan muhtemel tenfiz yeri hukukunun tahkime elverişliliğe ilişkin tüm sınırlamalarını harfiyen uygulamak somut olayda tarafların tahkime gitme iradelerini anlamsızlaştırabilecektir[342]. Dolayısıyla hakemlerin tarafların tahkimi uygulanması zorunlu hukuk kurallarını dolanmak için bir yol olarak kullanmasını önleme ile tarafların iradelerine mümkün olduğunca geçit verme arasında adaleti tesis edecek bir denge kurması gerekmektedir.

Mahkemeler bakımından ise, tahkime elverişliliğin modern tahkim hukuklarının önemli bir kısmında re'sen incelenecek iptal sebeplerinden birisi olarak düzenlendiği söylenebilir[343]. Tenfiz prosedürü bakımından da, New York Konvansiyonu uyarınca tenfizi talep edilen hakem kararlarının konusunun tahkime elverişli olup olmadığının tenfiz ülkesi hâkimi tarafından re'sen inceleneceği Konvansiyon'un V(2). maddesinde açıkça düzenlenmiştir[344]. Türk hukukunda New York Konvansiyonu kapsamında olmayan yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen MÖHUK'un 62/2. maddesi de aynı yönde bir düzenleme içermektedir. Dolayısıyla yabancı bir hakem kararının tenfizi talebini inceleyen

[342] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 335.

[343] Bkz. UNCITRAL Model Kanunu m. 34(2)(b)(i); Türk MTK m. 15(A)(2); Alman Usul Kanunu m. 1059(2)(2)(a).

[344] Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-95; Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, para. 43; Quinke, "Objective Arbitrability, Article V(2)(a)", s. 391-392.

Türk hâkimin her durumda uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını re'sen inceleyeceğini söylemek mümkündür[345].

B. Rekabet hukukuna ilişkin konuların tahkime elverişliliği

Rekabet hukuku konularının tahkime elverişli olmadığı uzun yıllar savunulan bir görüş olmuştur[346]. Bu yaklaşımın çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan bazıları rekabet hukukundan, bazıları ise tahkimin, özelde de uluslararası tahkimin mantığı ve düzenleniş biçiminden ileri gelmektedir[347]. Aşağıda bu sebepler ele alınacaktır. Ancak bunları irdelemeden önce, rekabet hukuku ile ilişkili değerleri ve bunların neden korunmaya değer bulunduğunu anlamaya ışık tutmak adına, rekabet hukukunun çıkış noktasına ve amaçlarına kısaca değinilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

1. Rekabet hukukunun tarihsel arka planı ve amaçları

Rekabeti engelleyici uygulamaların ortaya çıkışı, sanılandan çok daha eskidir. Tarihçiler, M.Ö. 3000'li yıllarda dahi Antik Mısır ve Yunan'da tekelci uygulamaların ve bu amaçla yapılan gizli anlaşmaların varlığını doğrulamaktadırlar[348]. Hatta ünlü astronom Thalès'in bilimsel yetkinliğini zeytinyağı üretimi konusunda bölgesel bir monopol oluşturmak için kullandığı Aristo tarafından rivayet edilmiştir[349]. Rekabetin sınırlanmasını yasaklayıcı yönde ilk düzenlemeler de milattan önceki son birkaç yüzyılda Hindistan ve

[345] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 337.

[346] Zheng Sophia Tang, **Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law**, London and New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2014, s. 99; Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**), para. 585; Lew, Mistelis et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 9-41; Lew, Julian. D.: "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 241-262), London, Kluwer Law International, 2009, para. 12-1; Komninos, Assimakis P.: "Arbitration and EU Competition Law" Ed. By Jürgen Basedow, Stéphanie Francq, & Laurence Idot, **International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination** (s. 191-222), Oxford and Oregon, Portland, Hart Publishing, 2012, s. 194; Quinke, "Objective Arbitrability, Article V(2)(a)", s. 394.

[347] Laurence Idot, "Introductory Report" Ed. By Markham Ball, & Pierre Bernardini et al., **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s. 39-67). Paris: ICC Publishing S.A, 1993., s. 46.

[348] Ky P. Ewing, ***Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience***, The Hague, Kluwer Law International, 2003., para. 75-6.

[349] Aristotoles, ***Politika* (6. bası)**, (Çev. Mete Tunçay) İstanbul, Remzi Kitabevi, 2014. Kitabın IV. Bölümünde bu konuya değinilmektedir.

Roma'da yapılmış, ancak bunlar egemenlerin karşıtlığı ve tekellerden edindikleri çıkarlar sebebiyle başarıya ulaşamamıştır[350].

Modern anlamda rekabet hukukuna ilişkin ilk düzenleme genel kanının aksine ABD'de değil, 1889 yılında Kanada'da yapılmıştır[351]. Bundan bir yıl sonra 1890'da ABD'de Sherman Act kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye duyulan ihtiyaç, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında başlayan ikinci endüstri devriminin ortaya çıkardığı şartlar sonucu somutlaşmıştır. Bu dönemde ulaşım ve haberleşme alanlarında görülen teknolojik ilerleme, o ana kadar eyaletler düzeyinde faaliyet gösteren firmaları ölçek ekonomisinden yararlanmak amacıyla eyaletler arası çalışmaya yönlendirmiştir. Ancak piyasanın bu denli genişlemesi, kârı minimize eden bir fiyat rekabetine yol açınca, aynı sektörde çalışan firmalar "*trust*" adı verilen ve sektörün ekonomik politikalarını koordineli olarak belirleme amacı taşıyan hukuki yapılar kurmuşlardır[352]. Buna ek olarak, JP Morgan gibi finansal devlerin öncülüğünde çok büyük ölçekli birleşme ve devralmalar da yapılmaya başlanmıştır.

ABD'deki çiftçiler ve küçük işletmeler hammadde ihtiyaçlarını karşıladıkları bu trust'ların politikalarından zarar görmeye başlamışlardı. Buna ek olarak, John Rockefeller'ın sahibi olduğu Standard Oil'in petrol alanında sahip olduğu tekel, genel bir endişeye sebep olmuştur[353]. Petrolün fiyatlandırılması, çok yaygın olarak kullanılan bir hammadde olması sebebiyle, tıpkı bu dönemde olduğu gibi o dönemde de ekonominin tümü üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğundan; ve özellikle, Rockefeller'ın ekonomik olarak daha fazla güçlenmesinin politik alanda yaratacağı sonuçlardan duyulan endişe sebebiyle, yasa

[350] Ewing, ***Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience***, para. 76; Ali Ilıcak, **Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003., s. 2.

[351] Damien Geradin, Anne Layne- Farrar, Nicholas Petit, **EU Competition Law and Economics**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 14; Vinod Dhall, "Overview: Key Concepts in Competition Law" Ed. By Vinod Dhall, **Competition Law Today: Concepts, Issues and the Law In Practice** (s. 1-38), New Delhi, Oxford University Press, 2007, s. 1.

[352] Massimo Motta, **Competition Policy: Theory and Practice**, New York, Cambridge University Press, 2004., s.1; Ilıcak, **Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, s. 18.

[353] Ilıcak, ibid., s. 19.

koyucular bu konuda tedbir almaya karar vermişlerdir[354]. Böylece oldukça kısa bir kanun olan Sherman Act ortaya çıkmıştır. Kanunun ilk kısmı teşebbüsler arasında eyaletler arası rekabeti sınırlayan anlaşma ve uyumlu eylemlerin yapılmasını, ikinci kısmı ise tekelleşmeyi yasaklamaktadır. Daha sonra 1914 tarihli Clayton Act ile birleşme ve devralmaların kontrolü ile fiyat farklılaştırılması, bağlama ve münhasır bayilik gibi konular hakkında düzenlemeler getirilmiştir. Tüm bu düzenlemeleri takip etmesi ve denetlemesi için aynı yılda Federal Ticaret Komisyonu (FTC) kurulmuştur[355].

Avrupa'da rekabet hukuku kurallarının ortaya çıkışı ise elli yıl kadar daha sonradır. Özellikle Almanya'da yirminci yüzyılın başlarında "ultra liberal" denilebilecek bir anlayışın hâkim olduğu görülmektedir. Devletin ekonomiye hiçbir biçimde müdahale etmemesi olarak özetlenebilecek bu düzende, karteller meşru olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda Almanya'da 1933 yılında 4000 kadar kartelin aktif halde olduğu tarihçiler tarafından aktarılmaktadır[356]. Bu arka planda, 1930'larda doktrinde "*Freiburg Okulu*" olarak anılan akademisyenler piyasada rekabetin kendiliğinden ortaya çıkmayacağını, rekabetin ancak devlet müdahalesi ile tesis edilip, korunabileceğini ve aksi halde firmaların birbirleriyle rekabet etmek yerine gizli anlaşmalar yapmayı tercih edeceklerini, bunu yapmasalar da hâkim durumlarını kullanarak rekabeti ortadan kaldırmaya çalışacaklarını ileri sürmüşlerdir[357]. "*Ordo- liberal*" olarak isimlendirilen bu teori uyarınca kamunun piyasaya önemli ölçüde müdahale etmesi elzem görülmektedir.

İkinci Dünya Savaşının sona ermesinin bahsi geçen ordo-liberal teorilerin hayata geçirilmesi için iyi bir zemin hazırladığı söylenebilir[358]. Savaş sonrasında rekabet hukuku, Nazilerin başarısının arkasındaki önemli faktörlerden biri olan şirketlerin ölçüsüzce

[354] Geradin, Layne- Farrar, Petit, **EU Competition Law and Economics**, s. 14.
[355] Dhall, "Overview: Key Concepts in Competition Law", s. 2.
[356] David Gerber, **Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus**, New York: Oxford University Press, 1998, s. 148.
[357] Ibid. s. 250.
[358] Geradin, Layne- Farrar, Petit, **EU Competition Law and Economics**, s. 16.

güçlenmesine karşı[359], özellikle galip devletler tarafından[360], bir önlem olarak görülmeye başlamıştır[361]. Bu bakış açısıyla önce 1951 tarihli Paris Anlaşması'nda, daha sonra 1957 yılında imzalanan ve Avrupa Birliği'nin temellerinden biri olan Roma Anlaşması'nda rekabet hukukuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir[362]. Roma Anlaşması'nın 85. maddesinde rekabete aykırı anlaşmalar, 86. maddesinde hâkim durumun kötüye kullanılması, 87. maddede ise rekabeti bozucu devlet yardımları yasaklanmıştır. 1989 yılında Birleşme ve Devralma Tüzüğü [363] ile rekabete aykırı birleşme ve devralmaların kontrolü hedeflenmiş, nihayet "modernizasyon paketi" [364] ile rekabet hukukunun tek elden uygulanması esasından vazgeçilmiştir[365].

1990'lardan itibaren tüm dünyada rekabet hukukunu benimseyen ülkelerin sayısı hızla artmıştır. Türkiye'de de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, rekabet hukukunu düzenleyen temel yasa olup, 13.12.1994 tarihinde Resmî Gazete' de yayımlanmıştır. Söz konusu Kanunu uygulamakla yükümlü otorite olarak da 1997 yılında Rekabet Kurumu kurulmuştur[366]. Özellikle Doğu Avrupa ülkelerinin piyasa ekonomisi düzenine geçmeleriyle birlikte, rekabet hukukunu kodifiye eden ülke sayısı ciddi bir rakama ulaşmıştır. Hâlihazırda 120'den fazla ülkenin bir rekabet hukuku sistemi bulunmaktadır[367].

---

[359] Guiliano Amato, **Antitrust and The Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market**, Oxford, Hart Publishing, 1997, s. 99.

[360] Marshall Planı tüm kartellerin ve bazı sanayi kollarının faaliyetlerinin tümden sonlandırılması gibi konularda yasalar yapılmasını öngörüyordu. Bkz. Gerber, **Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus**, s. 268.

[361] Dhall, "Overview: Key Concepts in Competition Law", s. 2.

[362] Geradin, Layne- Farrar, Petit, **EU Competition Law and Economics**, s. 16.

[363] Merger Regulation No. 4064/89.

[364] 1/2003 Sayılı Komisyon Tüzüğü. AB rekabet hukuku sisteminin temel özellikleri için bkz. aşağıda s. 132 vd.

[365] Dhall, "Overview: Key Concepts in Competition Law", s. 3.

[366] Rekabet Kurumu Web Sitesi **Hakkımızda: Rekabet Kurumu**, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, Erişim tarihi: 25.11.2016,

[367] Leela Cejnar, Rachel Burgess: "The Globalization of Competition Law: Yes or No?" Ed. By John Duns, Arlen Duke, Brendan Sweeney, **Comparative Competition Law** (s. 9-24). Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, s.9; Richard Whish, David Bailey, **Competition Law (7th ed)**, New York, Oxford University Press, 2012, s. 1. 2003'te bu sayı 60 civarındadır. Bkz. Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 230.

Rekabet hukukunun tarihsel arka planından bahsettikten sonra, rekabet hukukunun amaçlarını ve korumaya çalıştığı değerleri de ele almak gerekir. Bu konu üzerinde yoğun tartışmalar yaşanan bir alandır. Rekabet hukukunun amaçlarının iki temel kategori altında ele alındığı görülmektedir. Bunlardan ilki, ekonomik refahı sağlama temelli (*welfare objectives*) amaçlar, ikincisi ise refah-dışı amaçlardır (*non-welfare objectives*).

İlk kategoriyi açıklayabilmek için, rekabetin ekonomi bilimi açısından nereye oturduğundan kısaca bahsetmek gerekir. Rekabetin varlığı kısaca, tekel ekonomisine nazaran, daha düşük fiyatların, daha kaliteli malların, daha geniş bir seçim özgürlüğünün ve daha fazla iktisadi etkinliğin sağlanabilmesi gibi faydaları haizdir. Bu bağlamda toplumsal refahın, tam rekabet koşullarında maksimum seviyeye ulaştığı kabul edilir[368]. Toplumsal refah, soyut bir kavram olmayıp, tahsis (dağılım) ve üretim etkinliğinin birlikte sağlanması halinde ortaya çıkar[369]. Tahsis etkinliği[370], toplumdaki bir bireyin refahını düşürmeden diğerinin refahını yükseltmenin mümkün olmamasını ifade eder[371]. Daha açık bir ifadeyle, kârını maksimize etmeye çalışan bir üretici, ürettiği her birimden elde edeceği gelir (*marjinal gelir*) maliyetin (*marjinal maliyet*) üzerinde olduğu sürece üretmeye devam edecek, bunlar eşitlendiği zaman ise üretimi durduracaktır. Bu bağlamda tüketici istediği malı istediği miktarda ödemeye hazır olduğu fiyat üzerinden temin edebilecektir. Dolayısıyla kaynaklar en etkin şekilde kullanılmış olacak, kaynakların daha etkin bir şekilde paylaştırılması mümkün olmayacaktır[372], [373].

[368] Simon Bishop, Mike Walker, **The Economics of EC Competition Law (3rd ed)**, London, Sweet & Maxwell, 2010, s. 29-32; Renato Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, New York, Oxford University Press, 2011, s. 32.

[369] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 4.

[370] "Pareto etkinliği" olarak da anılır; bkz. Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 39.

[371] Serpil Çınaroğlu, **Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Hukuku Yayınları, 2003., s. 5.

[372] Giorgio Monti, **EC Competition Law**, New York, Cambridge University Press, 2007, s. 45; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, s. 21.

[373] Bu noktada Kaldor- Hicks etkinliği kavramından da bahsetmek gerekir. Bazı durumlarda iktisatçılar rekabet analizleri yaparken Pareto etkinliği yerine Kaldor- Hicks etkinliği kavramına atıf yapmaktadırlar. Aralarındaki fark şu şekilde ifade edilebilir: Pareto anlamında etkin bir durumdan bahsedebilmek için Pareto'cu anlamda üstün, yani bir başkasının refahını azaltmadan diğer birinin refahında bir artışa sebep olabilen bir seçeneğin geriye kalmamış olması gerekir. Bu da söz konusu işlemlerden etkilenen herkesin bir "veto kudretine" sahip olduğunu varsaymak anlamina gelir ve uygulamada bunun böyle olmadığı açıktır. Dolayısıyla, alternatif

Halbuki bir tekelin söz konusu olduğu durumda tekelci marjinal faydasını arttırmak için üretim miktarını düşürebilecek ve bu dengeyi kendi lehine bozabilecektir[374].

Üretim etkinliği ise mal ve hizmetlerin en düşük maliyetle üretilmesini ifade eder[375]. Tam rekabet koşullarında üreticinin piyasa fiyatının üzerinde fiyat belirlemesi hâlinde malı satılmayacak, altında belirlemesi de kâr edemeyeceği için söz konusu olmayacaktır[376]. Ancak tekelci üreticinin üzerinde mümkün olan en düşük fiyatla üretim yapma baskısı bulunmayacağından, daha yüksek maliyetlerle de üretim yapabilecek ve böylece üretim etkinliği sağlanamamış olacaktır[377].

"*Statik etkinlik*" olarak da isimlendirilen tahsis etkinliği ve üretim etkinliğinin yanında, tam rekabet teorisi ile açıklanmasa da, rekabet koşulları altında daha yoğun şekilde ortaya çıktığı kabul edilen "*dinamik etkinlik*" kavramından da bahsetmek gerekir. Dinamik etkinlik, kaynakların uzun dönemdeki dağılımı ile ilgili olarak maliyetleri düşüren, kaliteyi artıran ve piyasaya yeni tür mal ve hizmetlerin sunumunu sağlayan yeniliklerin (*innovasyon*) gerçekleşebilmesini ifade eder[378]. Rekabetçi piyasalarda firmaların innovasyon yapmaya daha

---

bir kavram olan Kaldor Hicks etkinliğine başvurulabilmektedir. Kaldor Hicks etkinliği, bir işlemden faydalananların faydalarının o işlemden negatif yönde etkilenenlerin kayıplarından yüksek olması halinde ortaya çıkmış olur. Burada kayıpların telafi edilmesi değil, eğer bu kayıplar telafi edilecek olsa geriye artan bir faydanın kalıp kalmayacağı önemlidir. Geriye net bir fayda fazlası kalıyorsa işlem Kaldor Hicks etkin kabul edilir. Dolayısıyla bireysel kayıplar bir fayda fazlasının ortaya çıkması halinde göz ardı edilebilecektir. Bu konuda Monti tarafından şöyle bir uç örnek verilmiştir: Eğer kölelik üretimin daha etkin olarak yapılabilmesini sağlıyorsa, iş akitleri yapma uygulaması terk edilmelidir. Rekabet hukuku bağlamında da bu yaklaşım şu şekilde basite indirgenebilir: eğer tekel yaratan bir birleşmenin üretim etkinliğinde yaratacağı fayda tahsis etkinliğinde meydana gelecek kayıptan fazlaysa, bu birleşmeye izin verilmelidir. Doktrinde ve özellikle Türkiye'de genellikle analizler Pareto etkinliği çerçevesinde yapıldığı için bu etkinlik tanımı esas alınmıştır, ancak bu çalışmanın konusu rekabet hukukunun iktisadi boyutu olmadığı için Kaldor Hicks etkinliğinin de temel alınabileceğine değinilmekle yetinilmiştir. Belirtmek gerekir ki rekabet hukukunun amacını toplumsal refahın ve ekonomik etkinliğin arttırılması olarak değerlendiren neoliberal yaklaşım Kaldor Hicks etkinliği ölçütünü daha sık olarak kullanmaktadır. Kaldor Hicks etkinliği hakkında bkz. Gönenç Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması,** Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003., s. 64- 66; Monti, **EC Competition Law**, s. 24.

[374] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s.5.

[375] Çınaroğlu, **Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet**, s. 5.

[376] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s.5; Monti, **EC Competition Law**, s. 45.

[377] Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 35.

[378] Çınaroğlu, **Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet**, s. 5; Monti, **EC Competition Law**, s. 45.

yatkın oldukları kabul edilir[379]. Ancak dinamik etkinliğin tam rekabet koşullarından ziyade tekelci piyasalarda daha yoğun olarak sağlandığı yönünde görüşler de bulunmaktadır[380]. Bunlara göre ancak tekelci üreticiler innovasyon çalışmaları ve pahalı araştırma- geliştirme faaliyetleri yapma "lüksüne" sahiptirler[381]. Ancak uygulamaya bakıldığında, bu konuda rekabetçi piyasa modeli ile monopolistik piyasa modelinin birbirlerine üstünlük sağlayamadıkları görülmektedir, dolayısıyla en azından tekelci aktörlerin innovasyona daha açık oldukları savı yanlışlanmış olmaktadır[382].

Tahsis etkinliği, üretim etkinliği ve dinamik etkinlikten hiçbiri kendi başına bir amaç değildir: bunlar, rekabet hukukunun nihai amacı olan refahın sağlanıp sağlanamadığına ilişkin göstergeler niteliğindedirler. Başka bir deyişle, söz konusu tahsis ve üretim etkinliği ile dinamik etkinliğin sağlanmasında ilerleme kaydedildiği ölçüde refahın maksimizasyonu amacına yaklaşılmış olur[383]. Bu noktada, refahın maksimizasyonundan ne anlaşılması gerektiği sorusu ortaya çıkar: Burada amaç genel sosyal refahı mı, yoksa tüketicinin refahını mı arttırmak olmalıdır?

Günümüzde tüketicinin refahının sağlanmasının rekabet hukuku uygulamasının temeli olduğunun rekabet otoritelerinin bir kısmı tarafından kabul gördüğü söylenebilir[384]. AB rekabet politikalarından sorumlu AB Komisyonu eski üyesi Neelie Kroes 2006 yılında yaptığı bir konuşmada AB Komisyonu olarak piyasadaki rekabeti korumayı tüketicinin refahını ve

[379] Christopher Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, Oxford; Oregon, Hart Publishing, 2009, s. 16.

[380] John K. Galbraith, **American Capitalism: The Concept of Counterveiling Power**, New Jersey, Transaction Publishers, 1952. s. 88; Joseph A. Schumpeter, **Capitalism, Socialism and Democracy (Paperback)**, London; New York, Routledge, 1994.

[381] Schumpeter, **Capitalism, Socialism and Democracy**, s. 101 vd.

[382] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 6.

[383] Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 38.

[384] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 19; Russell Pittman, "Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement". **Competition Policy International**, Vol. *3*(2), 2007, s. 207; Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 178; Giorgio Monti, "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?" Ed. By Roger Zach, Andreas Heinemann, Andreas Kellerhals, **The Development of Competition Law: Global Perspectives** (s. 3-28), Cheltenham; Northampton, Edward Elgar Publishing, 2010, s.6; Geradin, Layne- Farrar, Petit, **EU Competition Law and Economics**, s. 23; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, s. 20.

kaynakların etkin şekilde dağılımını sağlamanın bir yolu olarak gördüklerini ifade etmiştir[385]. Bunun başlıca sebebi, rekabet hukukunun refahın yeniden dağıtılması bağlamında bir araç olarak kullanılmak istenmesidir. Dolayısıyla bu görüş uyarınca tüketicinin refahı merkeze alınarak, düşük gelirli kabul edilen kesimden yüksek gelirli kabul edilen kesime bir refah geçişinin sağlanması esastır[386]. Ancak tüketicinin refahının genel refaha tercih edilmesi her zaman anlamlı olmayacaktır. Öncelikle ekonominin tüm aktörlerinin eşit olarak değerlendirilmesi gerektiği, bir kesimin çıkarları yahut faydasına öncelik verilemeyeceği ileri sürülmüştür[387]. İkinci olarak tüketici refahının merkeze alınması, özellikle innovasyon ve dolayısıyla dinamik etkinliği hesaba katmamasından dolayı eleştirilmektedir[388]. Kısa vadede tüketicinin zararına görülebilen bir durum –fiyat artışı gibi- uzun vadede teknolojik yatırıma dönüşerek fiyatların düşmesini ve tüketici refahının da uzun vadede artmasını sağlayabilecektir[389].

Son olarak refahın aktarılması için rekabet hukukunun uygun bir araç olup olmadığı, hatta bunun mümkün olup olmadığı son derece tartışmalıdır[390]. Klasik bir örnek olarak, üretici fazlasının[391] (*producer surplus*) sadece üreticinin kârında artış değil, aynı zamanda üreticinin çalışanları için daha yüksek ücretler anlamına geldiğini de gözden kaçırmamak gerekir[392]. Ayrıca bir an için rekabet hukukunun amacının tüketicilerden üreticilere refahın

[385] **EC Press Release Database**, 15.09.2005 (Çevrimiçi) http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm , 29.11.2016.

[386] Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 41; Monti, "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?", s. 7.

[387] Monti, "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?", s. 6.

[388] Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102,** s. 40.

[389] Doris Hildebrand, "The European School in EC Competition Law" **World Competition**, Vol. *25*(1), 2002, s. 3-9; Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 18.

[390] Robert Pitofsky, "Political Content of Antitrust" **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. *127*(4), 1979, s. 1059.

[391] Üretici fazlası, üreticinin fiilen sattığı fiyatla, satmaya razı olduğu fiyat arasındaki farktır. Üretici fazlası kavramı, pazarda fiyat artışı olduğunda tüketici fazlasının azalmasına karşın, bu azalışın aynı miktarda üretici fazlasına aktarılmaması (ve bu şekilde oluşan dara kaybı) sonucunda toplam sosyal refahta azalış meydana gelmesi nedeniyle rekabet ekonomisi/politikası kapsamında ele alınan bir kavramdır. Bkz. Rekabet Kurumu: **Rekabet Terimleri Sözlüğü** *(5. bası),* Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2014.

[392] Nazzini, "**The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**", s. 42.

aktarılması olduğu kabul edilse dahi, bu durum refahın aktarılmasının sadece rekabeti sınırlayıcı eylemlerin görüldüğü piyasalarda söz konusu olması anlamına gelir. Rekabeti sınırlayıcı bir durumun varlığı halinde refahın etkin şekilde paylaştırılmasının gündeme gelip, diğer hallerde gelmemesi refahın paylaştırılmasının altında yatan "hakkaniyet" duygusunu zedeleyecektir. Son derece önemli bir sosyal politika meselesi olan refahın paylaştırılmasının vergilendirme veya diğer sosyal politika araçları gibi münhasıran bu ise özgülenmiş araçlarla sürekli olarak takip edilmesinin amaca çok daha uygun olacağı açıktır[393]. Netice itibarıyla "*rekabet hukuku ile "iktisadi etkinlik" hedeflenerek toplumsal refahın artırılması ve başka toplumsal araçlar kullanılarak bir bütün olarak büyüyen pastadan tüketicinin gerekli payı almasının sağlanması*"nın uzun vadede daha anlamlı olduğu kuvvetle savunulan bir görüştür[394]. Dolayısıyla rekabet hukukunun amacının sadece tüketicinin refahını değil, genel olarak uzun vadede sosyal refahı arttırmak olduğu ileri sürülmüştür[395].

Bütün bu kavram ve değerlendirmeler ışığında, rekabet hukukunun *tek* amacının ekonomik refahı arttırmak olması gerektiği düşüncesinin doktrinde önemli ölçüde kabul gören bir yaklaşım olduğu söylenebilir[396]. Ancak bu yaklaşımın temelini oluşturan ekonomik etkinlik analizlerinin çoğunlukla durağan tam rekabet koşullarını ve piyasa dengesini esas aldığı açıktır[397]. Tam rekabet koşullarında tüm piyasalarda sayısız alıcı ve satıcı bulunması, satıcıların homojen (aynı nitelikte) ürün üretmesi, alıcıların piyasa hakkında tüm bilgilere engelsiz şekilde ulaşabilir olması, bir iktisadi faaliyetten diğerine kaynakların kolaylıkla

[393] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 68 vd; Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 42-43.

[394] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 62.

[395] Motta, **Competition Policy: Theory and Practice**, s.18; Bishop, Walker, **The Economics of EC Competition Law (3rd ed)**, s. 23-27; Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 49; Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 61 vd.; Monti, "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?", s. 6; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, s. 20. Aksi yönde bkz. Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 15-28.

aktarılabiliyor olması, bu bağlamda piyasaya giriş ve piyasadan çıkış için engel bulunmaması gerekir. Ancak uygulamada satıcılar ürün farklılaştırmasına gitmekte yahut sadık bir tüketici kitlesine sahip olmakta, alıcıların bir ürünün fiyatının nerede ucuzladığını anında öğrenebilmek gibi bir imkânı çoğunlukla bulunmamakta ve bazı piyasalar bakımından çok yüksek giriş maliyetleri yahut batık maliyetler[398] söz konusu olduğu için piyasalara giriş ve çıkış engelleri bulunmaktadır[399]. Bu bağlamda piyasa koşulları ve rekabetin kendisi dinamik kavramlardır. Ancak rekabetin varlığı her halde gerçek avantajlar doğurmaktadır. Dolayısıyla rekabet, korunmaya değer bir süreç olarak görülmektedir[400]. Serbest piyasa mekanizmasının doğal işleyişi ise bu rekabet sürecini zayıflatacak biçimde olabilmekte[401], başka bir deyişle, "*serbest piyasa kendi canavarlarını yaratabilmektedir*[402]". İşte bu noktada, rekabetin devlet eliyle korunması ve hukukun rekabet politikasının bir aracı olarak kullanılması konuları gündeme gelmektedir.[403]

Bu bağlamda özellikle rekabetin kamu gücü yardımıyla tesis edilmesi noktasında farklı amaçların gözetilip gözetilmeyeceği ve bu anlamda rekabet hukukunun genel toplumsal refahı ve ekonomik etkinliği sağlamak dışında bir amacı olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bunlar "*refah dışı amaçlar*" olarak adlandırılmaktadır. Refah dışı amaçlardan ilkinin, tüketicinin korunması olduğu ileri sürülmüştür. Burada iktisadi anlamda tüketicinin refahının maksimize edilmesi değil, iktisadi etkinliğin sağlanması ile tüketicinin kısa vadedeki yararı karşı karşıya geldiğinde tüketicinin yararını tercih etmek yaklaşımı

---

[396] Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 49; Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 3; Motta, **Competition Policy: Theory and Practice**, bölüm 1.3.

[397] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 215.

[398] Batık maliyetler, bir piyasada faaliyet gösterebilmek için yapılan ancak piyasadan çıkarken elden çıkarma yoluyla tekrar paraya dönüştürülemeyen ya da geri kazanılamayan veya başka bir faaliyet alanında kullanılamayan yatırımlara ilişkin maliyetlerdir. Başka bir ifade ile, firmanın piyasadan çekilmesi durumunda katlanmak zorunda olduğu maliyetlerdir. Bkz. Rekabet Kurumu, **Rekabet Terimleri Sözlüğü.**

[399] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 7-8.

[400] Ibid s.18.

[401] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 7.

kastedilmektedir[404]. Bu yaklaşıma göre, rekabet sürecinin korunması dışında tüketicinin zararına davrandığı kabul edilen piyasa aktörlerine doğrudan müdahale edilmesi, örneğin, piyasada hâkim durumda olan firmaların fiyatlarının indirmelerinin talep edilmesi, mümkün ve meşru olacaktır[405]. Bunun gerekçesi de, rekabet hukukunun sosyal düşüncelerden "arındırılamayacağı" ve dolayısıyla sadece ekonomi bilimi ile açıklanamayacağı[406], bu bağlamda sadece ekonomik etkinliğin sağlanmasına katkılarından dolayı övgüye mazhar olamayacağı şeklinde ifade edilmiştir[407].

Tüketicinin korunmasının rekabet hukukunun "işlevlerinden" biri olduğu tartışmasızdır: en nihayetinde rekabet hukuku, tüketicilerin refahını arttırma amacını haizdir. Ancak bu, rekabet hukukunun tüketiciyi korumak için uygulandığı anlamına gelmemektedir. Tüketicinin korunması sosyal bir ihtiyaçtır, ancak bunun için zaten ayrı bir mevzuat bulunmaktadır[408]. Ayrıca, rekabet hukukunun tüketicinin kısa vadeli yararına endekslenmesi, popülist söylemlere zemin hazırlayarak, uzun vadede tüketiciye zarar verme riskini de taşımaktadır[409]. Nitekim İngiltere'de 1998-1999 yıllarında monopol olan ve olmayan firmalar tarafından aşırı fiyatlar belirlendiği bakan düzeyinde ileri sürülmüş, Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu'ndan tavsiye niteliğinde fiyat belirlemesi talep edilmiştir. Rekabet Komisyonu ise piyasanın genel olarak tüketiciler için iyi işlediği, müdahale etmenin ölçüsüz ve düzenleyici işlevin ruhuna aykırı olacağı gerekçeleriyle müdahale etmeyi reddetmiştir[410].

---

[402] Amato, **Antitrust and The Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market**, s. 100.

[403] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 215.

[404] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 26.

[405] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 20.

[406] Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası**), Bursa, Ekin Yayıncılık, 2015; s. 5.

[407] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 218.

[408] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 27.

[409] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 20.

[410] Supermarkets kararı, Cm 4842 (2000), www.competition-commission.org.uk.

Refah dışı amaçlardan ikincisinin, küçük ve orta ölçekli işletmelerin, yahut rekabet sürecinden ziyade rekabet edenlerin korunması[411] olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre rekabet otoriteleri "küçük kardeş"e piyasada adil şartlarda yarışması için bir şans verilmesini sağlamalıdır[412]. Zira özellikle yüksek giriş maliyeti gerektiren pazarlar bakımından yahut yüksek hammadde fiyatları sebebiyle küçük işletmeler büyük işletmelerle rekabet etme imkânını kaybedebilmektedir[413]. ABD'de rekabet hukukunun ortaya çıkış amacının küçük üretici ve tacirleri trust'ların ortaya çıkardığı orantısız ekonomik güce karşı savunmak olduğu, dolayısıyla sadece ekonomik etkinliği değil demokratik prensiplerin sağlanmasını hedeflediği savı da bu tezi desteklemek için kullanılmıştır[414].

Bu görüşe karşı olanlar, küçük işletmelerin korunmasının tek başına bir amaç olmasının rekabet hukuku bakımından korunmaya değer olduğuna bakılmaksızın münhasıran bu işletmelerin piyasada kalmasını sağlayan rekabet hukuku uygulamaları yapılmasını gerektireceğini, bunun ise anlamlı olmadığını iddia etmişlerdir. Rekabet hukukunun bir küçük işletme zarar gördüğü durumda devreye girip, böyle bir zarar doğmamışsa devreye girmeyeceğini düşünmek mümkün görünmemektedir[415]. Ayrıca işletmelerin sadece küçük oldukları için korunmaları, fırsat eşitliği ilkesine de zarar verecektir[416]. Bir görüşe göre de küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin korunmasının öncelemesi, rekabet hukukunun kendisini toplum gözünde "meşrulaştırması" talebinden doğmakta; esas amaç ekonomik etkinlik ve toplumsal refahın arttırılması olduğu halde, bunlar açıklanması daha zor kavramlar olduğu için, rekabet hukukunun somut olarak göz önünde olan "küçük teşebbüs"

[411] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 21; Monti, "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?", s. 24.

[412] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 21.

[413] Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 24.

[414] Amato, **Antitrust and The Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market**, s.96, 98; Pitofsky, "Political Content of Antitrust", s. 1059.

[415] Nazzini, **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, s. 25.

[416] Pitofsky, "Political Content of Antitrust", s. 1059.

menfaatine çalışması halinde daha makbul ve meşru bir görüntü oluşacağı beklentisinden hareket edilmektedir[417].

ABD'de küçük işletmelerin korunmasını rekabet hukukunun amaçlarından biri olarak gören anlayış uzun bir süre yargı kararlarında yer bulmuş[418], ancak 1980'lerde yavaş yavaş "duygusallıkla" özdeşleştirilen bu anlayış terk edilmeye başlanmıştır[419]. Avrupa'da ise konunun gelişimi tarihsel şartlar gereği daha farklı olmuştur. Avrupa'da rekabet teorisini şekillendiren ordo-liberaller, rekabet hukukunun amacını büyük ölçüde ekonomik gücün yoğunlaşmasının doğurabileceği yıkıcı etkiler ve dolayısıyla bunun önlenmesi çerçevesinde değerlendirmişlerdir[420]. Bu anlayış, Avrupa Birliği rekabet hukuku bağlamında ekonomik gücün dengelenmesi amacıyla küçük işletmelerin –kimi zaman ekonomik etkinliği feda etmek pahasına[421]- desteklendiği algısını yaratacak kararların ortaya çıkmasına sebep olmuştur[422]. AB Komisyonu bu bağlamda, -ekonomi bilimi bakımından delillendirilemese de- küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin innovasyon ve büyümeye katkılarının büyük işletmelere nazaran daha fazla olacağına dair bir inanca sahip görünmektedir[423]. Son yıllarda ise özellikle Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarıyla başlayan süreçte, ekonomik etkinliğin ve

[417] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 50.

[418] Özellikle önemli bir karar *Brown Shoe* ve *Vons* kararlarıdır; bu kararlarda piyasa aktörleri tüketicilerin zararına da olsa korunmuş, rekabet hukukunun amacının tek başına rekabet sürecini korumak olmadığı değerlendirilmiştir. Bkz. (Brown Shoe Co. v. United States, 1962); (United States v. Von's Grocery Co., 1966).

[419] Özellikle *Topco* kararı önemlidir. (United States v. Topco Associates, 1972); Pitofsky, "Political Content of Antitrust", s. 1059; Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 21; Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 30-36.

[420] Amato, **Antitrust and The Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market**, s. 99.

[421] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 38.

[422] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 22. Bu bağlamda özellikle AB Komisyonu'nun *Guiness/Grand Metropolitan* ve *Coca-Cola/Carlsberg* kararları, ekonomik etkinliği sağlasalar dahi, birleşme sonucu ortaya çıkacak işletmenin "büyüklüğü" dolayısıyla sakıncalı görülmesinin önemli örnekleridir. Bkz. (Guinness/Grand Metropolitan, 1997); (Coca-Cola/Carlsberg, 1998). Yine Komisyon *GE/Honeywell* kararında, benzer düşüncelerle birleşme talebini reddetmiş, ancak ABD makamları aynı birleşmeye izin vermiştir. Bkz. (General Electric v. Honeywell, 2001)

[423] Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 25; Motta, **Competition Policy: Theory and Practice**, s. 22; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, s. 26.

refahın öncelikli amaç olarak kabul edildiğine dair görüşler mevcuttur[424]. Ancak yine de, küçük işletmelerin korunmasının bir amaç olmaktan bütünüyle çıktığını söylemek zor görünmektedir[425]. Zira Lizbon Zirvesi'nde Konsey, rekabetçi ve dinamik bir ekonomi yaratmanın yanında, küçük ve orta büyüklükte işletmelerin lehine bir ortam yaratılmasını bir amaç olarak tanımlamıştır[426]. Dolayısıyla politika anlamında birbirinden farklı amaçların güdüldüğü açık olup, bunlar arasında hangisinin önceleneceği konusunda tam bir netlik bulunmamaktadır[427].

Avrupa Birliği özelinde rekabet hukukunun amacı olarak görüldüğü iddia edilen bir diğer konu ise, pazar entegrasyonudur. Bu görüş uyarınca AB rekabet hukukunun gelişiminin temel motivasyonu, üye devletlerin ekonomik entegrasyonunu arttırmaktır[428]. Rekabete aykırı uygulamalarla yaratılan pazara giriş engellerinin, entegrasyonun sağlanmasını teminen Ortak Pazar kapsamında elimine edilecek mevzuattan kaynaklanan engellerin yerini almaması hedeflenmiştir[429]. Pazar entegrasyonu öyle önem verilen bir husustur ki, rekabet hukukuna dair diğer endişelerin önüne geçerek yer yer amacın kendisi haline gelmiştir[430]. Bu yaklaşım,

[424] Monti, **EC Competition Law**, s. 25; Özellikle Komisyon'un *Tetra Laval* kararını iptal ederken mahkemenin kullandığı pazarda büyük işletmeler ortaya çıksa da birleşmenin rekabetçi olabileceği ve yeterli delil gösterilmeden geleceğe ilişkin korkulara dayalı yasaklama kararları almanın sakıncalı olduğu argümanları, bu yeni anlayışın şekillenmesinde önemli rol oynamıştır. Bkz. (Tetra Laval v. Commission, 2002)

[425] Komisyon'un 2007 tarihli *Daimler Chrysler* kararı da bu yaklaşımın izlerini taşımaktadır. Daimler Chrysler kendi anlaşmalı olduğu tamirciler dışında bağımsız tamircilerin erişimini kolaylaştırmayı taahhüt etmiştir. Ancak Komisyon, anlaşmalı tamirciler ile bağımsız tamircilerin tamir fiyatları arasındaki farka yoğunlaşmış (ilki ikincisine göre ciddi anlamda düşüktür), Daimler ile anlaşmalı tamirciler tamir piyasasında yüksek pazar payına sahip olmakla birlikte boğucu bir hakimiyeti bulunmasa da düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Dolayısıyla iktisadi anlamda bir refah kaybı olmasa da Komisyon küçük tamirhane sahiplerini korumayı öncelemiş görünmektedir. Bkz. (Daimler Chrysler, 2007); Monti, "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?", s. 210.

[426] Avrupa Konseyi Lizbon Zirvesi, Başkanlık Sonuçları, 23- 24 Mart 2000, Çevrimiçi, http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm ,02.12.2016

[427] Valentine Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice (9th ed)**, Oxford, Oregon, Hart Publishing, 2007, s. 19.

[428] Gerber, **Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus**, s. 334; Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice (9th ed)**, s. 13.

[429] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 220; (Korah, 2007), s. 3.

[430] Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice (9th ed)**, s. 8; Monti, **EC Competition Law**, s. 40. Geradin, Layne- Farrar, Petit, **EU Competition Law and Economics**, s. 24. Özellikle *Consten v. Grundig* davasında Avrupa Adalet Divanı, bu konudaki yaklaşımını net bir şekilde ortaya koymuş, normalde yatırımı ve yeni bir pazara girişi sağlayarak rekabeti arttırdığı gerekçesiyle rekabete aykırı sayılmayabilecek münhasır bölge yaratma anlaşmasını üye ülkeler arasında ticareti engellediği gerekçesiyle rekabete aykırı kabul etmistir. (Consten and Grundig v Commission, 1966)

ticaretin niceliksel anlamda sınırlanmasının her koşulda rekabetin sınırlanması anlamına gelmeyeceği ve bu kabulün rekabet hukukunun nihai amacına – refahın arttırılması- ulaşmasını engelleyebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir[431]. Nitekim pazar entegrasyonunu sağlama amacının daha üstün tutulması, esasında rekabetin tesisi bakımından çok daha az tehlikeli bulunan dikey anlaşmalara üyeler arasındaki serbest ticareti zedeleyebileceği gerekçesiyle şüpheyle yaklaşılmasına, buna karşılık çok daha büyük sorunlar doğurabilecek yatay anlaşmalara üretim rasyonalizasyonuna katkıda bulunduğu gerekçesiyle izin verilmesine sebep olmuştur[432]. Her hâlükârda, AB bakımından pazar entegrasyonu amacının rekabet hukuku bakımından da öncelik taşıdığı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur[433]. Hatta artık pazar entegrasyonu tamamlandığı halde bu anlayışın etkisini devam ettiği görülmektedir[434].

Rekabet hukukunun iktisadi anlamda refahın sağlanması ve bu sayılan amaçlar dışında başka amaçları da olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Sanayi politikası[435], istihdam politikası[436], enflasyonun düşürülmesi[437], özelleştirme[438], çevre politikaları[439] gibi politik ve sosyo-politik amaçlara rekabet politikası yoluyla ulaşılmaya çalışıldığı iddia edilmiştir[440].

---

[431] Nazzini, "The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102", s. 28-29; Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 25.

[432] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, bölüm 15; Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 224.

[433] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, s. 31; Marianela Lopez-Galdos, "Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration" **Journal of European Competition Law & Practice**, s. 383.

[434] Komisyon'un 2010 tarihli Dikey Sınırlamalara İlişkin C 130/1 Numaralı Yönergesi –halen- pazar entegrasyonunun önemini vurgulaması açısından önemlidir.

[435] Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 22; Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 224; Monti, "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?", s. 12; (Landolt, 2006), s. 26.

[436] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed),** s. 23; (Townley, 2009), s. 26; Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice (9th ed)**s. 15.

[437] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 15-23; Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 23.

[438] Nazzini, "The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102", s. 29-30.

[439] Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 24; Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice (9th ed)**, s. 16.

[440] Rekabet politikasının amaçları hakkında geniş kapsamlı bir tartışma için bkz. Claus Dieter Ehlermann, Laraine L. Laudati, **European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy**, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Bazı yazarlar bu amaçların zaman zaman kullanıldığı konusunda bir tereddüt olmasa da bunların rekabet hukukunun nihai amacı olamayacağı konusunda hemfikirlerdir. Bu bağlamda bir görüşe göre refahın sağlanması amacı dışında kalan amaçlar, rekabet hukukuna olay bazlı ve "*geçici*" olarak ithal edilebilir, yani somut olayın gereklerine göre bunlardan biri veya daha fazlası refah amacı ile birlikte düşünülebilir. Ancak bu ithal geçici olmalıdır; aksi halde tüm toplumun yararı, rekabet hukukunun diğer amaçlar için elverişli bir araç olmamasından dolayı, feda edilmiş olur[441]. Aksi görüştekiler ise, rekabet hukukunun "değerlerden bağımsız" olamayacağını, "ekonomik refahın" kendi başına değer temelli olduğunu ve maddi refaha atıf yaptığını, ancak diğer sosyal değerlerden bağımsız olarak refahın yegâne amaç olarak benimsenmesini meşrulaştıracak ahlakî-politik bir argümana ihtiyaç duyduğunu ifade etmişlerdir[442]. Ayrıca rekabet hukukunun hangi ihtiyaçlardan kaynaklandığı ve ortaya çıkış şartları unutulmamalı, bu bağlamda özellikle piyasa kendi canavarlarını yaratmadan önce müdahale edilmeli[443], dolayısıyla rekabet hukuku politik ve demokratik mülahazalardan bütünüyle ayrı düşünülmemelidir[444].

Peki Türk hukuku bakımından durum nasıldır? Öncelikle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesine bakmak gerekir. Madde şu şekildedir:

> *"Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır."*

Yine Kanunun "Rekabet Kurulu" kenar başlıklı 20. maddesi aşağıdaki gibidir:

---

[441] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 55-60'da bu tezi detaylı olarak işlemektedir.

[442] Townley, **Article 81 EC and Public Policy**, s. 41; Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 218.

[443] Amato, **Antitrust and The Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market**, s. 100; 109.

[444] Pitofsky, "Political Content of Antitrust", s. 1052.

"*Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.*"

Görüldüğü üzere iki madde de etkili bir amaç tanımı yapmamaktadır. Rekabet sürecinin korunacağı ana fikriyle düzenlenen bu maddeler, bu sürecin neden korunması gerektiğine dair bir açıklama yapmaktan uzaktır. Bu bağlamda bu maddelerin rekabet hukukunun amacını değil, amaca nasıl ulaşılacağını, yani aracı tanımladığı söylenebilir[445]. Türkiye'de rekabet hukuku ile amaçlananın ne olduğu konusunda daha çok yardımcı olabilecek bir kaynak, kanunun genel gerekçesidir[446]. Gerekçede şu ifadelere yer verilmiştir (vurgular eklenmiştir):

"*Rekabet sürecinin korunması ile, **ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağıtım**ı sağlanırken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte, **genel refaha** olumlu katkılar da sağlanmış olacaktır. Ticari faaliyete katılanlar arasındaki rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, **daha az maliyetle üretim yapılmasını**, **teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkmasını** teşvik edici bir görev üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece **tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması** sonucunu doğuracaktır. Rekabet düzeni ile yukarıda belirtilen amaçların yanında **ikincil amaçl**ara ulaşmak da hedeflenmektedir. Her şeyden önce rekabet düzeni, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak, **küçük işletmelerin korunmasına** yardımcı olmaktadır. Öte yandan, rekabet düzeni piyasada doğruluk ve dürüstlüğün yaygınlaşmasına da katkıda bulunmaktadır. Ayrıca, rekabetçi ortamın **enflasyonun aşağı çekilmesin**de önemli yararları olduğu da bilinmektedir. Rekabet*

[445] Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 5.

[446] Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret Komisyonları Raporları (1/542), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG/101-485/04689 ve Tarih: 10.5.1993.

Kanunu ile çözümlenmesi beklenen diğer önemli bir husus da, ***ülkede girişimci ruhun yeniden canlandırılması****dır*".

Görüldüğü gibi Kanun'da pek çok amaca yer verilmiştir. Bunlardan tahsis etkinliği, üretim etkinliği, dinamik etkinlik, tüketici refahı ve toplumsal refahın sağlanması "birincil" öncelik olup, ikincil olarak da küçük işletmelerin korunması, sanayi politikalarının uygulanması (girişimciliğin özendirilmesi), enflasyonla mücadele gibi amaçlar belirlenmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de en azından tarihsel olarak rekabet hukukunun sadece iktisadi mülahazalarla değerlendirilmediğini, diğer politikalar için de bir araç olarak kullanılmasının yasa koyucu tarafından meşru görüldüğünü söylemek mümkündür[447].

Sonuç olarak, rekabet hukukunun amaçlarının "ne olması gerektiği" tartışmaları bir tarafa bırakılacak olursa, uygulamada, ilk ortaya çıkışından bu yana rekabet hukukunun zaman zaman devletler tarafından diğer politik ve sosyal çıkarlarını korumak için bir araç olarak kullanıldığı görülmektedir. İlk başta ekonomik gücün tekelde toplanmasına ve demokratik prosedürlere zarar verilmesine karşı bir önlem olarak düşünülmüş, zaman içerisinde de değişen menfaat ve siyasi anlayışlar çerçevesinde kimi zaman işsizliğin önüne geçmek, kimi zaman stratejik bir alanda üretimi arttırmak, kimi zaman küçük üreticiyi korumak, kimi zaman da bölgesel işbirliğini arttırmak, rekabet hukuku ile takip edilen amaçlardan olmuştur. Son yıllarda "rekabet hukukunun sadece rekabet hukuku olması gerektiği" düşüncesi, en azından bu hukuk dalının uzun yıllardır tanındığı ülkelerde, baskın bir eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal refah veya tüketici refahının

---

[447] Gürkaynak bu noktada ABD ve AB hukukunda hâlihazırda hâkim görüş olarak kabul edilen rekabet hukukunun tek amacının toplumsal refahı sağlamak olması gerektiği görüşünü savunmaktadır. "*Türk rekabet hukuku uygulamasında "iktisadi etkinliğin sağlanması" nın hedeflenmesi lazımdır. Zira, iktisadi etkinliğin tek ölçüt olarak kabul edilmesi ekonomik büyümeye olumlu bir etkide bulunacak, toplumsal refahı artıracak ve içtihatlara da, ihtiyaç duyulan tutarlılığı getirecektir.*" Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması**, s. 99. Aslan ise aksi görüştedir. Aslan'a göre "*...Ekonomistler rekabet hukukunu salt ekonominin 'kanunları' ile idare etmeyi önerirler ve onu sosyal düşüncelerden arındırmak isterler...İnsandan arındırılmış (sosyal ilişkileri göz ardı eden) bir kanun mümkün değildir*", dolayısıyla rekabet hukukunun başka amaçları bulunması doğaldır. Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 5.

maksimizasyonunun, rekabet hukuku anlamında en üstün yarar olarak kabul edilmesi, diğer politikaların ise kendi araçlarıyla takip edilmesi gerektiği düşüncesinin gerek doktrinde gerek ülke uygulamalarında giderek artan şekilde karşılık bulduğu söylenebilir.

Ancak şunu unutmamak gerekir ki, uluslararası hukuk anlamında ortak bir rekabet hukuku sistemi yahut kurallarından bahsetmek mümkün değildir. Her ülke, rekabet politikasını ve kurallarını kendisi belirlemekte ve uygulamaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere hâlihazırda 120'den fazla ülkenin bir rekabet hukuku sistemi vardır. Bu ülkelerden bazıları serbest piyasa ekonomisi sistemini benimsemiştir. Bu sistemin tam anlamıyla yahut hiç hâkim olmadığı ülkelerde ise ekonominin dinamikleri ve hareket noktaları bütünüyle farklı olmaktadır[448]. Serbest piyasa ekonomisi sistemini benimseyen ülkeler arasında dahi uygulamalar bakımından ciddi farklılıklar mevcuttur. Dolayısıyla, bir rekabet hukuku sistemi bulunan ülkelerin her biri, rekabet hukukunun farklı politikaların gerçekleştirilmesi için bir araç olarak kullanılıp kullanılmayacağına, bu politikaların bugün ne olacağına yahut gelecekte hangi değerlerin hâkim olacağına kendisi karar verecektir. Ekonomik refah anlayışının geçerlilik kazandığı bu dönemde dahi başka politikaların takip edilmediğinden bahsedilememektedir[449]. Nihayetinde, her ne kadar ekonomistler ve kimi rekabet hukukçuları

---

[448] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 218.

[449] Avrupa Adalet Divanı'nın *Wouters* ve *Brentjens* kararları bu savı desteklemektedir. 2002 tarihli *Wouters* kararında Divan, Hollanda Barosu'nun hukukçular ve muhasebecilerin disiplinler arası bir çalışma prensibiyle ortaklık yapmasını yasaklayan kararının, Baro'nun avukatlık mesleğinin doğru uygulanması için gerekli olduğu yönünde görüş bildirdiği gerekçesiyle, rekabete aykırı olmadığına hükmetmiştir. Halbuki olayda hem teşebbüs özgürlüğünün sınırlanması sebebiyle, hem de tüketicinin zararına bir durum oluşması sebebiyle rekabete aykırılık mevcuttur. Zira tüketiciye hizmet sunmanın yeni bir yolu engellenmiş olmaktadır. Mahkemenin kararı, eğer avukatlık mesleğinin korunması için rekabetin sınırlanması gerekli ise, bu sınırlanmanın tolere edilebileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla üye ülkenin bir kamu politikası, Birliğin rekabet politikasının önüne geçmiş olmaktadır. 1999 tarihli *Brentjens* kararında da Divan, yine Hollanda'da işçi ve işveren örgütleri arasında toplu sözleşme formatında imzalanan ve inşaat malzemeleri toptan ticareti alanında faaliyet gösteren işçilerin zorunlu olarak sigortalanmalarını teminen bir zorunlu emeklilik fonu oluşturulmasını öngören kararının rekabete aykırı sayılmayacağı yönünde karar vermiştir. Halbuki rekabete aykırılık son derece açıktır: hem sigorta yaptıran şirketler piyasada daha ucuza sigorta satın alma imkânını kaybetmekte, hem de sigorta şirketleri sigorta pazarının önemli bir bölümünden dışlanmış olmaktadırlar. Ancak mahkeme, işçi ile işverenin çalışma refahı konusunda anlaşmış olmalarını Birliğin istihdam politikası bakımından son derece önemli görmekte ve bu anlaşmalar sonucu itibarıyla rekabete aykırı olsalar da bunların bu aykırılık sebebiyle iptal edilmelerinin istihdam gibi diğer önemli politikaların amaçlarına ulaşmasını engelleyeceğini ileri sürmekte ve dolayısıyla bunların rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kapsamında değerlendiremeyeceğini kabul etmektedir. Bu kararlar, başka önemli politikalar söz konusu olduğu zaman rekabet hukuku uygulamasının devre dışı

böyle olması gerektiğini düşünseler de, rekabet politikası ve hukukunun sadece iktisadi prensipleri hayata geçirmeyi amaçladığını düşünmek zor görünmektedir.

2. Rekabet hukuku konularının tahkime elverişliliğinin tartışma konusu olmasının sebepleri

Rekabet hukukunun ortaya çıkışı ve geldiği nokta itibarıyla hangi değerlerle ilişkili görüldüğü ve amacıyla ilgili açıklamalardan sonra, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülemeyeceği yönündeki görüşlerin dayanaklarını dört başlık altında inceleyeceğiz. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bunların bir kısmı rekabet hukukundan, bir kısmı ise tahkim hukukundan kaynaklanmaktadır.

Rekabet hukuku kurallarının tahkime konu olamayacağı yönündeki iddiaların dayandığı ilk nokta, rekabeti düzenleyen hükümlerin sadece belirli kişi veya teşebbüslerin değil, geniş anlamda kamunun çıkarlarını ilgilendirdiği düşüncesidir[450]. Buna göre rekabet hukuku, özel kişilerin bireysel ticari çıkarlarını korumayı değil, tüketicilerin refahını ve toplumsal refahı sağlamayı amaçlar[451]. Tahkim yargılaması ise taraf iradelerine dayanır ve amacı tam da tarafların ticari menfaatlerini korumaktır[452]. Rekabet hukukunun özellikle şu nitelikleri, taraf iradesini sınırlar niteliktedir: Öncelikle, rekabete aykırı anlaşmaların geçersizliği kesindir ve mahkemelerce re'sen ele alınması gereken bir konudur. İkinci olarak, tarafların mahkeme önünde veya mahkeme dışında rekabet hukukuna aykırı şekilde

---

bırakılabileceğini göstermektedir. Bkz. (J.C.J. Wouters and Others v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, 2002) ve (Brentjens' Handelsonderneming BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen); Monti, **EC Competition Law**, s. 97- 124.

[450] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-14; Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 416.

[451] Gordon Blanke, Renato Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 1." **Global Competition Litigation Review**, Vol. *1*(1), 2008, s. 50.

[452] James Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes" (Ed. By Gordon Blanke) **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues**, Vol. *19*(1), 2008, s. 148.

uyuşmazlıkları üzerinde anlaşmaya varmaları hukuken yasaklanmıştır. Son olarak, tarafların rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmaması üzerinde anlaşmaları mümkün değildir[453].

Bütün bu sayılan hususlar, rekabet hukuku hükümlerinin kamu düzeniyle bir ilişkisi olduğunu ifade etmektedir. Bu noktada yukarıda emredici hüküm, doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni arasındaki ilişkiyi izah etmeye çalıştığımız bölümü refere etmek gerekmektedir[454]. Rekabet hukuku kuralları, iç hukuk anlamında emredici hükümlerdir. Dolayısıyla bunların uygulaması iç hukuk anlamında zorunludur[455]. Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi (*Court of First Instance of the European Communities- CFI*[456]) bir kararında rekabet hukuku hükümlerinin emredici olmak üzere ve tacirlerin sözleşmelerinde bunları bertaraf etmelerini yasaklayacak şekilde tasarlandığını ifade etmiştir[457]. Ancak bunların iç hukuk anlamında emredici olması tek başına bunların tarafların hukuk seçimini bertaraf ederek uygulanacakları anlamına gelmez[458]. Yukarıda belirtildiği üzere[459], iç hukuk anlamında emredici kuralların zorunlu olarak uygulanmasından sadece yabancılık unsuru olan ilişkide hâkimin hukukunun hukuk seçimi veya kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yoluyla "uygulanacak hukuk" olarak tespit edilmesi halinde söz edilebilir.

Rekabet hukuku hükümlerinin milletlerarası özel hukuk anlamında doğrudan uygulanan kurallar olduğu konusunda ise şüphe bulunmamaktadır[460]. Bunlar, devletlerin politik ve "ekonomik organizasyonu" nu, dolayısıyla kamusal çıkarlarını ilgilendirdiği için

[453] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 194.

[454] Bkz. yukarıda s. 12-33.

[455] Jean Paul Maire, Dominique Hahn, "Competition Regulations and Evolution of the Concept of Arbitrability" Ed. By Markham Ball, Pierre Bernardini, **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s. 89-97), Paris, ICC Publishing S.A, 1993, s. 92; Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority" s. 244.

[456] 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile yapılan değişiklikle bu mahkemenin adı "*Genel Mahkeme-General Court*" olmuştur.

[457] (Aeroports de Paris v. Commission, 2000), para. 241.

[458] Vischer, "General Course on Private International Law", s. 233.

[459] Bkz. yukarıda s. 16-17.

[460] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 233; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 195; Idot, "Introductory Report", s. 44; Maire, Hahn, "Competition Regulations and Evolution of the Concept of Arbitrability", s. 92.

devletler tarafından uyulması hayati olarak görülen kurallardandır[461]. Dolayısıyla rekabet hukuku kuralları, taraflarca veya hakemlerce esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukuktan bağımsız olarak uygulama alanı bulur[462], tarafların hukuk seçimi bu noktada önem taşımaz[463]. Uygulamada genellikle hâkim, eğer yargılama devletinin piyasasını etkileyen rekabete aykırı bir sözleşme veya eylem söz konusu ise, kendi hukukunun rekabet hukuku hükümlerini doğrudan uygulanan kural olarak uygulama eğilimindedir[464].

Rekabet hukukunun kamu düzeniyle ilişkisi bağlamında bir diğer konu da, münhasır yetki meselesidir. Rekabet hukuku devletlerin ekonomi politikalarını korumalarının bir aracı olduğundan, devletler bu korumayı bağımsız idari otoriteler aracılığıyla gerçekleştirmektedirler[465]. Rekabet otoriteleri, devletler tarafından rekabet hukukunun uygulanmasıyla ilgili olarak münhasıran yetkilendirilmişlerdir, bu bağlamda kamunun çıkarlarını korumak kaygısıyla hareket ederler[466]. Özellikle idari ve cezai yaptırımlar bakımından bu kurumlar *imperum*'a sahiptirler. Münhasır yetkinin diğer boyutu ise, yine rekabet hukukunun amaçları ve koruduğu değerler gereği sadece kamusal makamlar önünde korunup ileri sürülebileceği düşüncesidir. Bu düşünceye göre ancak kamusal yargılama makamı olan mahkemeler kamunun çıkarlarını ilgilendiren konularda karar verebilirler[467]. Dolayısıyla rekabet hukuku konularında rekabet otoritelerinin yetkisi dışında kalan alanlar

[461] Bkz. Roma I Tüzüğü m. 9/1'de doğrudan uygulanan kural tanımı bu şekilde yapılmıştır.

[462] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 195.

[463] Bu noktada yukarıda yaptığımız analizi hatırlamak faydalı olacaktır. Doğrudan uygulanan kuralların emredici kurallar gibi hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilmesi mümkün değildir, ancak hukuk seçimi ve yargılama yeri seçimi birlikte yapılırsa bunların uygulanmaması söz konusu olabilir: taraflarca yabancı bir hukukun kararlaştırılması ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımayan veya benzer bir doğrudan uygulanan kuralı bulunmayan bir devletin yargılama yeri olarak seçilmesi halinde hakimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının önüne geçilebilir. Bkz. yukarıda s. 17-22.

[464] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 234.

[465] Tan bu noktada "ekonomik kolluk" kavramını önermektedir. Tan'a göre ekonomik kolluk "*ekonomik kamu düzeninin korunup kollanmasını amaçlayan kolluk türü*" olup, "*…Anayasa'da belirlenen ekonomik düzenin gerçekleşmesini sağlamak üzere özel girişim özgürlüğüne müdahale ve getirilen sınırlamaların tümünü içeren genel bir kavram*" olarak değerlendirilebilir. Bkz. Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1984, s. 129-130. Ekonomik kamu düzeni kavramı için bkz. Ibid. bölüm I(A)(1); Müslüm Akıncı, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Hukuku", **Rekabet Dergisi**, *Sayı 5*, 2001, s. 3-6.

[466] Maire, Hahn, "Competition Regulations and Evolution of the Concept of Arbitrability", s. 93.

mahkemelerin münhasır yetkisine dâhildir (ya da öyle olmalıdır). Bir konuda münhasıran yetkili bir otoritenin varlığı da, tahkime elverişsizliği ifade eder[468].

İç hukuk anlamında emredici hüküm olan, milletlerarası özel hukuk anlamında da doğrudan uygulanan kural niteliğini haiz bulunan ve uygulaması münhasır yetkiye sahip otoriteler tarafından takip edilen rekabet hukuku hükümlerinin kamu düzeniyle ilişkisi nedir? ICC 1993 yılında üç kıtadan 20 ülkeyle (ve ayrıca kurum olarak Avrupa Topluluğu ile) yapılan anket çalışmasında, tüm ülkeler, rekabet hukuku kurallarının ulusal kamu düzeninin bir parçası olduğunu ifade etmişlerdir[469]. Avrupa Adalet Divanı'nın aşağıda detaylı olarak incelenecek olan *Eco Swiss*[470] kararında da rekabetin sınırlanmasına ilişkin anlaşma ve eylemleri yasaklayan EC 81. maddenin Topluluk kamu düzeninin bir parçası olduğu vurgulanmıştır. Rekabet hukuku kurallarının milletlerarası kamu düzeninden sayılması bakımından ise bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bunun ilk sebebi, yukarıda belirttiğimiz üzere[471], milletlerarası kamu düzeni kavramının sınırları belirsiz bir kavram oluşudur[472]. Nitekim ICC'nin anılan anket çalışmasında katılımcı ülke temsilcilerine rekabet hukuku kurallarının milletlerarası kamu düzeninin bir parçasını teşkil edip etmediği sorusu yöneltilmiştir. Fransa, hukukunda bu kavrama zaten yer vermiş olması sebebiyle soruya olumlu cevap vermişken, Almanya, Arjantin, Avusturya, Kanada ve İspanya temsilcileri böyle bir ayrıma (milli- milletlerarası kamu düzeni) gerek olmadığını ifade etmişlerdir. İtalyan delegesi söz konusu ayrımı yapmanın kolay olmadığını, Amerikan delegesi ise bu iki kavram arasındaki ayrımın belirsiz olduğunu öne sürmüşlerdir. Nihayet Yunan, İsveçli, Hint ve İngiliz

[467] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, s. 89; Idot, "Introductory Report", s. 47.

[468] Brekoulakis, "Chapter 2- On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", s. 20.

[469] Idot, "Introductory Report", s. 44. Bahsi geçen ülkeler Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Kanada, Kolombiya, Polonya, Portekiz, Singapur ve Yunanistan'dır.

[470] (Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV., 1999)

[471] Bkz. yukarıda s. 25-27.

[472] Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", s. 245.

temsilciler rekabet hukukunu milletlerarası kamu düzeninin parçası olarak değerlendirmeyi tümüyle reddetmişlerdir[473].

İkinci olarak, bu kavram kabul edilse dahi, kamu düzeni kavramının negatif bir etkiye sahip olmasından da hareketle, milletlerarası kamu düzenine aykırılık esasında tanıma ve tenfiz aşamasında anlam ifade edecek, yargılamanın diğer aşamalarında rekabet hukukuna nasıl yaklaşılması gerektiğini açıklamakta yetersiz kalacaktır[474]. Son olarak da milletlerarası kamu düzeni kavramı (ve hatta genel olarak kamu düzeni kavramı) vazgeçilmez nitelikteki değer ve prensipleri ifade ederken, rekabet hukuku amaç itibarıyla devletlerin son derece somut ve çoğunlukla ekonomik nitelikteki çıkar ve politikalarına ilişkindir. Bu anlamda rekabet hukukunun özellikle milletlerarası tahkim bağlamında kamu düzeni, emredici kural veya doğrudan uygulanan kural olmasının tahkime konu olabilmesine etkisi aşağıda çeşitli ülke mahkemelerinin konuya yaklaşımları ışığında daha net olarak ortaya çıkacaktır.

Yukarıda açıklandığı gibi rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadıkları yönündeki klasik görüşün ilk dayanağı, rekabet hukukunun kamunun çıkarlarını korumakla ilgilenme amacına ve bunun için gerekli enstrümanlara sahip olması, tahkim hukukunun ise taraf iradesine dayanması ve özel kişilerin çıkarını korumaya odaklanması sebebiyle rekabet hukukunun uygulanması için uygun bir zemin teşkil etmediği düşüncesidir. Söz konusu görüşü savunanlar tarafından kullanılan ikinci argüman ise, rekabet hukukunun uygulanmasının zor olması ve genellikle – uyuşmazlığın taraflarını aşıp tüm piyasayı ilgilendiren- karmaşık ekonomik analizler gerektirmesidir[475]. Bu analizler hem sadece taraflarca finanse edilmesi zor olacak kadar maliyetlidir, hem de çoğu zaman özel bir uzmanlık gerektirmektedir. Bu çekincenin tahkim hukukundaki izdüşümü ise, hakemlerin delil toplama ve soruşturma yapma imkânlarının sınırlı olmasıdır. Hakemler taraf iradesi prensibinin bir yansıması olarak kural olarak sadece tarafları bağlayıcı kararlar verebilirler.

[473] Idot, "Introductory Report", s. 44.

Her ne kadar hakem heyetinin veya tarafların delil toplama konusunda mahkemelerden yardım isteyebilecekleri kabul edilse de[476], tahkim özünde mahkemeyle ilişkiyi en aza indirmek üzere tasarlanmış bir sistemdir[477]. Ayrıca tahkim yeri dışında bir ülke mahkemesinden delil toplanması için destek alınması oldukça zor bir süreç olabilmektedir[478]. Dolayısıyla bu argümana göre tahkim bir kurum olarak rekabet hukukunun uygulanmasının gereksinimlerini karşılamaya uygun değildir.

Üçüncü olarak, rekabet hukuku ihlallerinin genellikle oldukça yüksek mali kazançlarla ilişkili olması ve tespitinin çok zor olması göz önüne alınarak, tahkimin temel prensiplerinden olan gizliliğin, söz konusu ihlalleri perdeleme amacıyla kullanılabileceği yönündeki endişeler, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesine çekimser yaklaşılmasına sebep olmuştur[479]. Tahkimin doğası gereği özel bir yargılama usulü olması ve mahremiyet ilkesi gereği kamuya açık yürütülmemesinin, kamuyu ilgilendiren rekabet ihlallerinin önlenmesi için elzem görülen şeffaflık ilkesi ile birlikte uygulanamayacağı ileri sürülmüştür[480]. Gerçekten de, özellikle Avrupa Birliği'nde rekabet hukuku meselelerinin tahkime elverişliliği konusunda en temel engellerden birinin bu olduğu düşünülmekteydi[481]. Hatta Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü uzmanları, Fransız ve İtalyan şirketlerin arasında Roma Anlaşması'nın 85. maddesini doğrudan ihlal eden bir pazar paylaşım anlaşması yapıldığı, tahkim şartı içeren bu anlaşmada tahkim yeri İsviçre, esasa uygulanacak hukukun da İsviçre hukuku olarak belirlendiği, sözleşmenin tek nüsha olarak imzalanıp İsviçre'de ortak kullanılan bir banka kasasına konduğu bir olay aktarmışlardır. Olayda

[474] Ibid.
[475] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-14.
[476] UNCITRAL Model Kanun m. 27; Alman Usul Kanunu m. 1050; İngiliz Tahkim Kanunu m. 42(2), 43(2), 44(4); İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 184(2); Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1469(1) ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12(B).
[477] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 152.
[478] Jean François Poudret, Sébastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, Trans. By Stephen V. Berti, & Annette Ponti, London, Sweet&Maxwell, 2007., s. 567.
[479] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-14.
[480] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 152; Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 417.

uyuşmazlık ortaya çıktığında, hakemlere sözleşmeyi incelemeleri için izin verilmiş, ancak kararın ilgili AB ülkesinde tenfiz edilebilmesini teminen taraflarca hakemlerden kararda sözleşmenin AB rekabet hukukuna aykırı hükümlerine değinmemeleri talep edilmiştir[482]. Tahkimin gizli ve nihai bir süreç olması bağlamında bu aktarılan olaya benzer "korku filmi" senaryoları özellikle Avrupa'da tarihsel olarak rekabet hukuku konularının tahkimde görülemeyeceği konusunda bir görüşün oluşmasına yol açmıştır[483].

Nihayet, rekabet hukuku kurallarının devletler için büyük önem taşıdığı; tahkim yargılamasında hakem kararının kural olarak bağlayıcı olduğu ve sınırlı hallerde yargı denetimine tâbi olabildiği göz önüne alındığında, devletlerin bu kuralların hakemlerce uygulanmaması veya yanlış uygulanması halinde etkin bir denetim yapılamaması gibi bir risk almak istememeleri sebebiyle de rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmeye uygun olmadığının iddia edildiği söylenebilir[484]. Diğer bir deyişle, hakem kararlarının nihai olması ve taraflarca gönüllü olarak bu kararlar yerine getirildiği takdirde konunun yetkili makamların önüne gelmeden çözülebiliyor olması, tahkim hukukunun rekabet hukukunun tahkime elverişliliğine getirdiği sınırlamalardan birisi olarak kabul edilmektedir[485].

Rekabet hukukunun neden tahkime elverişli olmadığına dair görüşlere yer verildikten sonra, konunun yargı uygulamasında ne şekilde evrildiği ve yukarıda ifade edilen görüşlere karşı hangi argümanların geliştirildiği aşağıda hukuk sistemleri bazında incelenecektir. Bu noktada Amerikan hukuku, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olması konusunda fitili ilk ateşleyen hukuk sistemi olması sebebiyle ilk olarak incelenecektir. İkinci olarak uluslarüstü bir yapı olarak kendi hususiyetleri ve özellikle rekabet hukukunda ülkemiz uygulaması bakımından da örnek alınması sebebiyle Avrupa Birliği yargı makamlarının

[481] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 192.
[482] Jacques Werner, "Application of Competition Laws by Arbitrators - The Step Too Far" **Journal of International Arbitration**, Vol. *12*(1), 1995, s. 23.
[483] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 192.
[484] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-14.
[485] Werner, "Application of Competition Laws by Arbitrators - The Step Too Far", s. 23.

konuyu ne şekilde değerlendirdikleri ele alınacaktır. Üçüncü olarak konu ile ilgili çok sayıda kararın bulunması ve kısıtlayıcı yasal düzenlemesine rağmen liberal yaklaşımı sebebiyle Fransız mahkemelerinin konuya bakışı incelenecektir. Dördüncü olarak Avrupa'da rekabet hukuku ve tahkim ilişkisini ilk olarak gündemine alan ve Avrupa Birliği hukuk sistemine dahil olmayan İsviçre'deki durum irdelenecektir. Son olarak Türk hukukunda ve özellikle doktrinde konuya ilişkin görüşlere yer verilecektir.

Ülke hukuklarındaki durumu incelemeye geçmeden önce, rekabet hukukunun hakemlerin önüne ne şekilde gelebileceğine değinmek gerekir. Genel olarak tahkimde rekabet hukukuna ait sorunların dört şekilde gündeme geldiğini söylemek mümkündür. İlki, tahkime konu uyuşmazlıkta uyuşmazlığa konu sözleşmenin rekabet hukukuna aykırılığı sebebiyle geçersizliğinin iddia edilmesi yahut genel olarak rekabet hukukuna aykırılığın bir savunma konusu yapılmasıdır. İkinci hâl, hâkim durumun kötüye kullanılması sebebiyle etkilenen piyasa aktörlerinden birinin sonradan tahkim anlaşması yapmak kaydıyla veya mevcut bir tahkim anlaşması kapsamında ileri sürmek suretiyle anılan durumu tahkime konu etmesidir. Üçüncü olarak, kartel oluşturan firmaların kendi aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeleri halinde de rekabet hukuku sorunları hakemlerin önüne gelecektir. Dördüncü hâl ise tüm ihlallerden kaynaklanan tazminat davalarının tahkim konusu yapılmasıdır[486]. Bunların yanında, birleşme ve devralmalar bağlamında verilen taahhütlerin izlenmesi sürecinde de tahkimin kullanılmasına rastlanmaktadır ki, bu durum çalışmanın beşinci bölümünün konusunu teşkil etmektedir[487].

[486] Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 1", s. 48.
[487] Bkz. aşağıda bölüm no. 4.

II. İKİNCİ BÖLÜM

ÇEŞİTLİ ÜLKE HUKUKLARINDA REKABET HUKUKU VE TAHKİM İLİŞKİSİNİN GELİŞİMİ

A. ABD Hukukunda rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin gelişimi

ABD'de ne rekabet kanunlarında ne de tahkimi düzenleyen kanunlarda rekabet hukuku meselelerinin tahkimde görülebileceğini veya görülemeyeceğini açıkça düzenleyen bir hüküm yer almaktadır[488]. Dolayısıyla bu konu yargı kararları ekseninde tartışılmıştır.

1. *American Safety* davası: Rekabet hukuku uyuşmazlıkları tahkime elverişli değildir

Rekabet hukuku meselelerinin tahkime konu olabilmesi konusuna dair ilk olarak *American Safety*[489] davasından bahsetmek gerekir. Davanın konusu, iki firma arasındaki tahkim şartı içeren marka lisans anlaşmasının rekabet hukukuna aykırılığıdır. Bölge mahkemesi, taraflar arasındaki tahkim şartının rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsadığı gerekçesiyle[490] tarafları tahkime yönlendirmiş, bunun üzerine istinaf başvurusunda bulunulmuştur. İstinaf mahkemesi, sorunu, rekabet hukuku sorunlarının tahkim yoluyla çözülmesinin uygun olup olmayacağı olarak tanımlamış ve soruya olumsuz yanıt vermiştir[491]. Bunun gerekçelerini ise üç ayrı başlık altında değerlendirmek mümkündür. Mahkeme ilk olarak, rekabet hukukunun amacına değinmiş ve Amerikan rekabet hukukunun temel yasası olan Sherman Act'in "ulusal menfaatleri" korumak üzere tasarlandığını, rekabet hukuku ihlallerinin milyonlarca insanı ilgilendirebildiğini, dolayısıyla kanun koyucuların bu

[488] David W. Rivkin, "The U.S. Situation" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini, **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the International Business Law and Practice** Paris, ICC Publishing S.A., 1993., s. 129.

[489] (American Safety v. Mcguire, 1968)

[490] Tahkim şartının lafzı "*doğası veya niteliği ne olursa olsun işbu sözleşmeden ya da sözleşmenin ifası yahut ihlalinden doğan veya bunlarla ilişkili her türlü anlaşmazlık, uyuşmazlık veya talep tahkim yoluyla çözülecektir*" seklindedir. Bkz. (American Safety v. Mcguire, 1968), para. 3.

[491] Ibid. para. 16.

kanundan doğan taleplerin mahkemeler dışında bir zeminde çözülmesini amaçladıklarına "inanmadıklarını" ifade etmiştir[492]. Bir başka ifadeyle rekabet hukuku, Amerikan ekonomisi bakımından mahkemeler dışında bir yargı mercii tarafından uygulamasına izin vermek için "fazla" önemlidir[493]. İkinci argüman olarak rekabet hukuku uyuşmazlıklarının genelde karmaşık olduğunu, delillerin çok çeşitli ve kapsamlı olduğunu öne sürerek yine bunların çözümü için mahkemeleri adres göstermiştir. Son olarak da hakemlerin genellikle piyasada faaliyet gösteren kişilerden seçilmeleri sebebiyle bunların tarafsız davranmalarının ve kamuyu ilgilendiren meseleler hakkında karar vermelerinin beklenmesinin uygun olmayacağı yönünde görüş belirtmiştir[494].

Neticede mahkeme, herhangi bir sözleşmenin Sherman Act'e göre geçerliliğinin tartışma konusu olması halinde bu uyuşmazlığın sadece mahkemeler tarafından çözülebileceğini hükme bağlamıştır. Zira rekabet hukukunun "kamu yararına ilişkin, karmaşık ve tarafsız olarak değerlendirilmesi gereken" bir konu olması, onu tahkim için elverişsiz kılmaktadır[495]. Ancak yine aynı kararda mevcut uyuşmazlıktaki diğer konuların hakemler tarafından çözülmesine bir engel olmadığı ifade edilmiştir[496]. Dolayısıyla bir uyuşmazlık tahkim yoluyla çözülürken, konu rekabet hukukuna aykırılığa geldiğinde hakem heyetinin yargılamayı durdurması ve mahkemenin bir karar vermesini beklemesi gerekecek, bu ise hem kötü niyetli tarafa yarar sağlayacak hem de mahkeme bir karar verene kadar rekabete aykırılığın devam etmesine yol açarak rekabet kurallarının etkin bir şekilde uygulanması engellenmiş olacaktır[497].

---

[492] (American Safety v. Mcguire, 1968), para. 13.

[493] Mark R. Joelson, "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1327-1344), The Hague, Kluwer Law International, 2011, s. 1329.

[494] (American Safety v. Mcguire, 1968), para. 14.

[495] Lopez-Galdos, "Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration", s. 384.

[496] (American Safety v. Mcguire, 1968), para. 18.

[497] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-082; Rivkin, "The U.S. Situation", s. 130.

2. *Mitsubishi* davası: Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülebileceğinin kabulü

a) Davanın konusu ve Yüksek Mahkemenin kararı

Mitsubishi [498] davası, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin yolunu uluslararası alanda açan dava olarak tanımlanmaktadır[499]. Söz konusu davanın tarafları, Soler isimli Porto Rikolu otomobil bayii bir firma ile Japon Mitsubishi Motors[500] (Mitsubishi) şirketidir. Taraflar arasında, Mitsubishi araçlarının Soler tarafından Soler'in pazarlama alanında (San Juan dahil) satılmasını konu alan bir satış ve dağıtım sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede yer alan tahkim şartında, sözleşmenin bazı maddelerinden ve sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların "*Japonya'da Japonya Ticari Tahkim Derneği kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözüleceği*" ifade edilmiştir. Sözleşmenin esasına ise İsviçre hukuku uygulanacaktır[501].

Araç satışı sözleşmede kararlaştırılan asgari satış miktarının önemli ölçüde altına düşünce, Mitsubishi yeni araç gönderimini durdurmuş, daha sonra da Federal Tahkim Kanunu ve New York Konvansiyonu uyarınca tahkim şartı kapsamında kalan uyuşmazlıklar için Soler'in tahkime gitmeye zorlanmasına dair Federal Bölge Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Davalı Soler cevap dilekçesi sunmuş ve ayrıca karşı dava açmış, savunma ve iddialarını başta Sherman Act ve Porto Riko Rekabet Kanunu olmak üzere dokuz farklı yasaya dayandırmış, özellikle Mitsubishi ile Chrysler' in Sherman Act'e aykırı olarak pazar paylaşımı yaparak ticareti sınırladıklarını ileri sürmüştür. Bölge mahkemesi, rekabet hukukundan doğanlar dahil olmak üzere, tüm talepler için tahkime gidilmesi yönünde bir

[498] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985)

[499] Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-33; Beechey, "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law", s. 183; Werner, "Application of Competition Laws by Arbitrators - The Step Too Far", s. 24; Lopez-Galdos, "Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration", s. 384.

[500] Mitsubishi Motors, Mitsubishi Heavy Industries ile Chrysler International S.A. (CISA)'nın ortak girişimidir.

karar vermiş, fakat İstinaf Mahkemesinin Birinci Dairesi kararı kısmen bozmuş, *American Safety* doktrinini uygulayarak rekabet hukukundan doğan talepler *haricindekiler* için tahkime gidilmesine hükmetmiştir[502].

Amerikan Yüksek Mahkemesi öncelikle, emredici kurallardan doğan taleplerin tahkim şartı kapsamına girip girmediği sorusuna yanıt aramıştır. Mahkeme, bu kurallardan doğan uyuşmazlıklar hakkında tahkim yolunu tercih etmenin söz konusu emredici kuralların bahşettiği haklardan feragat etmek anlamına gelmeyeceği, sadece bu uyuşmazlıkların yargısal makamlar önünde değil, hakemler tarafından çözülmesinin tercih edildiği anlamına geldiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla tahkime giden taraflar detaylı bir yargılama usulü ve kararın tekrar incelenebilmesi imkânına karşılık basitlik, daha az resmiyet ve sürati seçmektedirler. Yüksek Mahkeme, eğer Kongre'nin bir kanunun (sağladığı haklar itibarıyla) koruyucu etkisini söz konusu hakların mahkeme dışında ileri sürülmesini önleyecek şekilde genişletme niyeti var ise bu niyetin kanunun metninden veya yasama tarihçesinden anlaşılması gerektiği düşüncesindedir. Böyle bir niyet tespit edilemediğinden, emredici kuralları içeren yasalardan doğan hakların tahkimde görülemeyeceği iddia edilemez[503].

Yüksek Mahkeme ikinci olarak, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının, tarafların tahkim anlaşmasının varlığına ve kural olarak emredici kurallarla bağlantılı haklardan doğan talepleri kapsamına almasına rağmen, tahkimde görülmeye uygun olup olmadığını tartışmıştır. Bu noktada ilk olarak tahkime elverişliliğin, izleri Federal Tahkim Kanunu'nda da görülen federal tahkimi önceleme politikası göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.[504] Dolayısıyla bir konunun tahkime elverişliliği konusunda tereddüt varsa, bu

[501] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 618.
[502] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 619-621.
[503] Ibid. s. 629.
[504] Joelson, "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective", para. 33-013; Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-36; (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 626; Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 155.

şüphe tahkim iradesini geçerli kılacak şekilde yorumlanmalıdır[505]. Bu prensibin kabulünden sonra ise yine Yüksek Mahkeme'nin *Scherk*[506] davasında benimsediği yaklaşımın devam ettirildiği görülmektedir. *Scherk* davasında olduğu gibi mahkeme, uyuşmazlığın yabancılık unsuruna yoğunlaşmış ve aşağıdaki şekilde bir hüküm vermiştir:

> "*Uluslararası nezaket kuralları, yabancı ve milletlerarası hakem heyetlerinin yetkinliklerine (duyduğumuz) saygı ve uyuşmazlıkların çözümünde öngörülebilirliğe ilişkin uluslararası bir sistem ihtiyacı konusundaki hassasiyet sebebiyle, ulusal bir düzlemde aksi bir sonuca ulaşabilecek olsak da, tarafların (tahkim) sözleşmelerine geçerlilik tanımamız gerekir.''*[507]

Mahkeme, çözümünü milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklarla sınırladıktan sonra[508], *American Safety* kararında tahkime elverişsizlik için dayanılan gerekçeleri çürütmeye girişmiştir. Mahkemeye göre bir uyuşmazlıkta rekabet hukuku meselelerinin gündeme gelmesi tek başına haksız bir baskının veya taraflar arasında pazarlık gücünde abartılı bir farklılığın bulunduğu anlamına gelmez; bunların varlığının ayrıca kanıtlanması gerekir[509]. İkinci olarak, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının karmaşık olması tek başına tahkime elverişsizlik sebebi teşkil etmez. Tahkim doğası gereği esnek ve uzmanlara erişimi kolaylaştıran bir usul olup, taraflarca genelde bu yüzden tercih edilir. Tahkim kuralları veya

[505] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 156.

[506] (Scherk v. Alberto Culver Company, 1974). Bu dava esasında sermaye piyasası uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkindir, ancak emredici kurallardan doğan taleplerin tahkime konu olabilmesi konusunda bir mihenk taşı olarak kabul edilir. Bu davada yine emredici hükümler taşıyan 1934 tarihli Sermaye Piyasası Kanunu'ndan doğan ve yabancılık unsuru bulunan bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu yönünde bir karar verilmiştir. Mahkeme, milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından tahkim şartı işlevsiz kılındığı takdirde, tarafların uyuşmazlıkla ilişkili pek çok ülkede dava açabilecekleri, bunun uluslararası ticaret bakımından hayati olan öngörülebilirliği zedeleyeceği ve son tahlilde iş adamlarının milletlerarası nitelikte ticari anlaşmalar yapma istek ve imkânlarını yok edeceği gerekçesinden hareket etmiştir. Bkz. Markham Ball, "Arbitrability under United States Law" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini, **Competition and Arbitration Law: ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s.181-195), Paris, ICC Publishing S.A, 1993.; s. 185-186; Beechey, "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law", s. 183; Didem Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri No. 132, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2012., s. 16.

[507] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 629.

[508] Rivkin, "The U.S. Situation", s. 131.

[509] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-21; Beechey, "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law", s. 185; Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-38; (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 615.

ilgili yasalar neredeyse her zaman taraflara uyuşmazlık konusuna göre bu konuda uzman hakemleri seçme hakkını ve konularında uzman kişilerin – örneğin bilirkişi olarak- sürece dâhil edilmesi imkânını tanımaktadır[510].

Üçüncü olarak hakemlerin genellikle işdünyasından olmaları sebebiyle rekabet hukukunun uygulanması konusunda yeterince güvenilemeyeceği görüşü de mahkeme tarafından reddedilmiştir. Hakemlerin taraflarca uyuşmazlık konusuna göre seçilebilmesi imkânına tekrar atıf yapılmış, ayrıca hakemlerin kimi zaman iş dünyasından, kimi zaman ise hukukçular arasından seçildiğine vurgu yapılmış, hakemler (ABD hukukuna) yabancı olsalar da bunların rekabet hukukunun iş hayatına getirdiği sınırlamalar sebebiyle uygulamayacaklarının varsayılamayacağı ifade edilmiştir[511]. Dördüncü olarak ise, rekabet hukukunun kamuyu ilgilendirdiği için hakemlerce uygulanmaya uygun olmadığı mülahazası ele alınmıştır. Bu bağlamda rekabet hukukunun söz konusu niteliği ve özellikle zararın üç katı kadar tazminat talep etme imkânının (*treble damages*) rekabet hukukunun devlet tarafından uygulanmasına yardımcı nitelikte bir yaptırım olduğu doğrulanmıştır. Ancak mahkeme, bu niteliklerin rekabet hukukunu tahkime elverişsiz hale getirmeyeceğini, bu bağlamda özellikle söz konusu üç kat tazminat talebinin Amerikan mahkemeleri dışında da ileri sürülebileceğini ve bu yolla bahsi geçen tazminatın hem bireysel tazmin amacının hem de kamusal nitelikli caydırma amacının gerçekleşmiş olacağını vurgulamıştır[512]. Dolayısıyla taraflarca ileri sürüldüğü durumda hakemlerin Amerikan hukukunun ilgili hükmünü uygulayarak üç kat tazminat yaptırımına karar verme imkânları ve bu konuda *sorumlulukları* vardır[513].

---

[510] Rivkin, "The U.S. Situation", s. 131; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-21; (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 633.

[511] Beechey, "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law", s. 185; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-089; (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 614.

[512] Rivkin, "The U.S. Situation", s. 131; Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority" para. 12-38; (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 614.

[513] "*Eğer taraflar, Amerikan rekabet hukukunun uygulanmasından doğanlar da dahil olmak üzere, belirli bazı uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkili makamın hakem heyeti olduğu konusunda anlaşmış iseler, artık hakem heyeti bu uyuşmazlığı talebin kaynağı olan milli hukuk çerçevesinde çözümlemekle yükümlü*

İşte bu noktada mahkeme, rekabet hukukunun uygulanması konusunda hakemlere tanıdığı alanın sınırlarını belirlemeye başlamaktadır: Hakemler, ABD rekabet hukukunu uygulamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe uyulup uyulmadığı da mahkemelerce tenfiz aşamasında incelenebilecek ve eğer uyulmadıysa karar kamu düzenine aykırı kabul edilerek kararın tenfizi reddedilebilecektir[514].

"*Second look*" (İkinci Bakış) olarak anılan bu yaklaşım, doktrinde uzun yıllardır tartışılmaktadır. Mahkeme, rekabet hukuku konularının tahkimde görülebilmesinin yolunu açtıktan sonra, Amerikan mahkemelerinin rekabet hukukunun uygulanması konusundaki meşru beklentinin karşılanıp karşılanmadığının kararın tenfizi aşamasında inceleyebileceğini ifade etmiş, bu konuda New York Konvansiyonu'nun her bir taraf ülkeye başvuru konusu kararın kendi kamu düzenine uygun olmaması halinde tenfizi reddetme hakkı verdiğinin altını çizmiştir[515]. Peki, tenfiz mahkemesinin incelemesinin kapsamı ne olacaktır? Yüksek Mahkeme burada tahkimin gerekliliklerini dikkate alarak tenfiz aşamasında hakem kararının incelemesinin minimal olarak yapılması gerektiğini hatırlatmış, ancak hakemlerin "*rekabet hukukundan doğan talebi dikkate aldığının ve bu talepler hakkında bir karar verdiğinin*" anlaşılması için çok detaylı bir inceleme yapılması gerekmediği sonucuna varmıştır[516]. "*Çok detaylı olmayan bir inceleme*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusu kararda tartışılmamıştır. Ancak kamu düzeninin hangi halde ihlâl edilmiş sayılacağına ve dolayısıyla rekabet hukukunun tahkime elverişliliğinin hangi halde kabul edilmeyeceğine ilişkin ikinci bir durum kararda yer almaktadır[517]. Buna göre tahkim yeri ve uygulanacak hukukun *birlikte* taraflardan birinin rekabet hukukunun emredici hükümlerinden doğan haklarını kullanmasını

---

olmalıdır" Bkz. (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 614; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-090.

[514] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 638.

[515] Ibid. s. 614.

[516] Ibid. s. 614.

[517] Rivkin, "The U.S. Situation", s. 132; Renato Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings" Ed. By Gordon Blanke **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (s. 89-114),The Hague, Kluwer Law International, 2008, s. 95.

engellemek amacıyla seçildiğinin anlaşılması halinde, bu seçimi içeren tahkim sözleşmesinin kamu düzenine aykırı kabul edileceğine şüphe yoktur[518].

b) *Mitsubishi*: Karşı oy gerekçeleri

Yüksek Mahkeme kararını dörde karşı üç oy çokluğu ile vermiştir. Bu noktada karşı oy veren hâkimlerin ve sonrasında doktrindeki kimi yazarların *Mitsubishi* kararını hangi noktalarda eleştirdiğine kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz. *Mitsubishi* davasındaki karşı oylar temel olarak şu noktalarda toplanmaktadır:

- Tahkim şartının, açıkça yazılmadığı sürece, emredici kurallardan doğan talepleri kapsadığının varsayılamayacağı[519];
- Kongre'nin ihlali için cezai hükümler ve cezalandırıcı tazminat imkânı öngördüğü ve bu bağlamda kamusal nitelik atfettiği rekabet hukukunun tahkimde görülmesini amaçlamadığı[520];
- ABD'nin New York Konvansiyonu kapsamında tarafları tahkime yönlendirme yükümlülüğünün tahkime elverişsizlik durumunda uygulama alanı bulmayacağı[521]; ve,
- Tahkimin gayri resmi usullerinin emredici kurallar bağlamında bir inceleme yapılıp yapılmadığı konusunda incelenebilir bir kayıt sistemi sağlamadığı, bunun ise kamusal hakların tutarlı şekilde uygulanması için elzem olduğu [522] argümanlarıdır.

Bu sonuncu argüman ile bağlantılı olarak, hakem kararlarının gerekçesiz olması durumunda rekabet hukuku kurallarının dikkate alınıp alınmadığı denetiminin etkin şekilde

[518] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 637.
[519] Ibid. s. 646-648.
[520] İbid. s. 653-658.
[521] Ibid. s. 660- 666.
[522] Ibid. s. 649.

yapılamayacağı da ileri sürülmüştür[523]. Bu görüş doğrultusunda doktrinde hakemlerin rekabet hukuku iddiaları içeren kararlarını her hâlükârda gerekçeli olarak vermeleri önerilmiş, böylece tenfizin reddi ihtimalinin azaltılacağı iddia edilmiştir[524].

c) *Mitsubishi* kararının değerlendirilmesi

Mitsubishi kararının rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği; hatta genel olarak tahkime elverişlilik üzerinde etkileri çok büyük olmuştur[525]. Öncelikle rekabet hukuku uyuşmazlıklarının emredici ve kamusal nitelikleri kabul edilmiş, ancak bu konular bakımından sadece mahkemelerin yetkili olabileceği düşüncesinden vazgeçilmiştir. Eğer emredici kurallar gerçek veya tüzel bir kişi için bir hak sağlıyorsa, bu hakkı mahkeme önünde talep etme veya tahkim yoluyla ileri sürme arasındaki seçim kendisine aittir; söz konusu seçim hakkın varlığını ve ileri sürülebilirliğini etkilemeyecektir.

İkinci olarak, hakemlerin karmaşık rekabet hukuku uyuşmazlıklarını çözmek konusunda yetkin olmadıkları düşüncesi de bu kararla terk edilmiştir. Gerçekten de uluslararası hakemler zaten son derece karmaşık hukuki, teknik ve finansal konuları başarıyla çözüme kavuşturmaktadırlar. Bu konularda hakimlerden daha az yetkin oldukları yönünde herhangi bir kanıt bulunmamaktadır[526]. Kaldı ki, taraflar genellikle hakemleri uyuşmazlık çıktıktan sonra seçtiklerinden uyuşmazlığın konusuna göre uzman bir hakem atama imkânları vardır. Bu hakemlerin tahkim yargılaması esnasında usulî kurallar çerçevesinde bilirkişi atama, çapraz sorgulama ve diğer usulî araçları kullanarak davayı başarıyla sonuçlandırmalarına bir engel yoktur. Ayrıca hakemlerin somut uyuşmazlık için özel olarak

[523] Joelson, "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective", para. 33-025; Carbonneau, "The Exuberant Pathaway to Quixotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi", s. 284.

[524] Sigvard Jarvin, "Comments on U.S. Court Decisions" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini, **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s. 145-150), Paris, ICC Publishing S.A, 1993., s. 149.

[525] Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-41; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-091.

[526] Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", Milletlerarasi Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı**, para. 12-41.

yetkilendirildiği düşünüldüğünde, davanın gerektirdiği zaman ve dikkati yargıçlara oranla daha rahat bir şekilde hasretme imkânlarının bulunduğu da tartışmasızdır[527].

Bu noktada mahkemenin tahkime elverişliliğin yolunu açan yaklaşımına karşılık getirdiği dengeleyici öğelere bakmak gerekir. *Mitsubishi* kararının tahkime elverişlilik bakımından önemli kabul edilen üçüncü özelliği, yabancılık unsurunun tahkime elverişlilik sonucuna varılmasını kolaylaştırmış olmasıdır. Gerçekten de mahkeme, kararının etkisini sadece milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklar ile sınırlamış[528], "*iç hukuk bakımından aksi bir sonuca varılacak olsa da*" yabancılık unsuru bulunan sözleşmeler bakımından rekabet hukukunun tahkime konu olabilmesine onay vermiştir. Dolayısıyla bir anlamda mahkeme milli kamu düzenine nazaran daha sınırlı bir kapsamı bulunan milletlerarası kamu düzeni anlayışını benimsemiş görünmektedir[529]. Bu anlayışın benimsenmesinde ise uluslararası camianın ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla görülmesi konusunda varmış göründükleri konsensüsün "*ulusal kaynaklı endişelere*" feda edilmemesi gerektiği yönündeki kabulün önemli bir rol oynadığı söylenebilir[530].

Milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından Yüksek Mahkeme'nin yabancı hakemlere rekabet hukukunu uygulamaları konusunda duyduğu güven dikkat çekicidir[531], ancak, bu güvenin bir karşılığı vardır. *Mitsubishi* davasının dördüncü önemli özelliği, hakemleri, tarafların seçtikleri hukuktan bağımsız olarak ABD hukukunun ilgili hükümlerini uygulamakla yükümlü hale getirilmiş olmasıdır. Bu, kimi zaman tarafların açık seçimlerini göz ardı etmek pahasına talep edilmektedir[532].

---

[527] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-089.

[528] Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability" s. 203.

[529] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 156.

[530] Carbonneau, "The Exuberant Pathaway to Quixotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi", s. 281.

[531] "*…yabancı ve milletlerarası hakem heyetlerinin yetkinliklerine (duyduğumuz) saygı sebebiyle, …. tarafların (tahkim) sözleşmelerine geçerlilik tanımamız gerekir."* (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 629.

[532] Werner, "Application of Competition Laws by Arbitrators - The Step Too Far", s. 24; Baron & Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and

Mitsubishi davasında ICC'nin *amicus curiae* görüşünde de bu konuya dikkat çekilmektedir[533]. ICC, hakemlerin uygulanacak hukuku belirlerken öncelikle tarafların yaptığı hukuk seçimini, eğer böyle bir seçim yapılmamışsa da uygulanmasını uygun buldukları kanunlar ihtilafı prensiplerini dikkate aldıklarını[534]; ancak rekabet hukuku ihlaline ilişkin talebin dayanakları ile Amerikan hukukunun bağlantısının da dikkate alınan bir diğer faktör olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda ICC, Alman ve Fransız otoriteleri tarafından uyuşmazlıkla önemli ölçüde bağlantılı olan devletin rekabet hukuku kuralları gibi doğrudan uygulanan kurallarının, uyuşmazlığın esasına bu devletin hukuku uygulanmasa da, göz önüne alınmasının gittikçe yaygınlaşan bir eğilim olarak ortaya çıktığına dikkati çekmiştir[535]. Bir diğer ifadeyle ICC, hakemlerin uyuşmazlıkla sıkı bağlantısı bulunan üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımaları gerektiğini kabul etmiştir. Mahkemenin hakemlerden beklentisi de tam bu yöndedir; taraflarca açıkça veya zımnen uygulanacağı kararlaştırılmamış olsa da kamu düzenini ilgilendiren kuralların re'sen dikkate alınması konusunda hakemlerin hem yetkisi hem de yükümlülüğü bulunmaktadır. Amerikan mahkemelerinin tahkimde rekabet hukuku meselelerinin çözülebileceği konusunda hakemlere

---

Germany", s. 32; Lopez-Galdoz, "Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration", s. 384; William Park, "National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity In International Arbitration", **Tulane Law Review**, Vol. *63*(3), 1989, s. 670; Jacques Werner, "A Swiss Comment on Mitsubishi" **Journal of International Arbitration**, Vol. 3(4), 1986, s. 84.

[533] Amicus curiae, kelime anlamı itibarıyla "mahkemenin dostu" anlamına gelmektedir. Hukuki açıdan ise, bir davaya taraf olmayan, ancak mahkeme tarafından mevcut bir davada o davaya ilişkin hukuki bir konuda görüş bildirmesine izin verilen tarafsız kişiyi ifade eder. Bkz. Merriam Webster sözlüğü, (Çevrimiçi) https://www.merriam-webster.com/dictionary/amicus%20curiae , 01.05.2017. ICC'nin *Mitsubishi* davasında sunduğu amicus curiae görüşü Jarvin'in makalesinde aktarılmıştır. Bkz. Sigvard Jarvin, "Mitsubishi- ICC Comment" **Journal of International Arbitration**, Vol. *4*(1), 1987, s. 87-88.

[534] Dava tarihinde yürürlükte bulunan 1975 tarihli ICC Tahkim Kuralları, 13/3. maddesinde taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı hallerde hakem heyetinin "uygun bulduğu kanunlar ihtilafı kuralı tarafından" yetkilendirilen hukuku uygulayacağını düzenlemiştir. 1988 yılında kurallarda bazı değişiklikler yapılsa da bu konuda aynı yaklaşım devam ettirilmiştir. 1998 kurallarıyla ise taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa hakem heyetinin esasa "uygun gördüğü hukuku" uygulayacağı şeklinde bir düzenleme getirilmiştir (m. 17/1). Böylece hakemin kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapma zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. 2012 değişikliklerinde de bu çözüm muhafaza edilmiştir (m. 21/1).

[535] Jarvin, "Comments on U.S. Court Decisions", s. 148.

duyduğu güvenin haklı olup olmadığı hakemlerin bu konudaki tutumları göz önüne alınarak değerlendirilecektir[536].

Yüksek Mahkemenin tahkime elverişliliğe açık çek verme karşılığında getirdiği bir diğer denge unsuru ve *Mitsubishi* kararının tahkime elverişlilik bağlamında önemli olduğu beşinci konu, ikinci bakış (*second look*) kavramını ortaya çıkarmasıdır. Genel olarak devletlerin rekabet hukuku kurallarının hakemlerce uygulanmaması endişesine cevaben, Amerikan hukuku bakımından da hakemlere rekabet hukukunu uygulama konusunda duyduğu güvenin karşılığında Yüksek Mahkeme, esasında zaten var olan bir imkânı hatırlatmaktadır. Hakemlerin beklentilere aykırı davranışı, hakem kararının New York Konvansiyonu anlamında kamu düzenine aykırı kabul edilerek tenfizinin reddedilmesine yol açabilir. Bu noktada tenfiz yeri mahkemesinin incelemesinin kapsamının ne olması gerektiği ise uzun yıllardır tartışılan bir konudur. Kritik sorulardan birisi şudur: hâkim kamu düzeni bağlamında hakem heyetinin hukuku (bu durumda rekabet hukukunu) doğru bir şekilde uygulayıp uygulayamadığını da inceleyecek midir, yoksa Amerikan rekabet kanunlarını dikkate aldığının bir şekilde anlaşılması yeterli olacak mıdır[537]?

Bir görüşe göre bu kararda bahsedilen inceleme bir tür esastan incelemedir, dolayısıyla New York Konvansiyonu kapsamında yapılacak bir incelemeden fazlası gerekecektir[538]. Hatta *Mitsubishi* kararıyla rekabet hukuku konularını tahkime açarken mahkemenin tahkim aleyhine yüklü bir fatura çıkardığı iddia edilmiştir: tahkime elverişliliğin bedeli, hakem kararlarının içeriğinin –en azından kamu düzenine uygunluk bağlamında-

---

[536] *"(Uyuşmazlığın) Tahkim yoluyla çözülmesinin devam etmesine izin veren Amerikan mahkemeleri, (hakem) kararın(ın) tenfizi aşamasında rekabet kanunlarının uygulanmasındaki meşru beklentinin (karşılanıp) karşılan(ma)dığını teyit etme imkânı bulacaktır*". Bkz. (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 638; Jarvin, "Comments on U.S. Court Decisions", s. 149.

[537] Park, "National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity In International Arbitration", s. 669.

[538] Carbonneau, "The Exuberant Pathaway to Quixotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi", s. 284; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-22; Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings", s. 98.

denetlenmesi olmuştur[539]. Ancak çoğunluğun bu görüşte olmadığını ifade etmek gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere kararın metninde, hakem heyetinin rekabet hukukundan doğan talepleri dikkate alması ve bunları karara bağlaması gereğinden bahsedilmiş, ancak verdiği kararın doğruluğundan veya hâkim ilgili hükmü ne şekilde uygulayacak idiyse o şekilde uygulamasından söz edilmemiştir. Bu bağlamda rekabet kanununun uygulanmasında ortaya çıkabilecek yorum veya görüş farklılıklarının tek başına kamu düzenine aykırılık anlamına gelmeyeceği düşünülmektedir[540]. Hakemlerin rekabet hukuku uygulamasına güven esastır. Bu ise kararlarının tenfiz aşamasında esastan incelenmemesi anlamına gelir. Aksi halde, tarafların tahkim yolunu hızlı ve etkin bir süreç olarak tercih etmeleri anlamsızlaşacak, mahkemeler uyuşmazlığı bir kez de kendileri esastan değerlendirerek tahkim sürecini etkisiz hale getirebileceklerdir. Sonuç olarak, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde etkili bir şekilde çözümlenebilmeleri için, ikinci bakışın ilgili ABD yasasının dikkate alınıp alınmadığının tespiti ile sınırlı olması gerektiği yönündeki görüşün özellikle son yıllarda ağırlık kazandığı söylenebilir[541]. Nitekim Amerikan mahkemeleri de sonraki yıllardaki davalarda bu görüşü doğrular nitelikte kararlar vermişlerdir[542].

Ancak bu noktada dikkati çekmek istediğimiz bir husus vardır. Yüksek Mahkeme bu davada kararını ve denge unsurlarını hakem kararının bir şekilde tenfiz için Amerikan mahkemeleri önüne gelmesi ihtimali üzerine kurmuştur. Gerçekten de rekabet hukukundan doğan talepleri içeren bir tahkim yargılamasında verilen hakem kararının tenfizinin Amerikan mahkemeleri dışında başka bir devlet mahkemesinden istenmesi durumunda, özellikle de bu ikinci ülkenin rekabet hukuku Amerikan devletininkinden önemli ölçüde farklıysa[543], Amerikan mahkemelerinin Sherman Act ile korunan kamusal çıkarların gözetildiğini temin

[539] Park, "National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity In International Arbitration", s. 669.
[540] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-091.
[541] Rivkin, "The U.S. Situation", s. 132.
[542] Bkz. aşağıda s. 129 vd.
[543] Beechey, "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law", s. 186.

etmek için müdahale şansı olmayacaktır[544]. Söz konusu karar Amerika'da tenfiz edilemese de Amerikan piyasalarını etkilemesine rağmen pekâlâ başka bir ülkede tenfiz edilebilecektir. Dolayısıyla New York Konvansiyonu kapsamında sağlandığına inanılan korumanın, kapsamı ne olursa olsun, yeterliliği konusunda soru işaretleri vardır[545].

Her hâlükârda, işlevini yerine getirip getirmediği ve kapsamının ne olması gerektiği tartışmalı da olsa, bahsi geçen "ikinci bakış"ın adeta bir emniyet sübabı gibi değerlendirildiği[546] ve ABD dışında diğer devlet mahkemelerinin rekabet hukuku konularının tahkime elverişliliği konusunda ikna olmalarında önemli bir etkisi olduğu söylenebilir.

3. *Mitsubishi* sonrası mahkeme kararları

a) ABD' de iç tahkim bakımından rekabet hukuku konularının tahkime elverişli kabul edilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, Yüksek Mahkeme *Mitsubishi* davasında tahkime elverişlilik vizesini yabancılık unsuru bulunan rekabet hukuku uyuşmazlıkları ile sınırlı olarak vermiştir. Ancak bu karardan çok kısa bir süre sonra, emredici kurallardan doğan taleplerin iç tahkim bakımından da tahkime elverişli olduğu yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır. Bunlardan ilki, 1987 tarihli *McMahon*[547] davasıdır. Bu dava rekabet hukukunu değil, 1934 tarihli Sermaye Piyasaları Kanunu ile rüşvetin yasaklanmasına ilişkin RICO kanunundan doğan ve bütünüyle yerel bir uyuşmazlığı konu almaktadır[548]. Yüksek Mahkeme *McMahon* davasında, her ne kadar *Mitsubishi* kararı milletlerarası nitelik taşıyan

[544] Lew, Mistelis, et al. **Comparative International Commercial Arbitration,** para. 9-47.

[545] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-23.

[546] Jessica J. Fei, Damien McDonald, Eunice Bai, "Awards of Punitive Damages" Ed. By Devin Bray, Heather L. Bray**, Post- Hearing Issues in International Arbitration** (s. 49-76), New York, Juris Publishing, 2013., s. 63; Luca Radicati Di Brozolo, "Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration- a fresh look at the "second look"", **International Arbitration Law Review**, Vol. *7*(1), 2004, s. 24.

[547] (Shearson/American Express Inc. v. McMahon , 1987)

[548] Söz konusu yasal düzenlemeler de Sherman Act gibi emredici hükümler içermekte, bu bağlamda özellikle RICO Kanunu'nda özel hukuktan doğan zararların takip edilmesini teşvik etmek amacıyla zararın üç katı kadar tazminat isteme imkânı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, Mitsubishi kararında olduğu gibi tek başına bu tazminat imkânının bulunmasını tahkimde de ileri sürülebildiği ölçüde tahkime elverişlilik engeli olarak kabul etmemiştir. Jarvin, "Comments on U.S. Court Decisions", s. 133.

uyuşmazlıklara ilişkin olsa da, gerekçelerinin çoğunun hâlihazırda görülmekte olan davaya da uygulanabileceğine hükmetmiştir[549]. Bu bağlamda *McMahon* davasının rekabet hukuku uyuşmazlıklarının iç tahkimde görülebilmesine imkân olduğu şeklinde yorumlanabileceği kabul edilmektedir[550]. Bu davadan iki yıl sonra, yine rekabet hukukuyla ilgili olmayan bir başka davada mahkeme[551], *McMahon* davasındaki duruşunu pekiştirmiş ve emredici kurallardan doğan talepleri içeren yerel uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğunu teyit etmiştir.

Nihayet *Gilmer*[552] davasında Yüksek Mahkeme rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıkların iç tahkim bakımından da tahkime elverişli olduğunu teyit etmiştir[553]. Bu davada esasında 1967 tarihli ADEA (Age Discrimination in Employment Act- Çalışma Hayatında Yaş Ayrımcılığı Kanunu) kaynaklı taleplerin tahkimde görülüp görülemeyeceğini tartışırken Yüksek Mahkeme, Sherman Act'e de atıf yapmıştır. Mahkeme, Sherman Act'in de çok önemli kamu politikalarını ilgilendirmesine rağmen tahkime elverişli olduğuna, emredici kurallardan kaynaklanan taleplerin ileri sürülmesi engellenmediği sürece kamu çıkarlarına hizmet eden kanunların uygulamalarından doğan taleplerin ulusal ve uluslararası düzlemde tahkim yoluyla ileri sürülmesine engel olmadığına karar vermiştir[554].

---

[549] (Shearson/American Express v. McMahon, 1987), s. 239.

[550] Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings" Einer Elhauge, "How Italian Colors guts Private Antitrust Enforcement By Replacing It With Ineffective Forms of Arbitration", **Fordham International Law Journal**, Vol. 38, 2015, s. 96.

[551] Bu dava da Sermaye Piyasaları Kanunu'ndan doğan taleplere ilişkindir. (Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 1989)

[552] (Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp. , 1991)

[553] Peter Greene, Peter Julian, Julie Bedard, "Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America" Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition- Arbitrating Competition Law Issues** (s. 43-55), The Hague, Kluwer Law International, 2008., s. 45; Joelson, "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective", para. 33-032.

[554] (Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 1991), s. 28.

b) Üç kat tazminat (*treble damages*) ve cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) yaptırımlarının tahkime elverişliliği

Kara Avrupası hukukuna yabancı kabul edilen, ancak Anglo Sakson hukuk sisteminde sıkça kullanılan cezalandırıcı tazminatın rekabet hukuku bağlamında özel olarak tahkime elverişliliği konusunda Amerikan hukukunda çok sayıda yargı kararı bulunmaktadır. Cezalandırıcı tazminat, "*bir başkasına kusurlu davranışı ile zarar veren kişinin cezalandırılması ve benzer davranışların önlenmesi amacına hizmet eden ve zararı aşan bir meblağın zarar görene ödenmesi sonucunu doğuran bir tazminat türü*" olarak tanımlanmıştır[555]. Cezalandırıcı tazminatın üç amacı bulunmaktadır. Bunlar tazmin amacı, cezalandırma amacı ve caydırma amacıdır, yani cezalandırıcı tazminat sadece zarar göreni tazmin etmeye değil, bozulan düzenin tesisi için toplumun geri kalanına bir mesaj vermeye yönelik bir yaptırımdır. Dolayısıyla kamu düzenini sağlama amacına hizmet ettiği kabul edilir[556]. Cezalandırıcı tazminatın özel kanunlarda düzenlenmiş bir türü de üç kat tazminat (*treble damages*) tır. Amerikan hukukunda rekabet kanunu ve RICO Kanunu gibi düzenlemelerde üç kat tazminat yaptırımına açıkça yer verilmiştir[557]. Ancak Amerikan mahkemeleri rekabet hukuku bağlamında üç kat tazminatın cezalandırıcı nitelikte sayılmayacağını, zira gerçek zarar miktarından yola çıkarak hesaplandığını ve sadece zarar görenlerin yararlanabileceği bir imkân olduğunu, bu anlamıyla öncelikli amacının zararın tazmini olduğunu ortaya koymuşlardır[558]. Dolayısıyla Amerikan hukukunda rekabet hukuku

[555] Selin Özden Merhacı, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

[556] Fei, McDonald, Bai, "Awards of Punitive Damages", s. 50.

[557] Başak Başoğlu, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi" **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan)**, Vol. *15*(1), 2016, s. 621.

[558] Özellikle (Investment Partners, L.P. v. Glamour Shots Licensing, Inc., 2002) davasında bu durum açıkça ortaya konmuştur.

bağlamında üç kat tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında bir ayrım yapılması gereklidir[559].

Rekabet hukuku taleplerini içeren davalar bakımından üç kat tazminata hakemlerce de hükmedilebileceği, *Mitsubishi* davasında kabul edilmiştir [560] . Hatta konu *Comcast* davasında[561] daha da ileri taşınarak, üç kat tazminat talebinden feragat edildiği ifadesini içeren tahkim şartının geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. Bu davada, yürürlükteki rekabet kanunlarından olan ve üç kat tazminat istenmesine imkân veren Clayton Act'e açıkça aykırı olan tahkim şartının sadece ilgili kısmının hükümsüz olacağı, ancak tahkim iradesinin geçerliliğini koruyacağı yönünde karar verilmiştir [562] . Ancak, açıkça üç kat tazminat talebinden değil de, genel olarak cezalandırıcı tazminattan feragat edileceğini ifade eden bir tahkim şartı varsa ne olacaktır? Mahkeme *Pacificare*[563] davasında bu soruyu cevaplamıştır. Buna göre böyle bir durumda hakem heyeti söz konusu cezalandırıcı tazminatın kapsamının ne olduğunu yorumlayarak üç kat tazminatı kapsayıp kapsamadığını kendisi tespit edecektir. Dolayısıyla salt böyle bir ifadenin varlığı tahkim şartının geçersizliği için yeterli değildir, konu öncelikle hakem heyetinin incelemesine bırakılmalıdır[564]. Nihayetinde, taraflar rekabet hukuku bakımından özel olarak öngörülen bir hak olan üç kat tazminattan tahkim bağlamında da olsa vazgeçemeyecekler, bu yöndeki anlaşmaları geçersiz olacaktır[565].

Genel olarak cezalandırıcı tazminatın tahkime elverişliliği konusu ise daha farklı bir seyir izlemiştir. New York Mahkemesi 1976 tarihli *Garrity* [566] kararında, cezalandırıcı tazminatın bütünüyle kamu düzeniyle ilişkili olmasından dolayı münhasıran devlet eliyle hükmedilebilecek bir yaptırım olduğuna ve cezalandırıcı tazminat yaptırımını içeren hakem

[559] Micheal Blechman & Karin Garvey, "Remedies in Arbitration for US Antitrust Violations" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1393-1415), The Hague: Kluwer Law International, 2011., para. 36-024.
[560] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 614.
[561] (Kristin v. Comcast Corp., 2006)
[562] Ibid., s. 47-48.
[563] (Pacificare Health Systems v. Book, 2003)
[564] (Greene, Julian, Bedard, "Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America", s. 47.
[565] Joelson, "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective", para. 33-050.

kararının bozulması gerektiğine hükmetmiştir[567]. Ancak federal mahkemelerin[568] ve sonrasında Yüksek Mahkemenin bu konudaki yaklaşımları daha farklı olmuştur. Yüksek Mahkeme'nin *Mastrobuono*[569] kararı bu konuda özel bir önem taşımaktadır[570]. Bu davada mahkeme, tahkimde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceğini onaylamakla kalmamış, hakemlerin cezalandırıcı tazminata hükmedilmesini gerektiren bir durum oluşup oluşmadığını tespit etmekte hakimlerden daha avantajlı durumda olduğunu ifade etmiştir[571]. Ancak, hakemlerin bu yaptırımı uygulayabilmeleri için bir şart vardır: tahkim şartı açıkça veya zımnen bu yaptırımın uygulanmasını engellememiş olmalıdır. Örneğin mevcut davadaki "doğabilecek tüm uyuşmazlıklar" ibaresinin, cezalandırıcı tazminata hükmetme yetkisi verdiği kabul edilmiştir[572].

Bu noktada, taraflarca tahkim yargılamasında esasa uygulanmak üzere seçilen hukukun ve usule uygulanmak üzere seçilen hukukun hakemlerin böyle bir karar verme yetkilerine etkisinin ne olacağı sorusu akla gelmektedir. *Mastrobuono* kararında mahkeme, tahkim şartında New York hukukunun seçilmiş olmasını[573], bu hukukun esasa uygulanmak üzere seçildiği şeklinde yorumlamış, dolayısıyla usule ilişkin bir seçim yapılmadığını kabul etmiş, ancak tahkim yerinin de New York olmasından dolayı, usule ilişkin olarak Federal

[566] (Garrity v. Lyle Stuart, Inc., 1976)

[567] (Garrity v. Lyle Stuart, Inc., 1976), s. 794.

[568] Bu konuda federal mahkemeler tarafından verilen Willoughby Roofing ve Raytheon kararları özellikle önemlidir. Her iki kararda da mahkemeler, cezalandırıcı tazminata hakemlerde hükmedilmesine bir engel olmadığı yönünde karar vermişlerdir. Bkz. (Willloughby Roofing v. Kajima International, 1985) ve (Raytheon v. Automated Business Systems, 1989)

[569] (Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 1995)

[570] *Mastrobuono* kararı esasında rekabet hukuku ile ilgili değildir. Ancak hakemlerin cezalandırıcı tazminata hükmetme yetkileri bakımından önem taşımaktadır. Bunun yanında, Amerikan mahkemelerinin rekabet hukukuna ilişkin *mahkeme kararlarında* üç kat tazminat yaptırımının yanında cezalandırıcı tazminata hükmedemeyeceklerine ilişkin kararların mevcut olmasından hareketle, tahkim bakımından da hakemlerin üç kat tazminata hükmedebilmekle birlikte cezalandırıcı tazminata hükmedemeyecekleri yönünde bir görüş mevcuttur. Ancak bu görüş mahkeme kararlarıyla henüz doğrulanmamıştır. Ayrıca diğer yandan Amerikan mahkemelerinin üç kat tazminatın esas fonksiyonunun tazmin olduğu yönünde çok sayıda kararı vardır, bu bağlamda cezalandırmayı gerektirecek ağırlıkta bir fiil islenmesi durumunda zaten takdiri bir kurum olan cezalandırıcı tazminatın işletilmesinin gündeme gelmesi teorik olarak mümkündür. Dolayısıyla hakemlerin cezalandırıcı tazminatı uygulayabilecekleri yönündeki analizler korunmuştur. İlgili görüş için bkz. Blechman & Garvey, "Remedies in Arbitration for US Antitrust Violations", para. 36-035 ve 36-036.

[571] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-110.

[572] (Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 1995), s. 60-61.

Tahkim Kanunu'nun New York mahkeme uygulamasına nazaran öncelikli olarak uygulanacağına ve Federal Tahkim Kanunu uyarınca söz konusu yetkinin hakemlerce kullanılmasına bir engel bulunmadığına hükmetmiştir. Ancak taraflar açıkça tahkim usulüne New York hukukunun uygulanacağını kararlaştırmış olsalardı o durumda Federal Tahkim Kanunu uygulaması öncelik kazanamayacaktır, zira "*Federal Tahkim Kanunu'nun tahkimi önceleme politikası tarafların iradelerini dikkate almama anlamına gelmez*[574]". Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, cezalandırıcı tazminata hükmetme yetkisinin kendisinin usul hukukundan geldiğini, ancak cezalandırıcı tazminatın uygulanması ile hüküm ve sonuçlarının esasa uygulanacak hukuka göre belirleneceğini kabul etmiştir[575]. Bir başka deyişle, Mahkemeye göre bu konuda yetkinin kaynağı usule uygulanacak hukuktur.

Ancak belirtmek gerekir ki, tazminat çoğu ülke hukukunda esasa ilişkin bir mesele olarak kabul edilmektedir[576]. Ayrıca, usul hukukunda bu kurumun yeri bulunsa bile, esasa uygulanacak hukukta cezalandırıcı tazminata ilişkin hiçbir düzenleme yoksa[577], hakemlerin hukuk yaratarak cezalandırıcı tazminatın hüküm ve sonuçlarına karar vermeleri mümkün görünmemektedir[578]. Bunun yanında hakemlerin, esasa uygulanacak hukuku kararlaştıran tarafların beklentilerini dikkate almasının da önemli olduğu düşüncesindeyiz. Gerçekten de, tarafların cezalandırıcı tazminat yaptırımını dışlayan bir hukuk seçmiş olmaları, bir anlamda hakemlere bu konuda bir yetki vermek istemedikleri şeklinde yorumlanabilir. Nitekim, 1986 tarihli *Letco v. Liberia*[579] ICSID tahkim davasında hakem heyeti, tahkimde esasa uygulanmak üzere kararlaştırılan Liberya hukukunu inceleyerek, bu hukukun tazminatla yükümlü tarafa atfedilen fiillerin aynı zamanda suç teşkil etmesi hali hariç olmak üzere, hukuk davalarında

[573] Bir önceki sayfada atıf yapılan Garrity kararı uyarınca New York eyaletinde cezalandırıcı tazminata hükmetmenin hakemlerin yetkisinde olmadığı kabul edilmektedir.

[574] (Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 1995), s. 57.

[575] Fei, McDonald, Bai, "Awards of Punitive Damages", s. 55.

[576] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-113.

[577] Eğer esasa uygulanacak hukukta yahut usule uygulanacak hukukta cezalandırıcı tazminat kamu düzenine aykırı kabul ediliyorsa, tarafların bu yönde anlaşması olsa dahi, hakemlerin uygulamamaları gerektiği kanaatindeyiz.

[578] Fei, McDonald, Bai, "Awards of Punitive Damages", 2013), s. 58.

tazminat miktarının zararı aşamayacağını öngördüğünü tespit etmiş ve cezalandırıcı tazminat talebini reddetmiştir[580]. Dolayısıyla hakemler, cezalandırıcı tazminat verme konusunda yetkili olup olmadıklarını esasa uygulanacak hukuka bakarak belirlemişlerdir.

Bununla birlikte, tahkim yeri hukukunun cezalandırıcı tazminata hükmetme imkânıyla çok önemli bir bağlantısı vardır: esasa uygulanacak hukuk izin verse dahi, tahkim yeri hukuku bunu kamu düzenine aykırı kabul ediyorsa kararın iptal edilmesi gündeme gelebilecektir. Nitekim Almanya'da, İngiltere'de ve İtalya'da bu yönde verilmiş iptal kararları vardır [581] . Ancak, kamu düzeninin yukarıda belirtildiği üzere [582] ihlaline tahammül edilemeyecek kadar önemli prensiplerden oluştuğu düşünüldüğünde, özellikle yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından, sadece cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş olmasının ilgili kararın tenfizin reddini gerektirmediği kanaatindeyiz. Zira taraflar üzerinde kendilerinin seçtikleri veya hakem heyetince uygun bulunan hukuka, dolayısıyla tarafların beklentilerine uygun olarak hüküm ve sonuç doğuran bu tazminat türünün, fahiş olmadığı sürece, sonucu itibarıyla devletin yaslandığı temel prensipleri ihlal etmesi zor görünmektedir. Bu tazminat türünün sadece bir ülke hukuk sisteminde var olmamasının tek başına kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmesinin de hakkaniyetle bağdaşmadığı açıktır.

Peki Türkiye'de durum nedir? Cezalandırıcı tazminat kavramı bilindiği gibi Türk hukukuna yabancı bir kavram olarak kabul edilmektedir, zira Türk sorumluluk hukuku uyarınca tazminat zenginleşmeye sebep olamaz, tazminatın zarar nispetinde olması esastır[583]. Ancak özellikle ABD hukukunun uygulama alanı bulunduğu tahkim davalarında verilen kararların Türkiye'deki akıbeti ne olacaktır? Bu bağlamda Türkiye'de doktrinde hâkim görüş,

---

[579] (Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Liberia, 1986)
[580] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-113.
[581] Kararlar için bkz.Ibid. para. 1-115.
[582] Bkz. yukarıda s. 12 vd.
[583] Başoğlu, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", s. 626; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 38; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (20. Bası)** Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 311.

cezalandırıcı tazminatın cezai niteliğinin bulunmasından ve ceza hukukunda da ülkesellik prensibi bulunmasından mütevellit cezalandırıcı tazminat kararlarının verildiği ülke dışında sonuç doğurmayacağı şeklindedir[584]. Bunun yanında bir diğer görüş de, tazminatın zararı aşamayacağı prensibinin Türk hukukunun temel ilkelerinden biri olması sebebiyle cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırı olduğu yönündedir[585]. Ancak özellikle ikinci görüşe katılmak mümkün görünmemektedir, zira Rekabet Kanunu'nun 58. maddesi belirli şartlar altında zararın üç katı tazminata hükmedilmesine imkân vermektedir[586]. Eğer zarardan fazla bir tazminata hükmedilmesi "ihlaline tahammül edilemeyecek" bir prensip olsaydı, yasa koyucunun bu kuruma bir yasa ile geçerlilik tanımasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. İlk görüş bakımından ise, bir özel hukuk uyuşmazlığının söz konusu olduğu durumda, tarafların iradeleri ve uygulanacak hukuk bu kurumun uygulanması yönünde olduğu ve elbette cezalandırıcı tazminat fahiş bir miktarda takdir edilmediği sürece, "tahkim dostu yaklaşım" ın ve tarafların iradelerine öncelik tanımanın bir gereği olarak tenfize izin verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz[587].

---

[584] Şanlı, Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, s. 465; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Savaş Yayınları, 2016, s. 108.

[585] Cemile Demir- Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s. 177- 179; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası),** s. 502.

[586] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. maddesinde de üç kat tazminat talep etme imkânı tanınmıştır. Ayrıca vekaletsiz işgörme bağlamında Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen menfaat devri yaptırımı (m. 530), zarardan bağımsız olarak ve oldukça yüksek miktarlarda takdir edilebilen manevi tazminat gibi kurumlar da Türk hukukunda tazminatın sadece zararla sınırlı olabileceğine dair düşüncelerin sorgulanmasına sebep olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başoğlu, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", s. 631-632; Özden Merhacı, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**; Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 665 vd.

[587] Aynı yönde bkz. Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 680-681; Başoğlu, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", s. 633; Ozan Turhan, "Amerikan Antitröst Yasalarının Özel Hukuk İlişkilerine Tatbiki Sonucu Ortaya Çıkan "Treble Damages" Kararlarının Avrupa ve Türkiye'de Tenfizi Sorunu" **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** *Sayı 7*(1), 2010, s. 110-111.

c) Tahkime elverişlilik ve topluluk davaları (*class actions*)

Amerikan mahkemeleri arasında, tahkimde topluluk davası açma hakkını engelleyen tahkim şartlarının geçerli olup olmayacağına dair bir fikir ayrılığı bulunduğundan söz edilebilir[588]. Temyiz mahkemesinin kimi daireleri tek başına topluluk davası açma hakkından feragatin öngörülmüş olmasını tahkim şartının geçersizliği için bir sebep olarak değerlendirmemektedir. Zira onlara göre hakkın esası korunmaktadır, bunun ne yolla ileri sürüleceği ise bir usul hukuku meselesidir, dolayısıyla münhasıran hakkı ileri sürme imkânına zarar gelmediği sürece bu yasağı içeren tahkim şartları geçerlidir[589]. Kimi daireler ise topluluk davası açmanın yasaklanmasının bireysel hak aramayı zorlaştırması nedeniyle söz konusu şartı içeren tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağı yönünde kararlar vermişlerdir[590].

Tahkim şartında bu konuda herhangi bir ifade bulunmadığı durumda tahkimde topluluk davası açılıp açılamayacağı konusunda ise Amerikan Yüksek Mahkemesi, yeni sayılabilecek bir karar vermiştir[591]. Buna göre tahkim şartında açıkça bir ifade yer almadığı sürece tahkimde topluluk davası açılamayacaktır[592]. Yüksek Mahkeme bu sonuca, topluluk tahkim davası ile iki taraflı tahkim davası arasındaki farklılıkların ciddi boyutta olduğu, dolayısıyla topluluk davasını tercih etmiş sayılmak için tarafların özel bir irade ortaya koymuş olmalarının gerekmesi düşüncesinden hareketle ulaşmıştır[593].

---

[588] Greene, Julian, & Bedard, "Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America", s. 48.

[589] Temyiz mahkemesinin Üçüncü, Dördüncü, Yedinci ve On birinci Daireleri bu yönde kararlar vermişlerdir. Özellikle önemli kararlar için bkz. (Johnson v. West Suburban Bank, 2000); (Randolph v. Green Tree Fin. Corp- Ala, 2001).

[590] Yukarıda da bahsedilen *Comcast* kararında bu konuya ilişkin de bir hüküm verilmiştir. Birinci Daire, bu şekilde bir topluluk davası açma yasağının davalıyı rekabet hukukunun yaptırım mekanizmalarından adeta koruduğunu, bu nedenle geçersiz olacağını hükme bağlamıştır. Bkz. (Kristin v. Comcast Corp., 2006), s. 60.

[591] (Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds International Corp., 2010)

[592] Diana M. Link, "Waiving Rights Goodbye: Class Action Waivers in Arbitration Agreement After Stolt Nielsen v. AnimalFeeds International" **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 11(2), 2011, s. 295.

[593] Bu farklılıklar şunlardır: 1) Sıradan tahkim davası iki taraf arasındaki uyuşmazlıkları çözme amacı taşırken, topluluk tahkim davası çok sayıda tarafın uyuşmazlıklarını çözmek üzere tasarlanmıştır, 2) Topluluk tahkim davasında, mahremiyet ve gizlilik iddiası iki taraflı uyuşmazlıklardaki kadar belirgin değildir, 3)

Rekabet hukukundan kaynaklanan talepleri içeren tahkim davaları ile topluluk davası ilişkisine dair en yeni tarihli karar, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *American Express v. Italian Colors* davasıdır[594]. Bu davada Yüksek Mahkeme, "*tahkim şartında yer alan topluluk davasından feragat edildiğine dair hükmün, davacının kanundan doğan hakkını talep etmek için bireysel olarak tahkim davası açması halinde katlanması gereken masraf miktarının potansiyel tazminat miktarından fazla olması halinde geçerli olup olmayacağı*" sorusuna yanıt aramıştır[595]. Bu sorunun gündeme gelmesinin sebebi, Amerikan hukukunda tahkim şartlarının icra edilmelerinin istisnalarından birinin tahkim şartının kanundan kaynaklanan haklardan feragat edildiğine dair bir ifade içermesi ve dolayısıyla hakkın etkin şekilde ileri sürülmesinin tahkim şartı ile engellenmiş olmasıdır[596]. Ancak Yüksek Mahkeme, topluluk davasından feragat edildiğini öngören hükmün, rekabet hukukundan kaynaklanan hakların ileri sürülmesini engellemiş sayılamayacağına; zira hak sahibinin kanundan kaynaklanan hakkını ileri sürmeye masraflı olması sebebiyle "değmeyeceğine" karar vermesinin, söz konusu ileri sürme hakkının kendisini ortadan kaldırmak anlamına gelmediğine karar vermiştir[597]. Bu karar, bireylerin rekabet hukukundan kaynaklanan haklarını talep etmelerini son derece zorlaştırdığı ve büyük şirketlerin rekabet ihlallerinin özel hukuk bağlamında yaptırımsız kalmasına yol açacağı gerekçesiyle ciddi şekilde eleştirilmiştir[598]. Gerçekten de rekabet hukuku ispat araçlarının (bilhassa pazar analizi ve rekabete aykırı davranışın pazar üzerindeki ekonomik etkileri bağlamında) yüksek maliyetler gerektirmesinin, uygulamada rekabete aykırı davranıştan zarar gören tüketicilerin söz konusu

---

Topluluk tahkim davasında verilen karar sadece tahkim davasına bizzat katılanları değil, katılmayan tüm ilgilileri bağlar. (Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds International Corp., 2010), s. 1766.

[594] (American Express et al. v. Italian Colors Restaurant et al. , 2013)

[595] Ibid. para. 2307.

[596] Harvard Law Review- Leading Cases "American Express Co. v. Italian Colors Restaurant" **Harvard Law Review**, Vol. 127(1), 2013, s. 281.

[597] (American Express et al. v. Italian Colors Restaurant et al., 2013), para. 2311.

[598] Harvard Law Review- Leading Cases "American Express Co. v. Italian Colors Restaurant", s. 283; Elhauge, "How Italian Colors Guts Private Antitrust Enforcement By Replacing It With Ineffective Forms of Arbitration", s. 775; Jason M. Halper, William J. Foley, "Seven Months After "American Express v. Italian Colors Restaurant": The End Of Class Actions?" **Westlaw Journal Employment**, *Vol. 21*(10), 2014, s. 1.

talep hakkını ileri sürmeleri yönünde önemli bir engel oluşturacağı şüphesizdir. Ayrıca Amerikan rekabet hukuku sisteminin, AB' deki durumun aksine, gücünü kamusal yerine özel hukuk uygulamalarından aldığı düşünüldüğünde, Yüksek Mahkeme'nin bu kararının özel hukuk yaptırımlarının en etkili olanlarından birini fiilen işlevsiz kılacağı iddia edilmektedir [599] . Sonuç olarak ABD rekabet hukuku uygulamasının en önemli enstrümanlarından topluluk davalarının tahkim bakımından gittikçe daha az uygulanır hale geleceğini söylemek mümkündür; buna karşılık, tahkimde taraf iradelerinin rolü gittikçe daha fazla ön plana çıkmaktadır[600].

d) Amerikan mahkemelerinin "*second look*" uygulaması

Yukarıda da belirtildiği üzere[601] *Mitsubishi* davasında Yüksek Mahkeme, hakem kararlarının her hâlükârda denetleneceğini ve her zaman New York Konvansiyonu'nun âkit devletlere tanıdığı hak çerçevesinde kararın tenfizinin reddedilebileceğini ifade etmiştir. Bu konuda mahkemenin inceleme standardının ne olacağı uzun süre tartışılmıştır. Nihayetinde gelinen noktada, tenfiz aşamasında yapılacak bu incelemenin minimumda kalması yönünde bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir. Amerikan Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesi'nin, 2003 tarihli *Baxter v. Abbot* kararı bu yaklaşıma bir örnek teşkil etmektedir[602]. Bu davaya dayanak olan tahkim davasında hakem heyeti Baxter'in Abbot'a vermiş olduğu patent lisansının bölgesel pazar paylaştırması sonucunu doğurduğu ve bu bağlamda Sherman Act'e aykırı olduğu yönündeki iddiasını açıkça reddetmiştir. Bunun üzerine Baxter tahkim davası sonucunda verilen hakem kararına bu aykırılık sebebiyle uymayı reddetmiştir. Bununla ilgili olarak açılan davada bölge mahkemesi patent lisansının hakem heyeti tarafından

[599] Elhauge, "How Italian Colors Guts Private Antitrust Enforcement By Replacing It With Ineffective Forms of Arbitration", s. 778.

[600] Halper & Foley, "Seven Months After "American Express v. Italian Colors Restaurant": The End Of Class Actions?", s. 8.

[601] Bkz. yukarıda s. 108 vd.

yorumlandığı şekliyle geçerli olduğu gerekçesiyle Baxter'in hakem kararına uymaya zorlanmasına karar vermiştir.

Konuyu inceleyen temyiz mahkemesi ilgili dairesi ise, "*ikinci bakış*"ın nasıl yorumlanması gerektiğine dair önemli tespitlerde bulunmuştur. Buna göre hakem heyetinin kararı her hâlükârda nihaidir, zira New York Konvansiyonu'nda hakem heyetinin hukuku yanlış uygulaması bir tenfiz engeli olarak düzenlenmemiştir[603]. Ayrıca mahkeme "*Mitsubishi (davası), tahkim sona erdiğinde, hakem kararının çöpe atılarak federal mahkemeler tarafından yeniden bir yargılama yapılmasını amaçlamamıştır*" diyerek, ikinci bakışın derinlemesine bir incelemeyi gerektirip gerektirmediği konusundaki şüphelere önemli bir cevap vermektedir[604]. Mahkeme ayrıca her ne kadar hakemlerin, tarafları, yürürlükteki hukuk kurallarını ihlal etmeye yönlendirmeleri yasaklanmış ise de, somut olayda rekabet hukuku talepleri ile ilgili yargısal inceleme yapılamayacağını, zira *Mitsubishi* kararındaki ifadesiyle hakem heyetinin "*rekabet hukukundan doğan talebi dikkate aldığının ve bu talepler hakkında bir karar verdiğinin*" aşikâr olduğunu ifade etmiştir[605].

e) *Mitsubishi* sonrası mahkeme kararlarının değerlendirilmesi

Amerikan hukukunda *Mitsubishi* davası ile başlayan sürecin, tahkime elverişliliğin alanının giderek daha da genişletilerek devam ettiği söylenebilir. Yabancılık unsuru bulunmayan uyuşmazlıklar bakımından da rekabet hukuku konularının tahkime elverişli olması, bunun ilk adımıdır. Sonrasında adeta bir emniyet sübabı gibi değerlendirilen ikinci bakışa oldukça sınırlı bir işlev yüklendiği, *Mitsubishi* davası ile gündeme gelen bu kurumun tahkim hukukuna uygun olarak kararın esastan incelenmesine zemin hazırlayacak bir şekilde yorumlanmadığı anlaşılmıştır.

---

[602] (Baxter International, Inc. v. Abbot Laboratories, 2003)
[603] Joelson, "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective", para. 33-041.
[604] (Baxter International, Inc. v. Abbot Laboratories, 2003), s. 832.

Ancak yine de, tahkime elverişlilik bakımından önemli bir sınırın halen varlığını koruduğunu görmekteyiz: tahkim, kişilerin kanunun emredici hükümlerinden kaynaklanan haklarının ileri sürülebileceği bir platform olmak zorundadır. Bu haklar ileri sürülemediği ölçüde, rekabet hukuku konularının tahkime elverişliliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu argüman, tahkim şartının etki kazanmasını engellemek isteyen taraflarca sıkça kullanılmış ve tahkim şartının kanuni hakların kullanılmasını engellediği için geçersiz olduğu savunması giderek daha fazla duyulmaya başlanmıştır[606]. Ancak bunların başarıya ulaştığını söylemek çok mümkün görünmemektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme *Italian Colors* davasında kanuni hakların ileri sürülmesinin engellenmesi yasağını ne kadar dar yorumladığını ortaya koymuştur.

Netice itibarıyla rekabet hukuku taleplerini içeren tahkim davalarında kural olarak tahkim şartları, Federal Tahkim Kanunu'nun anlayışı çerçevesinde tahkim iradesine geçerlilik tanıyacak şekilde yorumlanmakta, tahkim sonucunda verilen hakem kararları da hakemlerin ilgili hukuku uygulama konusunda iyiniyetli bir çaba gösterdikleri anlaşıldığı takdirde aynı tahkim dostu yaklaşımdan yararlanmaktadırlar[607]. Bahsi geçen iyi niyetli çaba, hakemlerin icra edilebilir bir karar verme yükümünün bir uzantısıdır. Bu yükümlülük ise, kanaatimizce, tahkim süreci ile mahkeme denetimi arasındaki dengeyi sağlamaktadır. Hakemlerin verdikleri yetkin kararların sayısındaki artış, Amerika'da olduğu gibi, mahkemelerin hakem kararlarını esastan inceleme eğilimlerini boşa çıkaracaktır.

---

[605] Ibid.
[606] Greene, Julian, Bedard, "Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America", s. 46.
[607] Joelson, "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective", s. 33-052.

B. AB hukukunda rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin gelişimi

1. AB rekabet hukuku sistemi: Başlıca özellikler

a) AB rekabet hukukunun kaynakları

Rekabet hukuku meselelerinin tahkime elverişliliği konusundan önce, konunun açık bir şekilde anlaşılabilmesini teminen, AB'de rekabet hukukuna ilişkin bazı temel meseleleri açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. İlk olarak, milli bir hukuktan farklı özellikler taşıması nedeniyle AB rekabet hukukunun kaynaklarının neler olduğunu ortaya koymak gerekir.

AB hukukunun kaynakları bakımından birincil kaynaklar ve ikincil kaynaklar olarak bir ayrım yapılmaktadır[608]. Birincil kaynak, AB'nin temelini oluşturan kurucu antlaşmaları[609] ifade eder. Rekabet hukuku bakımından bu antlaşma esasında 1957 tarihli Roma Antlaşmasıdır (Treaty Establishing the European Economic Community- ("Treaty of Rome")). Ancak bu antlaşma başka antlaşmalarla çok defalar değiştirilmiş, yeniden numaralandırılmış ve yeniden isimlendirilmiştir. Bu doğrultuda Roma Antlaşması'na son hali Lizbon Antlaşması ile verilmiştir ve antlaşma "AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma" (Treaty on the Functioning of the European Union- TFEU) olarak anılmaktadır[610]. Bu antlaşmanın 101-109. maddeleri rekabet hukukunu düzenlemektedir.

---

[608] Normlar hiyerarşisi bakımından, AB hukukunda birincil ve ikincil kaynaklar arasında AB tarafından imzalanmış olan uluslararası antlaşmalar (TFEU m. 216 vd.) yer almaktadır. Bkz. European Parliament, **Sources and Scope of European Union Law**, (n.d.) (Çevrimiçi) http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.1.pdf , 04.01.2017., s. 1. Ancak bazı kaynaklarda uluslararası antlaşmaların ikincil mevzuat niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Damien Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, **European Union Law**, New York, Cambridge University Press, 2010, s. 99. Kanaatimizce bu noktada Avrupa Birliği organı olarak Parlamento'nun yaptığı hiyerarşik sıralamayı kabul etmek daha doğru bir sonuç verecektir.

[609] Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran ve aşağıda bahsi geçen Roma Antlaşması tek bir antlaşmaydı. Ancak 1992 yılında Maastricht Antlaşması ile AB'nin kuruluşunu ifade eden AB Antlaşması (Treaty on European Union- TEU) da imzalandı. Dolayısıyla bu tarihten itibaren kurucu antlaşmalar iki adettir. (Diğeri için bkz. Sonraki dipnot.) TEU 1993 yılından itibaren yürürlükte olup, 2009'da Lizbon Anlaşması ile TEU' da bazı değişiklikler yapılmıştır. TEU, AB' nin temel amaçlarını, temel organlarını ve bunların isleyişini düzenlemesi ve dış politika ile güvenlik politikasına ilişkin kurallar içermesi sebebiyle AB hukukunun temelini oluşturmaktadır. Bkz. Ahmet Güneş, **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 32 vd.

[610] Roma Antlaşmasında "Avrupa Ekonomik Topluluğu" (European Economic Community- EEC) olarak refere edilen topluluk, 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin "sütunlarından ("*pillars*")" biri olarak kabul edilerek "Avrupa Topluluğu" (European Community- EC) olarak değiştirilmiştir.

TFEU 101. madde (EC 81. madde) rekabetin anlaşma veya uyumlu eylemler yoluyla kısıtlanmasını yasaklamaktadır [611] . 101/1. Madde, AB içerisinde rekabeti sınırlayan, engelleyen veya bozan anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri yasaklamakta, bu hallerin neler olduğu konusunda örnekler vermektedir. 101/3. madde, 101/1. maddenin hangi hallerde uygulanmayacağını düzenlemektedir. Özetle, somut olayın konusu olan ihlalin ekonomik faydalarının rekabetin ihlali ile oluşan zarardan fazla olması halinde 101/1. madde uygulanmayabilecektir. Söz konusu muafiyet bireysel olarak verilebileceği gibi belirli anlaşma, karar veya uyumlu eylem kategorileri hakkında da verilebilecektir. Bu konudaki değerlendirme ise Modernleşme Tüzüğü'nün 5. ve 6. maddeleri uyarınca artık sadece Komisyon tarafından değil, ulusal mahkemeler ve rekabet otoriteleri tarafından da yapılabilecektir. Dolayısıyla 101. madde bütünüyle doğrudan etkiye sahip hale gelmiştir[612].

Nihayet 01.12.2009 tarihinden itibaren geçerli olan Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği'nin içerisinde eritilmiştir. Bu bağlamda Avrupa Topluluğu Antlaşması da Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union- TFEU) ismini almış, terminoloji ile numaralandırmada da değişiklikler yapılmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere 1992 yılından bu yana kurucu antlaşmalardan biri TEU, diğeri ise TFEU'dur. TFEU, TEU' ya kıyasla detay içermekte, AB'nin yasa koyma yetkisinin kapsamı ile AB hukukunun geçerli olduğu alanları ve bunlarda hâkim olan prensipleri düzenlemektedir. Güneş, **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, s. 36 vd.

[611] "***Madde 101***

1. Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tür teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır:

a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen,

b) üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden,

c) piyasaları veya arz kaynaklarını paylaştıran,

d) ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik acısından dezavantajlı duruma sokan,

e) sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan.

2. Bu madde uyarınca yasaklanan anlaşmalar veya kararlar kendiliğinden geçersizdir.

3. Bununla birlikte, tüketicilere ortaya çıkan faydadan adil bir pay ayırarak, malların üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik ya da ekonomik gelişmenin artırılmasına katkıda bulunan ve

a) ilgili teşebbüslere, bu amaçlara ulaşmak bakımından zaruri olmayan kısıtlamalar getirmeyen,

b) bu teşebbüslere, söz konusu malların önemli bir bölümü için rekabeti ortadan kaldırma imkânı vermeyen

- teşebbüsler arası her türlü anlaşma veya anlaşma kategorisine,

- teşebbüs birliklerinin her türlü karar veya karar kategorisine,

-uyumlu eylem veya uyumlu eylem kategorisine

1. paragrafta yer alan hükümlerin uygulanmayacağı kararlaştırılabilir."

[612] John Davies, Constantin Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 337-431), The Hague, Kluwer Law International, 2011., para. 11-140.

Bu bağlamda hakemlerin de Modernleşme Tüzüğü sonrası dönemde muafiyet kararı verebilecekleri konusunda doktrinde bir görüş birliği olduğundan söz edilebilir[613]. Nihayet 101/2. madde, 101/1. maddeye aykırılığın yaptırımını düzenlemektedir. Buna göre, 101/1. madde ihlal edilmiş ve 101/3. madde uyarınca herhangi bir muafiyet de öngörülmemiş ise, bu maddeyi ihlal eden anlaşma ve kararlar kendiliğinden hükümsüz olacaktır. Bu noktada rekabeti ihlal eden hükümler anlaşmanın bütününden ayrılabildiği ölçüde bunların hükümsüzlüğü sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğü anlamına gelmeyecektir[614]. Bahsi geçen hükümsüzlük kesin bir hükümsüzlüktür; başka bir deyişle, taraflar arasında herhangi bir etki doğurmayacağı gibi üçüncü kişiler tarafından da bu sözleşmeye dayalı bir hak ileri sürülemeyecektir[615]. Ayrıca, tespit edilen bu rekabet ihlalinden zarar gören kişilerin zararlarının tazminini milli mahkemeler önünde talep etme hakları saklıdır[616].

TFEU 102. madde (EC 82. madde) hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır[617]. Bu bağlamda maddenin amacı, ilgili pazarda hâkim durumda olan teşebbüslerin davranışlarını kontrol altına almak ve rakiplerine bu durumlarından dolayı ölçüsüzce baskı yapmalarının önüne geçmektir[618]. Bu maddenin uygulamasında yukarıda

[613] Bkz. aşağıda s. 174 vd.

[614] (Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH, 1966) davasında Adalet Divanı bu sonuca varmıştır.

[615] Bkz. (Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA etc, 2006), para. 57.

[616] Ibid. para. 60. Adalet Divanı bu davada, EC. 81/1 (TFEU m. 101/1) maddesinin etkinliğinin sağlanabilmesi için bireysel tazminat yolunun varlığının olmazsa olmaz olduğunu ifade etmiştir.

[617] "***Madde 102***

Bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.

Söz konusu kötüye kullanma özellikle aşağıdakileri içerir:

a) adil olmayan alış veya satış fiyatları veya diğer adil olmayan ticari şartların, doğrudan veya dolaylı olarak dayatılması,

b) üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına olacak şekilde sınırlandırılması,

c) ticari ilişkinin diğer taraflarına eş diğer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik acısından dezavantajlı duruma sokulmaları,

d) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması."

[618] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-236.

bahsedilen[619] rekabet hukukunun amaçları konusunun ağırlıklı bir yer tuttuğunu söylemek mümkündür. Komisyon, bu maddenin uygulaması sırasında rekabet hukukunun amacı olması gereken toplumsal refah artışının bulunup bulunmadığını göz ardı ederek ortak pazarın güçlendirilmesi kaygısı yahut diğer başka politika saikleriyle hareket ettiği gerekçesiyle sıkça eleştirilmektedir[620]. 101. maddede olduğu gibi 102. maddenin de, doğrudan etkiye sahip olması sebebiyle, ihlali durumunda Komisyon veya ulusal rekabet otoriteleri tarafından para cezalarına hükmedilebileceği gibi, zarar görenler de tazminat talebinde bulunabilirler. Son olarak, bir anlaşma veya kararın 101/3. madde uyarınca muafiyet almış olmasının, 102. madde uyarınca aykırılığın var olup olmadığının araştırılmayacağı anlamına gelmeyeceği, iki konunun bütünüyle ayrı değerlendirileceğini ifade etmek gerekir[621].

TFEU 103- 105. maddeler (EC 83-85. maddeler), birincil kaynakların yorumlanması ve uygulanmasına ilişkindir. TFEU 106. madde (EC 86. madde), kamu teşekkülleri ve rekabete ilişkin olup, üye devletlerin birtakım münhasır haklar verdiği teşebbüsler ve kamu teşekküllerine yönelik özel bir araç, sunmaktadır. TFEU 107-109. maddeler (EC 87-89. maddeler) ise, devlet yardımlarına ilişkindir.

Rekabet hukukuna ilişkin Antlaşma maddeleri yorumlanırken, bu maddelerin TFEU ve TEU'nun amaçları ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir[622]. Bu amaçlardan bazıları ortak pazarın inşa edilmesi; dengeli bir ekonomik büyüme ve fiyat istikrarı ile yüksek rekabetçi ve sosyal bir pazar ekonomisine dayanan, tam istihdamı, sosyal ilerlemeyi ve çevrenin korunmasını hedefleyen sürdürülebilir bir kalkınma sağlanması; bilimsel ve teknolojik ilerlemenin sağlanmasıdır[623].

---

[619] Bkz. yukarıda s. 79 vd.

[620] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 175.

[621] Bkz. EC 81/3 (TFEU 101/3)' un Uygulanması Hakkında Kılavuz (Commission Communication – Guidelines on the Application of Art. 81(3) of the Treaty OJ 2004 C101/08) para. 106.

[622] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-033.

[623] TEU m. 3/3.

AB rekabet hukukunun ikincil kaynakları ise, kendi aralarında i) ne kadar detay içerdiğine, ii) ulusal hukukta ne şekilde adapte edildiğine, iii) kime yöneltildiğine göre üçe ayrılmıştır[624]. Bunlardan ilki, tüzüklerdir[625] ("*regulations*"). Tüzükler, Birlik hukukunun başlıca yasama enstrümanıdır[626], yeknesak bir uygulamaya ihtiyaç duyulduğunda bu alanda Tüzük çıkarma yoluna gidilmektedir[627]. Tüzükler detaylı düzenlemeler içerirler; doğrudan etkiye (*direct effect*) sahiptirler, dolayısıyla iç hukukun parçası haline gelmeleri için ayrıca yasalaştırılmalarına gerek yoktur; genele uygulanırlar[628]. TFEU'nun 103. maddesi[629], rekabet hukuku bakımından Konsey'e[630] TFEU'nun 101. ve 102. maddelerinde belirtilen prensiplerin uygulanması için tüzük ve direktif çıkarmak konusunda genel bir yetki tanımaktadır[631]. Rekabet hukuku açısından Konsey tarafından çıkarılan tüzüklerin en önemlileri, 1/2003[632] ve 139/2004[633] numaralı tüzüklerdir. 1/2003 numaralı tüzük, "Modernleşme Tüzüğü" olarak bilinir ve en önemli özelliği, EC 81 ve 82. maddeleri[634] bütünüyle doğrudan uygulanır hale getirmesi ve rekabet hukuku uygulamasını Komisyon'un tekelinden çıkararak ulusal rekabet otoritelerine ve ulusal mahkemelere bu bağlamda yetki tanımasıdır. 139/2004 numaralı tüzük ise, "Birleşme Tüzüğü" olarak bilinmekte ve Birlik ölçeğinde etkisi olan birleşmelerin

[624] Gerard Conway, **EU Law**, New York, Taylor and Francis, 2015, s. 142.

[625] AB hukukunun kaynakları bağlamında kullanılan terimlerin Türkçe karşılıklarında, AB Genel Sekreterliği tarafından 2011 yılında yapılan Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma çevirisi esas alınmıştır. Bkz. T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: **Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma** (Çeviri: A. B. Genel Sekreterliği), Ankara, T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, 2011.

[626] 2004 yılında yapılan bir araştırmaya göre AB'deki tüm yasama enstrümanlarının %31'ini tüzükler oluşturmaktadır. Bkz. Armin Von Bogdandy, Felix Arndt, Jürgen Bast, "Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis" **Yearbook of European Law**, Vol. 23(1), 2004, s. 97.

[627] Chalmers, Davies, & Monti, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", s. 98.

[628] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-036; Güneş, **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, s. 147.

[629] EC 83. madde.

[630] Konsey'in genel görev alanı ve kimlerden oluşacağı TEU m. 16'da düzenlenmiştir.

[631] TFEU m. 103/1'e göre Konsey bu yetkiyi Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danışarak kullanacaktır.

[632] Antlaşmanın 81 ve 82. maddelerinde İfade Edilen Rekabet Kurallarının Uygulanması Hakkında 1/2003 sayı ve 16 Aralık 2002 tarihli Konsey Tüzüğü, OJ 2003 L1/1.

[633] Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 139/2004 sayı ve 20 Ocak 2004 Tarihli Konsey Tüzüğü, OJ 2004 L24/1.

[634] TFEU 101 ve 102. maddeler; Tüzüğün çıkarılma zamanındaki numaralandırmaya atıf yapılmıştır.

kontrolü için bir düzen getirmekte, Komisyon'a bu birleşmelerin ortak pazara uygunluğunu denetleme görevi vermektedir. Bunlara ek olarak, blok muafiyet tüzükleri[635] de AB rekabet hukuku uygulamasında oldukça büyük öneme sahiptir. Konsey veya Konsey'in yetkilerini devrettiği durumda Komisyon tarafından çıkarılan blok muafiyet tüzükleri, rekabet hukuku ihlalleri bakımından 'güvenli limanlar" yaratır: söz konusu tüzüklerdeki şartları sağlayan anlaşmalar bakımından TFEU 101. madde uygulanmaz[636].

İkincil kaynaklar arasında hiyerarşik olarak ikinci sırada direktifler ("*directives*") yer alır. Direktifler genel olarak prensiplere ilişkindir ve daha az detay içerirler; milli hukukların parçası olması için üye ülkelerin yasama organları tarafından adapte edilmesi gerekir, bu konudaki yöntem ve detaylar ilgili devletlerin kendilerine bırakılmıştır, bu anlamda doğrudan etkiye sahip değildirler; tüzükler gibi genele uygulanırlar[637]. Doğrudan etkiye sahip olmamalarından dolayı direktiflerin iç hukuk haline getirilebilmesi için üye devletlere genelde on sekiz ay veya yirmi dört ay gibi bir süre verilir[638]. Nitekim rekabet hukuku bakımından son yıllarda çıkarılan en önemli direktiflerden biri olarak kabul edilen 2014 tarihli Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davaları Direktifi[639] 5 Aralık 2014 tarihinde AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmış, üye ülkelerin bu düzenlemeyi 27 Aralık 2016 tarihine kadar hukuklarının bir parçası haline getirmeleri istenmiştir[640].

İkincil kaynakların bir diğeri ise, kararlardır ("*decisions*"). Kararlar oldukça fazla detay içerirler. Kural olarak kararlar bir muhataba yöneltilir ve bunlar hakkında bağlayıcıdır;

---

[635] Blok muafiyet tüzüklerine örnek olarak "*Antlaşmanın 81/3. Maddesinin Bazı Dikey Anlaşma Ve Uyumlu Eylem Kategorilerine Uygulanmasına Dair 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü* (OJ 1999 L336/21)" ve "*Antlaşmanın 81/3. Maddesinin bazı teknoloji transferi anlaşmalarına uygulanmasına dair 772/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü* OJ 2004 C101/2" tüzükleri verilebilir.

[636] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-041.

[637] Conway, **EU Law**; s. 142; Güneş, **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, s. 148-157.

[638] Chalmers, Davies, & Monti, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", s. 98.

[639] Üye Ülkelerin ve Avrupa Birliği Rekabet Kurallarının İhlalinden Doğan ve Ulusal Hukuklar Uyarınca Görülen Tazminat Davalarına Uygulanacak Kurallar Hakkında 2014/104/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

ancak muhatabı bulunmayan ve dolayısıyla genele uygulanan karar çıkarılması da mümkündür[641]. Genele uygulanan kararlar Birlik kurumlarını ve üye devletleri bağlar, ancak özel kişilere yöneltilmediğinden bunların doğrudan özel kişiler üzerinde bağlayıcılığı olmayacağı kabul edilir[642]. Bir muhataba yöneltilen kararların çoğunun muhatabı üye devletlerdir; bir kısmı ise özel kişilere yöneltilmektedir[643]. Bu ikinci tip kararlara özellikle rekabet hukuku alanında rastlanmakta olup, rekabet hukuku ihlalleri bakımından para cezaları ve ihlal fiilinin sonlandırılması gibi yaptırımlar bu kararların konusunu teşkil etmektedir[644].

AB Hukukunun diğer ikincil kaynakları ise, TFEU m. 288 uyarınca, tavsiyeler ("*recommendations*") ve görüşlerdir ("*opinions*"). Bunlar bağlayıcı değillerdir, ancak Birlik hukukunun yorumlanmasında ve uygulanmasında yol gösterici niteliği haizdirler[645]. AB hukukunda ikincil kaynakların sınırlı sayıda olmadığını, zaman içerisinde bunlara eklemeler yapılabileceğini de belirtmek gerekir[646].

---

[640] AB Komisyonu, **EU Competition Policy Brief- Occasional discussion papers by the Competition Directorate–General of the European Commission**, Ocak 2015 (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/001_en.pdf 04.01.2017.

[641] Bkz. TFEU m. 288/3:

"*Kararlar bütünüyle bağlayıcıdır. Muhatabı belirtilen bir karar, yalnızca muhatabı için bağlayıcıdır*."

TFEU m. 297/2'de bu ayrım şu şekilde ifade edilmiştir (vurgular eklenmiştir):

*"Tüzük, direktif veya mu**hatabı belirtilmeyen karar** şeklinde kabul edilen yasama dışı tasarruflar, tasarrufu kabul eden kurumun başkanı tarafından imzalanır.*

*Tüzükler, tür üye devletleri muhatap alan direktifler ve **muhatabı belirtilmeyen kararlar** Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanır. Bu tasarruflar, belirtilen tarihte, tarih belirtilmemişse yayım tarihlerini izleyen yirminci gün yürürlüğe girer.*

*Diğer direktifler ve **muhatabı belirtilen kararlar**, muhataplarına bildirilir ve bu bildirim ile yürürlük kazanır."*

[642] Chalmers, Davies, & Monti, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", s. 99; Bogdandy, Arndt, Bast, "Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis", s. 104-105; Güneş, **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, s. 157-158.

[643] 2004 yılında yapılan bir araştırmaya göre AB'deki tüm yasama enstrümanlarının %27'si bir muhataba yönelmiş kararlar olup, %10'u ise genele hitap eden kararlardır. Bir muhataba yöneltilmiş kararlardan ise %88'i üye devletler, %12'si ise özel kişiler hakkındadır. Bkz. Bogdandy, Arndt, Bast, "Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis", s. 97, 101.

[644] Chalmers, Davies, & Monti, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", s. 99.

[645] Güneş, **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, s. 158.

[646] Bogdandy, Arndt, Bast, "Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis", s. 96.

Rekabet hukuku uygulaması bakımından, Komisyon tarafından çıkarılan kılavuz ilkeler[647] (*guidelines*) de uygulamada çok önemli bir işleve sahiptirler. Kılavuz ilkeler özü itibarıyla bağlayıcı değillerdir, ancak ilgili taraflar açısından Komisyon'un ne şekilde hareket edeceği konusunda haklı bir beklenti oluşturması bakımından önemlidir, zira Komisyon'un yayımlanmış bu görüşlerinin aksine hareket etmesi, hukuki güvenliği zedeleyecektir[648]. Kılavuz ilkelerde Komisyon, önceki olaylarda aldığı pozisyonlar hakkında da bilgi verir. Rekabet hukuku bakımından özellikle Dikey Anlaşmalar[649], EC m. 81/3 (TFEU m. 101/3)' un Uygulanması[650] ve Yatay İş birliği Anlaşmaları[651] Hakkında Kılavuzlar büyük önem taşımakta olup, bunlar ilgili taraflara, ulusal rekabet otoritelerine, mahkemelere ve hakem heyetlerine rekabet hukukunun ne şekilde uygulanacağı bakımından yol gösterici niteliktedir. Bilhassa yukarıda bahsi geçen 1/2003 sayılı Modernleşme Tüzüğü ile tarafların TFEU m. 101/3 bağlamında muafiyet kazanmaları için Komisyon'a önceden bildirim yükümlülüklerinin ortadan kaldırılması sonucunda bunların kendi somut işlem ve eylemlerinin rekabete uygunluğunu değerlendirirken kılavuzlardan ciddi ölçüde yararlanacakları muhakkaktır[652].

Nihayet, AB hukuku bakımından temel sayılan bir ilkeye dikkati çekmek gerekir. Bu ilke, AB hukukunun üye ülke hukuklarına nazaran üstün olması (*supremacy*) ilkesidir[653]. Buna göre, AB kurumları üye ülkelerin rekabet hukuku düzenlemelerini doğrudan etkileyen düzenlemeler yapabilirler. Bu düzenlemeler iç hukukun bir parçası haline geldiğinde, milli

[647] "Kılavuz ilkeler", AB Bakanlığı tarafından çıkarılan AB Terimleri Sözlüğünde "guideline" kelimesinin karşılığı olarak kullanılan iki ifadeden biridir. Diğeri ise "yol gösterici ilke" dir. Çalışma kapsamında guideline' in karşılığı olarak ilk ifade tercih edilmiştir. Bkz. T.C. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: **Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü (İngilizce- Türkçe)**, Ankara, T.C. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, 2009., s. 156.

[648] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-045.

[649] Commission Notice of 10 May 2010: Guidelines on vertical restraints SEC (2010) 411

[650] Commission Communication – Guidelines on the Application of Art. 81(3) of the Treaty OJ 2004 C101/08.

[651] Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [Official Journal C 11 of 14.1.2011]

mahkemeler nezdinde ileri sürülebilecek, hatta milli yasama organları tarafından çıkarılan kanunların uygulanmasını engelleyebilecektir. AB hukukunun üstünlüğü ilkesi Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarıyla şekillendirilerek topluluk hukukunun bir parçası haline gelmiştir, dolayısıyla kurucu antlaşmalarda bu prensibe dair bir hüküm yer almamaktadır[654]. Özellikle 1964 tarihli *Costa v. ENEL* davasında Divan, topluluk hukukunun milli yasaların hükümleriyle uygulanamayacak hale getirilmesinin kabul edilemeyeceğinden yola çıkarak topluluk hukukunun milli hukuka göre önceliği olduğunu ortaya koymuştur[655]. Divan *Internationale Handelsgesellschaft* davasında bir adım ileriye giderek, topluluk hukukunda yeknesaklığın sağlanabilmesini teminen topluluk hukukunun ulusal anayasaya nazaran da üstünlüğü olduğunu ifade etmiştir[656]. Son olarak *Simmenthal* davasında topluluk hukukuyla açıkça çelişen bir üye devlet hukuku hükmünün, hâkim tarafından uygulanmayarak yerine topluluk hukukunun ilgili hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[657].

b) AB rekabet hukukunu uygulamakla görevli kurumlar

AB rekabet hukukunu uygulayan kurumları dört başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar, Komisyon, üye devlet rekabet otoriteleri, AB mahkemeleri ve üye devlet mahkemeleridir[658].

Komisyon, genel itibarıyla çıkarılacak yasalarla ilgili tavsiye veren ve üye devletlerin bu yasalara uymasını sağlayan temel organdır[659]. Komisyon AB rekabet hukuku politikasının

---

[652] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-044.

[653] Güneş, **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, s. 165-168.

[654] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-042.

[655] (Costa v. ENEL, 1964)

[656] (Internationale Handelsgesellschaft GmbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 1970)

[657] (Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA , 1978)

[658] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-055.

[659] Chalmers, Davies, & Monti, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", s. 52; TEU m. 17 Komisyon'un görevlerini düzenlemektedir.

da merkezinde yer alır. 1/2003 sayılı Modernleşme Tüzüğü'nde, Komisyon'un rekabet hükümlerini şikâyet üzerine veya re'sen işletebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanında Komisyon'un TFEU m. 101 ve 102'nin somut olaylarda uygulama alanı bulup bulmayacağının tespiti bağlamında çok geniş yetkileri ve AB rekabet hukukunu ihlal eden teşebbüslere para cezası uygulama imkânı bulunmaktadır[660]. Özellikle Modernleşme Tüzüğü ile Komisyon'un soruşturma yapma yetkisi önemli ölçüde genişletilmiş, bu bağlamda ev ve işyerlerinde arama yapma ve gerektiğinde bunları mühürleme, sözlü açıklama talep etme imkânları tanınmış ve para cezalarının miktarlarında önemli artışlar yapılmıştır[661]. Yine Modernleşme Tüzüğü Komisyon'a rekabet uygulamasını kılavuzlar ve diğer bağlayıcı olmayan hukuki enstrümanlar ile blok muafiyetler yoluyla şekillendirme; davranışlarının rekabet hukuku bakımından sonuçları hakkında emin olmayan teşebbüslere görüş verme ve ulusal rekabet otoritelerinin performanslarını değerlendirme gibi ek görevler verilmiştir[662].

İkinci olarak üye devletlerin rekabet otoritelerinin de TFEU m. 101 ve 102'yi uygulama yetkisi bulunmaktadır[663]. Her bir üye ülkenin söz konusu uygulamayı ne şekilde yaptığının takip edilebilmesi ve yeknesaklığın sağlanabilmesini teminen Komisyon ve üye devlet rekabet otoriteleri arasında 2002 yılında Avrupa Rekabet Ağı (European Competition Network- ECN) oluşturulmuştur[664]. ECN ayrıca Birlik içinde sınır ötesi rekabet ihlali yapan firmalarla etkin şekilde mücadele etmek için gerekli iş birliği zemininin oluşturulması amacı taşımaktadır. Bu yolla her olayın sadece bir ulusal rekabet otoritesi; birden fazla ancak ortak çalışan ulusal rekabet otoriteleri yahut Komisyon tarafından çözümlenmesi söz konusu olacak ve birden fazla otorite tarafından verilen farklı kararların ortaya çıkmasının önüne

[660] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-057.

[661] Monti, **EC Competition Law**, s. 410.

[662] Ibid. s. 411.

[663] 1/2003 sayılı Modernleşme Tüzüğü m. 5.

[664] Joint Statement of The Council and The Commission on The Functioning of The Network of Competition Authorities, 15435/02 ADD1, 10.12.2002.

geçilecektir[665]. Komisyon tarafından kabul edilen Avrupa Rekabet Ağı İçerisinde İş birliği Tebliği [666] 'nde ECN'in çalışma prensiplerine dair hükümler yer almakta, özellikle Komisyon'un inceleme başlattığı bir konuda artık ulusal rekabet otoritelerinin TFEU m. 101 ve 102'yi uygulama yetkisinin ortadan kalktığı ve her hâlükârda bu otoritelerin Komisyon tarafından verilmiş olan önceki tarihli kararlara aykırı bir karar tesis edemeyecekleri hususları düzenlenmektedir[667].

AB rekabet hukukunu uygulamakla görevli olan üçüncü grup, AB mahkemeleridir. TEU m. 19 uyarınca AB mahkemeleri (The *Court of Justice of the European Union*), Genel Mahkeme (*General Court*), Adalet Divanı (*Court of Justice*) ve ihtisas mahkemelerinden oluşur[668]. Komisyon kararları bakımından ilk derece yargı yolu Genel Mahkeme'dir[669]. Genel Mahkeme'nin incelemesi hem hukukidir hem de içeriğe ilişkindir. Mahkeme incelemesi sonucunda Komisyon kararını iptal edebileceği gibi, Komisyon tarafından verilen para cezalarını arttırıp azaltmaya da yetkilidir [670]. Adalet Divanı ise, Genel Mahkeme'nin kararlarını sadece hukuki bağlamda TFEU m. 256'da sayılan sebeplerle sınırlı olarak inceleyebilir[671]. Temyiz incelemesi sonucunda da, TFEU m. 264 kapsamında Adalet Divanı

[665] Monti, **EC Competition Law**, s. 416.

[666] Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities Official Journal C 101, 27.04.2004.

[667] Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities Official Journal C 101, 27.04.2004, para. 13; Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-060.

[668] Lizbon Antlaşması öncesi dönemde genel mahkeme İlk Derece Mahkemesi (*Court of First Instance*) olarak isimlendirilmekteydi.

[669] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed),** s. 54.

[670] Bu yetki TFEU m. 261'de öngörülmüştür. Buna göre tüzükler kendilerinde öngörülen cezalara ilişkin olarak mahkemelere tam yargı yetkisi verebilirler. Genel Mahkemelerin rekabet hukukundan kaynaklanan cezalara ilişkin cezayı arttırıp azaltma yetkisi de bu kapsamdadır. Bkz. Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-063.

[671] "***Madde 256***

1. Genel Mahkeme, 257. madde uyarınca kurulan bir ihtisas mahkemesinin ve Statü uyarınca Adalet Divanı'nın bakmaya yetkili olduğu davalar hariç, 263, 265, 268, 270 ve 272. maddelerde belirtilen davalara ilk derece mahkemesi olarak bakmaya yetkilidir. Statü, Genel Mahkeme'ye, diğer davalara da bakma yetkisi verebilir.

Genel Mahkeme tarafından bu paragraf uyarınca verilen kararlar, hukuki meselelerle sınırlı olmak kaydıyla, Statü'de öngörülen şartlar ve sınırlamalar dahilinde Adalet Divanı'nda temyiz edilebilir.

2. Genel Mahkeme, ihtisas mahkemelerinin kararlarına karşı açılan davalara bakmaya yetkilidir.

Genel Mahkeme'nin kararını bozabilecektir[672]. Bunun yanında Adalet Divanı, TFEU m. 267 kapsamında kurucu antlaşmaların yahut Birlik organlarının tasarruflarının yorumu hakkında ön karar verme yetkisine de sahiptir[673]. Bu konuda başvuruda bulunma hakkı kural olarak üye devlet yargı makamlarına verilmiştir[674].

Son olarak üye devlet mahkemeleri de doğrudan etkiye sahip ve kural olarak bireyler tarafından da ileri sürülebilen AB rekabet hukuku kurallarının uygulanmasından sorumlu yapılardır. Milli mahkemelerin yorum ve uygulamaları AB rekabet hukuku bakımından son derece önemlidir[675]. Komisyon'un internet sayfasında milli mahkemelerce TFEU m. 101 ve 102 hakkında verilmiş kararların bazıları orijinal dilinde ve tarih sıralamasıyla yer almaktadır[676]. Ayrıca bu alandaki iş birliğini arttırmak ve AB rekabet hukuku uygulaması

Genel Mahkeme tarafından bu paragraf uyarınca verilen kararlar, Birlik hukukunun birliğinin ve uyumunun ciddi bir şekilde etkilenme riskinin bulunması halinde, Statü'de öngörülen şartlar ve sınırlamalar dahilinde, istisnai olarak Adalet Divanı tarafından yeniden incelenebilir.

3. Genel Mahkeme, Statü'de yer alan belirli alanlarda, 267. madde uyarınca ön karar için kendisine gönderilen sorulara bakmaya yetkilidir.

Genel Mahkeme, davanın Birlik hukukunun birliğini veya uyumunu etkileyebilecek bir ilke kararı gerektirdiği kanısına varırsa, davayı karar vermesi için Adalet Divanı'na gönderebilir.

Genel Mahkeme'nin ön karar için kendisine gönderilen sorulara ilişkin olarak verdiği kararlar, Birlik hukukunun birliğinin veya uyumunun ciddi bir şekilde etkilenme riskinin bulunması halinde, Statü'de öngörülen şartlar ve sınırlamalar dahilinde, istisnai olarak Adalet Divanı tarafından yeniden incelenebilir."

[672] ***Madde 264***

"*Dava yerinde görülürse, Avrupa Birliği Adalet Divanı, dava konusu yapılan tasarrufun geçersizliğine karar verir.*

Bununla birlikte, Divan, gerekli görürse, geçersizliğine karar verilen tasarrufun etkilerinden hangilerinin kesinleşmiş sayılacağını belirtir."

[673] "***Madde 267***

Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir:

a) Antlaşmalar'ın yorumu,

b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer."

[674] Bu maddeye ilişkin olarak yoğun tartışmalar yapılmaktadır. Özellikle yargı makamları kavramından ne anlaşılması gerektiği ve hakem heyetlerinin bu kapsama girip girmeyeceği yoğun tartışmalara neden olmuştur. Hakem heyetlerinin AB hukuku bağlamında yargı makamı sayılmadığına dair Adalet Divanı kararları için bkz. aşağıda dipnot 754.

[675] Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, s. 57.

[676] http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/ adresinde kararlar yayımlanmaktadır. (Erişim tarihi: 06.01.2017)

yapan hakimleri bir araya getirmek amacıyla Avrupa Rekabet Hukuku Yargıçları Derneği kurulmuştur[677].

c) AB rekabet hukukunun Birlik sınırları dışında etki doğurması

Uluslararası hukuk bağlamında devletlerin yargılama yetkileri kural olarak kendi ülkeleriyle sınırlıdır. Bozkurt- Lotus[678] davasında Uluslararası Daimî Adalet Divanı, bu konuyu şöyle açıklamıştır:

> "*Uluslararası hukukça bir devlete getirilen ilk ve en önemli kısıtlama- aksine izin veren bir kural olmadıkça- onun başka bir devlet sınırları içinde hiçbir şekil ve biçimde yetki kullanamamasıdır. Bu anlamda yargı yetkisi kesinlikle ülkeseldir ve uluslararası örf ve âdet ya da antlaşmalardan çıkarılan bir kural olmadıkça bir devlet tarafından kendi ülkesinin sınırları dışında kullanılamaz.*[679]"

Ancak bu ilkenin, uluslararası ilişkilerin gelişmesi ile; gerek kural belirlemede gerek kuralı uygulamada devletin yetkisini ülke toprakları ile sınırlandırmanın yeterli olmadığı hatta hakkaniyete uygun olmadığı durumların ortaya çıkması sebebiyle istisnaları olduğu kabul edilmiştir[680]. Devletlerin ülke dışında gerçekleşen hukuka aykırılıklar hakkında yargılama yetkisine sahip olabilmeleri konusunda ortaya atılan çeşitli teorilerden[681] rekabet hukukunu ilgilendiren, etki doktrinidir. Buna göre hukuka aykırı davranışın kendisi bir ülkede işlenmemişse dahi, etkilerini o ülke üzerinde doğuruyorsa, söz konusu devletin belirli şartlar altında yargılama yetkisinin varlığı kabul edilir[682].

---

[677] Derneğin web sayfası www.aeljc.com'dur. (Erişim tarihi: 06.01.2017).

[678] Bozkurt isimli Türk gemisinin açık denizde batırılması ve mürettebatından 5 Türk gemicinin ölmesi sonucunda gemiyi batıran Fransız gemisi kaptanı ve nöbetçi subayının Türk mahkemelerince mahkûm edilmesi üzerine Fransa Türkiye'ye karşı Uluslararası Daimî Adalet Divanı nezdinde dava açmıştır. (S.S. Lotus (Fransa v. Türkiye), 1927)

[679] Ibid. Para. 45, paragrafın çevirisi için bkz. (Erol, 2000), s. 4.

[680] Kemal Erol, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No. 1, 2000., s. 3.

[681] Bunlardan ikisi aktif tâbiiyet ve pasif vatandaşlık (koruyuculuk) prensipleridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, s. 7-9.

[682] Conway, **EU Law**, s. 549.

AB rekabet hukukunun Birlik dışında uygulanıp uygulanamayacağı bağlamında iki soruyu cevaplamak gerekmektedir: Bunlar, AB dışındaki teşebbüslerle ilişkili ihlaller bakımından Komisyon yahut AB mahkemelerinin AB rekabet hukukuna aykırı eylem ya da anlaşmalara yaptırım uygulayıp uygulayamayacağı ve uygulayabilecekse, bunun hukuki dayanağının ne olduğudur[683]. Komisyon bu konudaki görüşlerini "*EC m. 81 ve 82'de [TFEU m. 101 ve 102] Yer Alan Ticareti Etkileme Kavramı Hakkında Tebliğ*[684]"de ifade etmiştir. Komisyon'a göre EC 81 ve 82. maddeler, anlaşma veya eylem Birlik içinde uygulanıyor yahut sonuçlarını doğuruyorsa, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin nerede olduğuna veya sözleşmenin nerede kurulduğuna bakılmaksızın, uygulama alanı bulacaktır. Hatta bu anlaşma veya eylemler üye ülkeler arası ticareti etkilediği takdirde, bunlar aynı zamanda üçüncü ülkeleri de ilgilendirse dahi söz konusu maddeler uygulama alanı bulacaktır[685]. Bu noktada Komisyon, rekabete aykırılığın söz gelimi üye ülkelerden birinin ithal ettiği bir malı ilgilendirmesinin dahi üye ülkeler arası ticareti etkileme anlamına gelebileceğini ifade etmiştir[686].

Adalet Divanı da, Komisyon'un AB rekabet hukukunun sınır aşan niteliği olduğuna dair görüşünü destekler nitelikte kararlar vermiştir. *Dyestuffs*[687] davasının temelini oluşturan kararında Komisyon, anilin boya maddesi hammaddesi üretimi ile uğraşan ve dördü Birlik (o tarihte Topluluk) dışında faaliyet gösteren 11 firmaya fiyat karteli kurdukları gerekçesiyle ağır cezalar vermiştir. Topluluk dışında faaliyet gösteren firmalar bakımından Komisyon, Ortak Pazar arasındaki ticareti etkilediği gerekçesiyle, dolayısıyla etki doktrinini uygulayarak bu sonuca varmıştır[688]. Bu karardan sonra ceza alan ancak Topluluk üyesi olmayan

[683] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-049.

[684] Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Arts 81 and 82 of the Treaty, OJ 2004 C101/07.

[685] Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Arts 81 and 82 of the Treaty, OJ 2004 C101/07 para. 100.

[686] Ibid. para. 102.

[687] (Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission, 1972)

[688] Erol, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, s. 81.

firmalardan Imperial Chemical Industries'in açtığı davada, Komisyon'un Imperial Chemicals'in gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylem olarak ifade ettiği "Topluluk içindeki yavru şirketine fiyatı arttırma emri verme" fiili tartışılmıştır[689]. Adalet Divanı kararını Komisyon gibi etki doktrinine dayandırmamış, "ekonomik bütünlük- tek teşebbüs" (*single economic entity*) kavramından hareket etmiştir. Divan'a göre ana şirketin yavru şirketi kontrol etme gücü varsa ve bu gücünü kullandıysa, yavru şirketin eylemlerinden de sorumlu tutulması mümkündür[690]. Ekonomik bütünlük teorisi uzun yıllar AB dışındaki şirketlere AB rekabet hukuku kurallarını uygulamak için bir dayanak olarak kullanılmıştır[691].

Adalet Divanı'nın bu konuda verdiği ikinci önemli karar ise, *Wood Pulp* davasıdır[692]. Bu dava, kâğıt üretiminde kullanılan bir maddeyi üreten ve dünya piyasasının dörtte üçüne hâkim olan 41 adet firmanın Topluluğa sattıkları söz konusu maddenin fiyatını belirlemek için anlaşma yaptıkları iddiasıyla ilgilidir. Divan, *Dyestuffs* kararından sonra uzun yıllar etki doktrini ifadesini kullanmaktan kaçınmıştır. Bu dava da Divan'ın, yabancı şirketler tarafından Topluluk dışında gerçekleştirilip Ortak Pazar içinde *uygulanan (implementation)* uyumlu eylemlerinden ötürü Komisyon'un yetkisi olduğunu kabul ettiği ilk dava olmuştur[693]. Kararda, Komisyon'un yetkisinin AB rekabet hukukuna aykırı anlaşmanın AB toprakları içinde uygulanmasından doğduğu ifade edilmiştir[694]. Ancak yine de açıkça "etki doktrini" ifadesinin kullanılmadığını belirtmek gerekir.

Nihayet *Gencor* [695] davasında Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi, Komisyon'un etki doktrinini açıkça benimsemiştir. Buna göre Topluluk sınırları dışında gerçekleşen rekabet ihlallerine, söz konusu ihlaller Topluluk içinde "*doğrudan, esaslı ve*

[689] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-053.
[690] Erol, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, s. 83.
[691] Davies, Partasides, "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners", para. 11-053.
[692] (Woodpulp davası, 1985)
[693] Erol, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, s. 89.
[694] (Woodpulp davası, 1985), para. 182.
[695] (Gencor v. Commission , 1999)

öngörülebilir" bir etki doğuruyorsa Topluluk rekabet hukuku uygulama alanı bulacaktır[696]. Bu dava esasında birleşmelerin kontrolüne ilişkindir; ancak İlk Derece Mahkemesi'nin vardığı sonucun çok daha geniş bir kapsamda uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir[697].

AB rekabet hukuku kurallarının Birlik dışında uygulanması konusu özellikle uluslararası tahkim bakımından büyük önem taşımaktadır. Hakemlerin uygulanacak hukuku belirlerken, özellikle kararın AB üye ülkelerinden birinde tenfiz edilmesi ihtimali var ise, AB hukukunun bu prensibini göz önünde bulundurmaları elzemdir. Aksi halde, kararın tenfizinin reddi gündeme gelebilecektir.

2. AB'de rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesi konusunun yargısal gelişimi

a) Rekabet hukukunun tahkime elverişliliğine geleneksel mesafeli yaklaşım

Avrupa Birliği kurumları tarihsel olarak rekabet hukuku meselelerinin tahkimde görülmesi konusunda isteksiz davranmışlardır. Bunun sebepleri, yukarıda belirtildiği üzere[698], rekabet hukuku meselelerinin kamuyu ilgilendirdiği ve özü itibarıyla taraf iradesi üzerine kurulan, dolayısıyla taraf çıkarlarının merkeze alındığı bir yargılama türü olan tahkimin bu uyuşmazlıklar bakımından uygun bir zemin olmadığı düşüncesi[699], rekabet hukukunun uygulanmasının zor olması, karmaşık ekonomik analizlerin yapılmasını gerektirmesi ve bu noktada hakemlere duyulan güvensizlik[700], tahkimin temel prensiplerinden olan gizliliğin, genelde yüksek kazançlarla bağlantılı olan rekabet ihlallerini perdeleme amacıyla

[696] Ibid. para. 90.

[697] Mauritz Dolmans, Jacob Grierson, "Arbitration and Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities" **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Vol. 14(2), 2003, s. 46.

[698] Bkz. yukarıda s. 98 vd.

[699] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-16; Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 3; Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 1", s. 50.

kullanılabileceği yönündeki – "menkıbevi" sayılabilecek delillerle desteklenen [701] - endişeler[702] ve hakem kararlarının sınırlı denetimi ve hatta tarafların karara rızaen uymaları durumunda hiç denetlenememesi, bunun ise AB hukukunun yeknesak uygulamasına engel olmasının yanı sıra, kamu düzenine yönelik ihlallerin fark edilmemesi tehlikesi olarak özetlenebilir[703]. Bunun yanında, 1/2003 sayılı Modernleşme Tüzüğü'ne kadar, Amerika'daki durumun aksine rekabet hukuku uygulaması özel hukuk bağlamında değil de kamu hukuku bağlamında yapılmakta, AB kurumları odaklı merkezi bir uygulama rekabet hukuku sisteminin temelini oluşturmaktaydı [704]. Tüm bu sebeplerle Komisyon, rekabet hukuku konularının tahkime elverişliliğine şüpheyle yaklaşmaktaydı[705]. Komisyon bu çerçevede bazı blok muafiyetlerde, söz konusu muafiyetle ilgili tüm hakem kararlarının bildirilmesini muafiyetten yararlanmak için şart koşmuş[706], bazı bireysel muafiyet kararlarında da aynı yönde yükümlülükler getirmiştir[707]. Hatta bir muafiyet başvurusunda Komisyon, taraflardan tahkim şartını kaldırmalarını talep etmiştir[708].

---

[700] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 3; Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 152.

[701] Werner tarafından, yukarıda da ifade edildiği üzere, Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü uzmanlarına atfen şöyle bir olay aktarılmaktadır: Fransız ve İtalyan şirketleri arasında Roma Anlaşması'nın 85. maddesini doğrudan ihlal eden ve tahkim şartı içeren bir pazar paylaşım anlaşması yapılmış, tahkim yeri İsviçre, esasa uygulanacak hukuk da İsviçre hukuku olarak belirlenmiş, sözleşme tek nüsha olarak imzalanıp İsviçre'de ortak kullanılan bir banka kasasına konmuştur. Olayda uyuşmazlık ortaya çıktığında, hakemlere sözleşmeyi incelemeleri için izin verilmiş, ancak kararın ilgili AB ülkesinde tenfiz edilebilmesini teminen kararda sözleşmenin AB rekabet hukukuna aykırı hükümlerine değinmemeleri talep edilmiştir. Olay için bkz. Werner, "Application of Competition Laws by Arbitrators- The Step Too Far", s. 23. Yine başka bir iddiaya göre geçmişte Stockholm Ticaret Odası, kendi kuralları uyarınca görülen tahkim yargılamasını Komisyon'un denetiminden uzak kalmak isteyenler için "off shore" bir seçenek olarak pazarlıyordu. Bkz. Dolmans, Grierson, "Arbitration and Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities" s. 38.

[702] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 192; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-136.

[703] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-138; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 192.

[704] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-24; Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 9.

[705] Gordon Blanke, "The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer" **European Business Law Review**, Vol. 16(1), 2005, s. 170.

[706] EC 85(3). maddenin Belirli Bazı Know-How Lisanslama Sözleşmelerine Uygulanması Hakkında 556/89 sayılı Komisyon Tüzüğü, m. 7 (OJ 1989 L 61/1) ve EC 85(3). maddenin Belirli Bazı Patent Lisanslama Sözleşmelerine Uygulanması Hakkında 2349/84 sayılı Komisyon Tüzüğü, m. 9 (OJ 1984 L 219).

[707] Komisyon'un *Campari* kararı bu konuda örnek olarak verilebilir. Bu kararda Komisyon, bireysel muafiyet kararı verilen marka lisansı sözleşmesindeki tahkim şartında tahkim yerinin İsviçre olarak benimsenmiş olmasını AB hukukuna uygun davranılıp davranılmadığının etkin olarak denetlenmesi yönünde bir engel olarak görmüş, ayrıca bu tahkim yargılamasında kararın Komisyon ile aynı doğrultuda

Komisyon'un bu tutumu, hakemlerin de AB rekabet hukukunu uygulamaya mesafeli yaklaşmalarına sebep olmuştur. Hakemler, kamu düzenine aykırılık veya tahkime elverişsizlik sebebiyle kararlarının iptal edileceği yahut tenfizinin reddedileceği endişesiyle, AB rekabet hukukunu uygulamaktan kaçınmışlardır[709]. Ayrıca doktrinde de Komisyon'un tahkime yönelik bu yaklaşımı müdahaleci ve nezaketsiz olarak değerlendirilmiş ve itirazlara uğramıştır[710].

b) AB rekabet hukukunun tahkime elverişliliği konusunda "zımni" bir dönüm noktası: *Eco Swiss* kararı

(1) Ön karar konusu olay ve Avrupa Adalet Divanı tarafından verilen karar

Açıklanan fikri arka plan göz önüne alındığında, Amerikan *Mitsubishi* davası sonrası uluslararası tahkim bağlamında rekabet hukuku konularının tahkime elverişliliği lehine oluşan olumlu havanın AB hukukunda ne şekilde karşılık bulacağı merak konusu olmuştur. Nihayet 1999 yılında Adalet Divanı bu konuyu gündemine almış ve bu konuda -dolaylı da olsa- bir kanaat belirtmiştir. *Eco Swiss* kararında mahkemenin değerlendirmelerine değinmeden önce, dava konusu kısaca özetlenecektir.

---

yorumlanmayabileceğine yönelik endişelerini dile getirmiştir. Bkz. 78/253/EEC sayılı Komisyon Kararı, OJ 1978 L 70/69. Ayrıca bkz. Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-25; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 192; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-140.

[708] 1977 tarihli Centraal Bureau Voor de Rijweilhandel (OJ 1978 L20/18) kararında Komisyon taraflardan bu talepte bulunmuştur. Burada Komisyon'un konunun "tahkime elverişsiz" olduğu sonucuna vardığını kabul etmek mümkün görünmemektedir –zira Komisyon tahkim şartının bulunmasını salt ulusal mahkemenin yetkisini kaldırarak yerine başka bir yetkili otorite koymamaya tercih etmiş görünmektedir-, ancak her hâlükârda, Komisyon'un tahkime olan şüpheli bakışını ortaya koyması bakımından önemli bir örnektir. Bkz. Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-141; Philip Landolt, "Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in Light of States' Interests and in Particular in Light of EU Law Requirements" **Arbitration International**, Vol. 23(1), 2007, para. 2-007.

[709] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 160.

[710] Assimakis Komninos, "Arbitration and EU Competition Law in the Post-Modernization Era" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 433-487), The Hague, Kluwer Law International, 2011., para. 12-077.

1986 yılında Amsterdam merkezli Benetton International N.V. firması, ("*Benetton*") Hong Kong merkezli Eco Swiss China Time Ltd. ("*Eco Swiss*") ve New York merkezli Bulova Watch Company Inc. ("*Bulova*") ile sekiz yıllık bir lisans sözleşmesi imzalamıştır. Lisans sözleşmesi, Eco Swiss'e "*Benetton by Bulova*" ifadesini taşıyan kol ve duvar saatleri üretme yetkisi tanıyor ve bu saatlerin Eco Swiss ve Bulova tarafından satılabilmesine imkân veriyordu. Lisans sözleşmesinin esasına Hollanda hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştı. Sözleşmede yer alan tahkim şartı ise, sözleşmeden doğacak tüm uyuşmazlıkların Hollanda Tahkim Enstitüsü kuralları çerçevesinde tahkim yolu ile çözüleceğini öngörüyordu.

1991 yılında -sözleşmede öngörülen bitim tarihinden üç yıl önce- söz konusu lisans sözleşmesi Benetton tarafından sonlandırılmıştır. Bunun üzerine tahkim başvurusu yapılmış[711], ve hakem heyeti iki adet karar vermiştir. Bunlardan ilki, Benetton 'un sözleşmeyi haksız yere feshettiğine ve Eco Swiss ile Bulova'ya tazminat ödemekle yükümlü olduğuna dair 1993 tarihli kısmi karar; ikincisi ise tarafların tazminat miktarında anlaşamaması üzerine verilen ve Benetton'un Eco Swiss'e 23.750.000 USD, Bulova'ya ise 2.800.000 USD tazminat ödemeye mahkûm edildiği 1995 tarihli nihai karardır. Temmuz 1995'te Benetton, Hollanda mahkemelerine EEC 85. maddeye[712] (TFEU m. 101) aykırı ve dolayısıyla geçersiz bir sözleşmeye (lisans sözleşmesi) dayanarak verilmiş olması bağlamında ve EEC m. 85'in Hollanda Usul Kanunu uyarınca kamu düzeninden olması bağlamında kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle her iki kararın (kısmi ve nihai karar) iptali için dava açmış, ayrıca nihai kararın icrasının durdurulmasını talep etmiştir. Ancak söz konusu geçersizlik iddiası ne

[711] Esasında iki tahkim başvurusu yapılmış ve bu iki dava paralel olarak yürütülmüştür. Bunların numaraları 1325 ve 1616'dir. Çalışmada inceleme konusu yapılacak (ve tahkim literatürü bakımından önem arz eden) tahkim yargılaması bunlardan ilkidir. Bkz. T. Diederik De Groot, "The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration" **Journal of International Arbitration**, Vol. 20(4), 2003, s. 367.

[712] Roma Antlaşmasında rekabetin yatay ve dikey anlaşmalar yoluyla sınırlanmasını yasaklayan maddenin numarası 85 idi. 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması kapsamında yapılan yeniden numaralandırmada bu maddenin numarası 81 olarak değişti. Son olarak Lizbon Antlaşması ile de 101. madde olarak numaralandırıldı. Karara konu başvuru tarihi itibarıyla yürürlükte olan Antlaşma uyarınca yapılan numaralandırma tercih edilmişve TFEU 101. madde Adalet Divanı kararında olduğu gibi 85. madde olarak anılmıştır.

taraflarca ne de hakemlerce tahkim yargılamasının hiçbir aşamasında dile getirilmemiştir[713]. Benetton'un icranın durdurulması talebi ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş, ancak daha sonra İstinaf Mahkemesi tarafından bu talep kabul edilmiş ve akabinde söz konusu karar hakkında (Bulova bu aşamada davadan çekilmiş olduğu için) Eco Swiss tarafından Hollanda Yüksek Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunulmuştur.

Hollanda Yüksek Mahkemesi bu davaya ilişkin olarak 1997 yılında EEC m. 234 (TFEU m. 267) kapsamında Adalet Divanı'na ön karar için başvurmuş[714] ve aşağıdaki beş sorunun yanıtını talep etmiştir:

1) Taraflarca ileri sürülmediği durumda ve ilgili milli usul hukuku re'sen uygulamaya izin vermiyorsa, hakem heyeti EEC m. 85'i re'sen uygulamak zorunda mıdır?
2) Bir hakem kararı EEC m. 85'i ihlal ediyorsa, ilgili devlet hukukunda rekabet hukukunda öngörülen bir yasağa hakem kararının kendisinde veya kararın tenfizi sonucunda etki tanınmaması tek başına kamu düzenine aykırılık sebebi teşkil etmediği halde, devlet mahkemesi diğer tüm zorunlu şartları taşıyan bu kararı iptal etmekle yükümlü müdür?
3) İlgili devlet usul hukukunda hakemlerin yetkilerinin taraflarca ileri sürülen ve görev belgesinde belirtilen konuları incelemekle sınırlı olmasına rağmen, yargılama esnasında EEC m. 85'e aykırılık konusu hiç gündeme gelmediği, dolayısıyla hakem heyetince bu konuda hiçbir karar verilmediği halde, mahkeme

[713] (Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV., 1999), s. 13.

[714] TFEU m. 267 (EEC m. 234), AB hukukunun yeknesak uygulanmasını temin etmek üzere, üye devlet mahkemelerine, çözmekle görevli oldukları bir konuda bir AB hukuku sorununun (Antlaşmaların yorumu veya Birlik kurum ve organlarının tasarruflarının veya kararlarının yorumu gibi) gündeme gelmesi ve nihai karar için bu hususun açıklığa kavuşturulmasının gerekli olması halinde, bu konuda Adalet Divanınca bir ön karar verilmesini talep etme hakkı vermektedir. Bu bağlamda AB Adalet Divanı'na ön karar için başvuruda bulunmaya yetkili "üye devlet mahkemesi" kavramından ne anlaşılması gerektiği özellikle uluslararası tahkim ve hakem heyetlerinin böyle bir yetkilerinin olup olmadığı bakımından çok tartışılan bir konudur. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Aşağıda dipnot 754. Conway, **EU Law**, s. 164-172.

tarafların bu gerekçeye dayanarak ileri sürdükleri taleplerine etki tanımakla yükümlü müdür?

4) Topluluk hukuku, ilgili devlet usul hukukunun nihai karar niteliği taşıyan kısmi kararlarına karşı kararın depo edilmesinden itibaren 3 ay içerisinde başvuru yapılmadığı takdirde kısmi kararın kesin hüküm etkisi kazanacağı yönündeki düzenlemesinin, nihai hakem kararının iptali davası esnasında kesin hüküm etkisi taşıyan kısmi kararın geçerli kabul ettiği anlaşmanın EEC 85. Maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul edilip edilmeyeceğinin tespit edilebilmesini teminen, uygulanmamasını talep etmekte midir?
5) Veya 4. soruda ifade edilen durumda, nihai karar niteliği taşıyan kısmi kararın iptalinin nihai hakem kararının iptali ile aynı anda istenemeyeceğine yönelik usul hukuku kuralının uygulanmasından kaçınmak gerekir mi[715]?

Bu sorular bağlamında bir özet yapmak gerekirse, mahkeme, Hollanda hukuku uyarınca hakemlerin tarafların getirdikleriyle bağlı olduğu ve taraflarca ileri sürülmeyen hususları re ‘sen dikkate alamayacakları halde AB rekabet hukuku bağlamında bu kuralın uygulanmasından vazgeçilmesinin gerekip gerekmediğini ve Hollanda hukukunda kamu düzeninden sayılmasa da, AB rekabet hukukuna (EEC m. 85’e) aykırılığın kamu düzeninden sayılarak iptal sebebi teşkil edip etmeyeceğini Divan’a sormuştur. Mahkeme ayrıca, nihai karar özelliği taşıyan kısmi karara süresinde itiraz edilmemesi sebebiyle kararın kesinleştiğini hatırlatmış ve usul hukukunun bu ilkesinin (res judicata) karar konusu sözleşmenin AB rekabet hukukuna aykırılığı sebebiyle iptaline bir etkisi olup olmayacağı konusunda da bir yanıt aramıştır.

[715] (Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV., 1999), para. 30.

Divan, ön kararında ikinci soruya cevap vererek artık birinci ve üçüncü sorulara cevap verilmesine gerek olmadığını belirtmiş, daha sonra da dördüncü ve beşinci soruları birlikte değerlendirerek bir yanıt vermiştir.

Divan ikinci soruya yanıtında, eğer bir üye ülke hukukunda o ülke kamu düzeninin ihlal edilmesi bir hakem kararının iptali sebebi olarak düzenlenmiş ise, EEC m. 85'i ihlal eden hakem kararının da bu bağlamda iptal edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bunun sebebi, EEC m. 85'in Topluluğun amaçlarını gerçekleştirme amacını taşıyan temel hükümlerden biri olması, bu bağlamda da New York Konvansiyonu anlamında kamu düzeninden sayılmasıdır[716]. Divan'ın dördüncü ve beşinci sorular kapsamında verdiği yanıt da dikkate değerdir. Adalet Divanı, nihai karar özelliği taşıyan kısmi kararlar için üç aylık itiraz süresi öngörülmüş olmasını ve bu süre zarfında itiraz edilmediği takdirde kısmi kararın kesin hüküm (res judicata) etkisi kazanmasını, dolayısıyla kararda tespit edilen hususların taraflar için bağlayıcı hale geleceğini öngören usul hukuku kuralının yargı sisteminin en temel kurallarından birisi olduğunu ifade ederek Birlik hukukunun söz konusu res judicata prensibinin uygulanmasına engel olmadığı sonucuna varmıştır[717]. Hatta kısmi kararda dayanılan sözleşmenin EEC m. 85'e aykırılığının nihai karara karşı açılan iptal davasında incelenmesi gerekse de söz konusu kesin hüküm etkisine öncelik verilecektir[718]. Özetle Divan, EEC m. 85'in kamu düzeninden olduğunu ifade etmiş, ancak somut olayda bir usulî ilke olan kesin hüküm ilkesine öncelik vermiştir: dolayısıyla Benetton' un iddiaları kabul görmemiştir. Adalet Divanı'nın bu kararını müteakiben Hollanda Yüksek Mahkemesi İstinaf

[716] Ibid. para. 31-39.

[717] (Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV., 1999), para. 45. Kararda Divan, res judicata prensibine, kararın kesinleşmesi için öngörülen sürenin Topluluk hukukundan kaynaklanan hakların ileri sürülmesini önemli ölçüde zorlaştırmayacak kadar uzun olmasını da göz önünde tutarak öncelik tanımıştır. Dolayısıyla eğer bu süre söz konusu hakların ileri sürülmesini imkânsız kılacak yahut önemli ölçüde zorlaştıracak kadar kısa bir süre olsaydı, Divan'ın bu hüküm sebebiyle ortaya çıkan res judicata etkisine öncelik tanıması söz konusu olmayacaktı. Bkz. Hanoatiou & Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 810.

[718] Ibid. para. 44-48.

Mahkemesi'nin kararını bozarak dosyayı geri göndermiş, ancak İstinaf Mahkemesi konu hakkında yeni bir karar veremeden taraflar uzlaşmışlardır[719].

(2) *Eco Swiss* kararının değerlendirilmesi

(a) Rekabet hukuku konularının tahkimde görülmeye elverişli olduğunun zımnen kabulü

Avrupa Adalet Divanı, *Eco Swiss* davasında öncelikle zımnen de olsa AB rekabet hukuku meselelerinin hakemlerce çözüme kavuşturulmaya elverişli olduğunu kabul etmiştir. Kararda buna yönelik açık bir ifade yer almamaktadır, ancak kararın kaleme alınış şeklinden Divan'ın bu konuda herhangi bir şüphesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır[720]. Ayrıca, az sonra da değerlendirileceği üzere, AB rekabet hukuku tahkime elverişli olarak kabul edilmemiş olsaydı mahkemelere hakem kararlarının rekabet hukukuna uygun olup olmadığının incelenmesi yükümlülüğü getirilmesi tamamen anlamsız olurdu[721].

(b) EC m. 81'in (TFEU m. 101) kamu düzeninden kabul edilmesi

İkinci olarak, EC m. 81'in, açılabilecek iptal davası bağlamında veya tenfiz durumunda New York Konvansiyonu bağlamında kamu düzeninden olduğu bu kararla kabul edilmiştir[722]. Dolayısıyla üye devlet mahkemeleri, gerek iptal davalarında, gerek tenfiz aşamasında hakem kararının EC m. 81'e uygun olup olmadığını kamu düzeni bağlamında

[719] De Groot, "The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration", s. 369.

[720] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 196; Robert B. von Mehren, "The Eco Swiss Case and International Arbitration" **Arbitration International**, Vol. 19(4), 2003, s. 468; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-28; Roberto Cisotta, "Some Considerations on Arbitrability of Competition Law Disputes and Powers and Duties of Arbitrators in Applying EU Competition Law" Ed. By Mel Marquis, Roberto Cisotta, **Litigation and Arbitration in EU Competition Law** (s. 243-260), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 254; Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 157.

[721] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-144.

[722] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 157; Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 81.

incelemekle yükümlüdürler[723]. Kamu düzeninden olmanın bir sonucu da Divan'ın rekabete aykırılığın hangi aşamada ileri sürülmüş olduğunu önemsememesi olmuştur; başka bir deyişle, AB rekabet hukuku ihlalinin yargılama sırasında hiç ileri sürülmeyip ancak iptal davası aşamasında ileri sürülmesi talebi dinlenilemez kılmayacaktır[724]. Ancak yine de Divan, Hollanda yargı makamlarının kamu düzeninden olan EC 81. maddenin ihlal edilmiş olmasını "somut olayın şartları ne olursa olsun" öncelemelerini – bunu pekâlâ yapabilecek idiyse de- talep etmemiştir: Divan'a göre, res judicata gibi temel bir usulî prensibin uygulanmamasını gerektirecek bir durum yoktur. Dolayısıyla bu anlamda hükme mutlak ve "olmazsa olmaz" bir kamu düzeni değeri atfedilmediği anlaşılmaktadır[725].

(c) Hakemler EC m. 81'i re'sen uygulayabilir mi? Uygulamalı mıdır?

Üçüncü olarak, bu kararla hakemlere AB rekabet hukukunu, özelde de EC m. 81'i uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak bu yükümlülüğün kapsamı nedir? Hakemlerden AB rekabet hukukunu re'sen uygulamaları mı beklenmektedir? *Eco Swiss* kararında Divan, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nce sorulan bu soruyu yanıtlamaktan kaçınmıştır. Dolayısıyla hakemlerin EC m. 81'i uygulaması konusu doktrinde yoğun şekilde tartışılmıştır.

Eco Swiss davasındaki Hukuk Sözcüsü[726] (Advocate General) Saggio, taraflarca getirilme ilkesi bağlamında, hakemlerin taraflarca uyuşmazlıklarının çözümü ile görevlendirilmiş özel kişiler olduklarını ve tarafların kendilerine çizdikleri sınırlarla sıkı sıkıya bağlı bulunduklarını ifade etmiştir. Saggio'ya göre bu sebeple tahkim hukukunda

[723] T. Diederik De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 337-431), The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 16-108.

[724] Lew, Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-54; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 213.

[725] De Groot, "The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration", s. 371.

[726] Bunlar Adalet Divanı'na dava bazında görüş hazırlayan ancak görüşleri bağlayıcı olmayan hukukçulardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması" **Ankara Barosu Dergisi**, 2014(3).

hakemlerce yetki aşımı yapılması (*ultra petita*) bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir[727]. Bu görüş, aşırı bir yorumla, tarafların kural olarak rekabet hukuku kurallarının uygulanmamasını kararlaştırabileceği şeklinde algılanmaya müsait görünmektedir. Ancak bu yorum benimsense dahi, tarafların bu niyetlerini hayata geçirebilmeleri için, iptal davası yahut tenfiz aşamasında mahkemenin uygulanmaması istenen hükümleri kamu düzeninden görmemesi dolayısıyla iptal yahut tenfiz kararı vermemesi gerekir. Ancak *Eco Swiss* kararı ile EC 81. madde açıkça kamu düzeninden sayıldığı ve bu karar üye ülke mahkemelerini bağladığı için bu ihtimalin gerçekleşmesi mümkün görünmemektedir. Ayrıca, taraflar özellikle AB rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmaması konusunda anlaşmadıkları sürece, "*işbu sözleşmeden doğabilecek tüm uyuşmazlıklar*" ifadesi ile uygulanacak hukuk kapsamında rekabet hukuku dahil tüm sorunların tahkim şartı kapsamına gireceği düşünülmektedir[728]. Peki, tahkim şartının kapsamına girmekle birlikte, taraflar açıkça rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini kararlaştırdılarsa, bu durumda hakemler ne şekilde davranacaktır? Rekabet hukukunun uygulanması tarafların kendilerine çizdikleri yetki sınırının dışında kalıyorsa hakemler her hâlükârda tarafların yetki konusunda çizdiği sınırların içerisinde mi kalmalıdır, yoksa yetki aşımı riskini göze almalı midir? Bir görüşe göre en ideal çözüm olmasa da yapılması gereken, hakemlerin tarafları rekabet hukukunu dikkate almaksızın verilen hükmün iptal ve tenfiz riski konusunda uyarması, hatta bir adım ileri giderek verecekleri nihai hakem kararında rekabet hukuku uyuşmazlığının resmi makamlar önünde çözüme kavuşturulmadan kararın tam anlamıyla kesinlik kazanmayacağı ve hakemlerin böyle bir resmi karar taraflarca sunulduktan sonra hükmü gözden geçirmeye yetkili oldukları yönünde bir hüküm eklenmesidir[729]. Ancak bu çözüm, uygulamada önemli belirsizlikler ve

[727] Hukuk Sözcüsü Saggio' nun görüşü, 25.02.1999, (Çevrimiçi) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CC0126 ,12.01.2017. Ayrıca aynı yönde görüş için bkz. Liebscher, "Arbitration of Antitrust Disputes", s. 534.

[728] (von Mehren, "The Eco Swiss Case and International Arbitration", s. 468.

[729] Ibid. s. 469.

gecikmeler yaratacağı için kanaatimizce çok uygun değildir[730]. Diğer bir görüşe göre ise, eğer taraflar açıkça AB rekabet hukuku hükümlerinin görmezden gelinmesini talep ediyorlarsa ve hakemler ciddi bir rekabet ihlalinin söz konusu olduğu kanaatine vardılarsa, "*mesleki vicdanları*" nı da göz önüne alarak rekabet ihlaline ortak olmamak için istifa etmelidirler[731]. Nihayet başka bir görüşe göre böyle bir durumda hakem heyeti "*kamu düzeninin ihlal edildiği*" gerekçesiyle tahkim yargılamasına son vermelidir[732].

Bir diğer yoruma göre, rekabet hukuku kuralları sadece "*tarafların meşru beklentileri*" bunların dikkate alınması yönünde ise hakemlerce re'sen dikkate alınabilir. Hatta tarafların, AB hukuku kapsamındaki yükümlülükleri bağlamında, rekabet hukuku konularının tahkimde çözülmesini istemeseler dahi, bunların hakemler tarafından gündeme getirileceğini "*bekledikleri*" varsayılır[733]. Bu beklentinin varlığından ise özellikle bahsi geçen rekabet kurallarının uygulanacak hukukun bir parçası olması halinde[734] veya ICC'nin *Mitsubishi* davasındaki *amicus curiae* görüşü ile başlayan hakemlerce emredici kuralların uygulanması yönündeki görüş ve uygulamaları sebebiyle ICC kurallarının seçilmiş olması halinde[735] söz edilebilir. Ancak söz konusu meşru beklenti kavramının manipülasyona açık olduğu söylenebilir: bu yaklaşıma göre tarafların, beklentilerinin "*diğer türlü*" olduğu yönündeki göstergeleri gerek hukuk seçimi gerek diğer enstrümanlar yoluyla sözleşmeye işledikleri takdirde, yine rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmasını bertaraf edebileceklerini varsaymak gerekebilir. Bu yaklaşımın benzeri bir diğer görüş de, hakemlerin

[730] Nitekim bu yolun kullanıldığı bir davada, taraflar bir yandan Komisyon'a bireysel muafiyet için başvurmuşlar, diğer yandan da tahkim yargılamasının sözleşmeyle ilgili uyuşmazlıklar bağlamında başlatılması konusunda anlaşmışlardır. Bu anlaşmaya göre Komisyon'un kararı gelince tahkim yargılamasında ikinci aşamaya geçilecektir. Ancak bu ikinci aşamaya hiç geçilmemiş, taraflar sulh olmuşlardır. Repsol/ Arco davası için bkz. Dolmans & Grierson, "Arbitration and Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities", s. 42.

[731] De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-140.

[732] Matti S. Kurkela, "Competition Laws in International Arbitration: The May, the Must, the Should and the Should Not" **Tidskrift Utgiven Av Juridiska Foreningen I Finland** *(JFT)*(6), 2003, s. 614.

[733] Blanke, "The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer", s. 178-180; Liebscher, "Arbitration of Antitrust Disputes", s. 537.

[734] (Labinal v. Mors, 1993)Cisotta, "Some Considerations on Arbitrability of Competition Law Disputes and Powers and Duties of Arbitrators in Applying EU Competition Law", s. 258.

–üye devlet mahkemelerinin aksine- AB hukuk sisteminin bir parçası olmadığı, dolayısıyla AB rekabet hukukunu re'sen uygulama gibi bir genel yükümlülüğün hakemler hakkında söz konusu olmadığı, hakemin somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapması gerektiği, yaptığı değerlendirme sonucu bu yönde bir gereklilik bulunduğu kanaatine varırsa bu kuralları re'sen uygulayabileceği yönündedir[736]. Özellikle hakemlerin EC m. 234 (TFEU m. 267) uyarınca Adalet Divanı'na ön karar için başvurma imkânının olmaması, hakem hakkında böyle bir yükümlülük öngörülmesinin önündeki en büyük engeldir[737]. Ancak bu durumda da rekabet hukuku kurallarının esasa uygulanmak üzere seçilen hukukun uygulanması zorunlu bir parçasını teşkil etmesi halinde hakemler bunları re'sen uygulayacaklardır[738].

Rekabet hukukuna aykırılıkların hakemlerce dikkate alınması konusundaki son yaklaşım ise, bunların hakemlerce tarafların rıza yahut onayına ihtiyaç duymaksızın uygulanacağı, bu bağlamda *jus cogens* niteliğinde olduğudur. Buna göre AB rekabet hukuku hükümleri taraflarca seçilen hukuktan ve hakemlerce esasa uygulanmak üzere belirlenen hukuktan bağımsız olarak uygulanmalıdır[739].

Görüldüğü üzere hakemlerin AB rekabet hukukunu re'sen uygulamakla yükümlü olup olmadıkları konusu halen belirsizliğini korumaktadır[740]. Verilen cevaplar, milletlerarası özel hukuk perspektifinde ve hakemlerin icra edilebilir –veya "sağlıklı"- karar verme yükümlülükleri bağlamında incelenebilir. Öncelikle, milletlerarası özel hukuk bağlamında çeşitli senaryolar göz önüne alınarak bir analiz yapılmalıdır. Eğer tahkimde esasa uygulanacak hukuk AB üye ülke hukuklarından biri ise, hakemler bu hukukun bir parçası

---

[735] Charles H. Brower II, "Arbitration and Antitrust: Navigating the Contours of Mandatory Law" **Buffalo Law Review**, December 2011, s. 1158.

[736] Philippe Pinsolle, "Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators" **International Arbitration Law Review**, Vol. 7(1), 2004, s. 20.

[737] Bkz. aşağıda dipnot 754

[738] Pinsolle, "Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators", s. 20.

[739] Komninos, Assimakis: **Arbitration and EU Competition Law**, 12.09.2009, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105&rec=1&srcabs=1577859&alg=1&pos=1 ,04.01.2017, s.7.

olarak[741] rekabet hukuku hükümlerini de uygulayacaklardır. Esasa uygulanacak hukuk üye devlet hukuklarından biri değilse, tahkim yeri de AB dışındaysa, ancak AB piyasası üzerinde etki doğuran ciddi bir rekabet ihlali söz konusuysa, AB rekabet hukuku –doğrudan uygulanan kural olması bağlamında- hakemler tarafından Roma I Tüzüğü'nün 9(3). maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak uygulanmalıdır[742]. Ancak milletlerarası özel hukuk yaklaşımının çok önemli bazı sınırlamaları vardır: Bu yaklaşım hakemlerin rekabet hukuku hükümlerini uygulamalarını açıklasa da, hakemlerin taraflarca ileri sürülmediği halde bu kuralları re'sen uygulaması konusunda bir hukuki temel sağlamaktan yoksundur. Bu esasında usule ilişkin bir meseledir, zira hakemin herhangi bir kurallar bütününü re'sen uygulaması, tarafların isteklerinin dışına çıkması anlamına gelecektir. Özellikle modern tahkim hukukunda hakemlerin bir *forum*'u bulunmadığı kabul edildiğinden[743], milletlerarası özel hukuk hakemlerin bir *forum*'dan meşruiyet almaksızın tarafların isteklerinin bu şekilde dışına çıkabilmesi için bir dayanak sağlayamamaktadır. Başka bir deyişle, bu yetkiyi veren bir forum olmadan, taraflar rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmasına karşı çıktıkları takdirde söz konusu hükümler uygulanamaz. Dolayısıyla bu yaklaşım tek başına re'sen uygulamayı açıklamak için yeterli değildir[744].

Hakemlerin AB rekabet hukuku hükümlerini re'sen uygulayıp uygulayamayacakları konusu ikinci olarak, tahkim hukukunda sıkça atıf yapılan hakemlerin icra edilebilir bir karar

---

[740] Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 89.

[741] Bu bağlamda bir görüşe göre TFEU 101 ve 102. maddeler uygulama alanlarını kendileri belirlemekte ve aynı zamanda tek taraflı bir bağlama kuralı işlevi görmektedirler. Burada bağlanma tek taraflıdır; çünkü AB hukuku sadece kendi uygulamasını talep etmektedir. Ancak burada doğrudan değil dolaylı bir bağlama kuralından bahsedilebilir, zira söz konusu maddelerin böyle bir etkisinin bulunduğuna bunların yorumu sonucunda ulaşılabilmektedir. Bahsi geçen görüş için bkz. Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 199-200.

[742] Bkz. yukarıda s. 17 vd.; Hans Van Houtte, "The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission" Ed. By Gordon Blanke **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (s. 89-114),The Hague, Kluwer Law International, 2008., s. 68.

[743] Landolt, **Modernized EC Competition Law in International Arbitration**, para. 6-47.

[744] De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-103.

verme yükümü bağlamında tartışılmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere[745], üye devlet mahkemeleri, *Eco Swiss* kararı ile hakem kararlarının AB rekabet hukukuna uygunluğunu bir kamu düzeni şartı olarak gerek iptal davalarında, gerek tenfiz başvuruları bağlamında incelemekle yükümlü hale getirilmişlerdir[746]. Dolayısıyla hakemler kararlarında AB rekabet hukuku hükümlerini dikkate almadıkları takdirde, kararlarının iptali yahut tenfizinin reddi ihtimali gündeme gelecektir. Ancak hakemlerin taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihai ve bağlayıcı olarak çözümleme görevi, hukuk hayatında sonuç doğuran, yani icra edilebilir bir karar verme yükümlülükleri olduğu anlamına gelmektedir: hakemin hikmet-i vücûd'u (*raison d'être*) budur[747]. Bu prensip bazı kurumsal tahkim kurallarında da kendine açıkça yer bulmuştur[748]. Bu yükümlülük elbette mutlak değildir, bir tür "*elinden gelen çabayı gösterme*" yükümlülüğü olarak düşünülebilir[749]. Verilecek kararın AB rekabet hukukunu ihlal etmesi sebebiyle iptal veya tenfizin reddi riski bulunmaktaysa, hakemin bu yükümlülüğünün gündeme geleceğinden bahsedilebilir[750]. Dolayısıyla hakem, icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğünü yerine getirmek adına rekabet hukukunu re'sen uygulayabilecektir[751]. Ancak bu yaklaşımın, her ne kadar pratik bir çözüm olarak öne çıksa da, zayıf bir noktası vardır. Hakemin, kararın tarafların ikametgâhları dışında hangi ülkelerde tenfiz edilebileceği konusunda çoğu durumda ancak bir tahmin yürütebileceği, bunun ise uygulanacak doğrudan uygulanan kuralların tespitinde haksız bir karmaşa ve zorluğa sebep olabileceği, bu anlamda

[745] Bkz. yukarıda s. 154 vd.

[746] Lopez-Galdos, "Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration", s. 385.

[747] De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-116; Kurkela, "Competition Laws in International Arbitration: The May, the Must, the Should and the Should Not", s. 612. Ayrıca bu yükümlülüğün hukuki niteliğinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Martin Platte, An Arbitrator's Duty to Render an Enforceable Award" **Journal of International Arbitration**, Vol. 20(3), 2003. Son olarak hakemin icra edilebilir karar verme yükümlülüğünün esasında "kendine çalışmak" anlamına geldiği, zira icra edilebilirliğe odaklanmanın hakemlerin birincil sorumluluğunun taraflara yahut uygulanacak hukuktan, tahkim sürecinin kendisine kaymasına yol açtığını; tahkim sürecine karşı olan sorumluluğun da yargısal kabul ile ölçüldüğünü, yargısal kabulün öncelemesinin ise uzun vadede hakemin profesyonel kariyerine faydalı olmaktan öte bir değer taşımadığı yönündeki görüş için bkz. Brower II, "Arbitration and Antitrust: Navigating the Contours of Mandatory Law", s. 1140.

[748] ICC Tahkim Kuralları m. 40; LCIA Tahkim Kuralları m. 32/2; SCC Tahkim Kuralları m. 47.

[749] Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 80.

[750] De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-122.

da hukuki öngörülebilirliği zedeleyeceği açıktır[752]. Ayrıca hakem hakkında bu muhtemel yerlerinin tamamında kabul görecek bir karar verme yükümlülüğü öngörülmesinin hakkaniyetle bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Ancak iptal davası bakımından durum farklıdır. Hakemin icra edilebilir karar verme yükümlülüğü bağlamında tahkim yeri hukukunu – ve bu noktada özellikle doğrudan uygulanan kurallarını- dikkate alması gerekmektedir. Aksi halde kararın iptali söz konusu olabilecektir[753].

Bu bağlamda, hakemlerin rekabet hukuku hükümlerini uygulayabilmesi konusundaki hukuki temel milletlerarası özel hukuk yaklaşımı ile, re'sen karara bağlaması konusunda hukuki temel ise hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülüğü çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Her iki yaklaşımın da zayıf yönleri bulunmaktadır; dolayısıyla bunlar bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Ancak AB rekabet hukukunun re'sen uygulanması konusunda hakemler adına bir zorunluluktan bahsetmek bu değerlendirmeler ışığında kanaatimizce mümkün değildir. Hakemler Birlik hukukunun bir kurumu olmadıklarından ve dolayısıyla Adalet Divanı'ndan Birlik hukukuyla ilgili yorum isteme imkânları bulunmadığından, üye devlet mahkemeleri gibi koşulsuz olarak rekabet hukukunu re'sen uygulama zorunluluklarından bahsedilemez[754]. Ayrıca bu yönde bir kabul, milletlerarası tahkimin

[751] Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings", s. 104-105.

[752] Van Houtte, "The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission", s. 68.

[753] Bu halde dahi somut olayla bağlantısı çok sınırlı olan veya hiç olmayan, bu bağlamda özellikle piyasası hiçbir şekilde etkilenmeyen tahkim yeri hukukunun konuya ilişkin emredici hükümlerinin dikkate alınmayabileceği yönünde görüşler mevcuttur. Söz konusu görüşler, emredici bir kuralın uygulanmaya değer olup olmadığının haklılığının hakem tarafından değerlendirilmesi ve eğer uygulanması gerektiğini düşünüyorsa uygulaması, dolayısıyla otomatik bir uygulama yapılmaması gerektiği düşüncesinden yola çıkmaktadır. Ancak yine de tahkim yeri mahkemesinin AB üye ülkesi olması durumunda çok dikkatli bir değerlendirme yapılması ve tahkim yeri ülkesinin kamu düzeni yaklaşımının göz önüne alınması, herhangi bir iptal riski bulunduğu takdirde hakem tarafından bu riskin hukuki dayanağı tartışmalı olan böyle bir gerekçeyle alınmaması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu görüşler için bkz. De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-101; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, s. 129-139 ve 156-158.

[754] Özellikle *Nordsee* kararı ile Adalet Divanı, hakem heyetlerinin EC m. 234 (TFEU m. 267) bağlamında on karar isteyip isteyemeyeceklerini tartışmıştır. Üye devlet mahkemeleri kural olarak EC m. 10-TFEU m. 4/3'te öngörülen "dürüst işbirliği" prensibi ile bağlıdırlar. Bu prensip uyarınca Birlik ve üye devletler, Antlaşmalardan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine saygı gösterirler ve yardımcı olurlar. Dürüst işbirliği kuralı, Komisyon kararları hakkındaki Adalet Divanı kararlarının üye devlet mahkemeleri nezdindeki davalar bakımından bekletici mesele yapılmasının hukuki temelini oluşturur. *Nordsee* davasında

doğası ile de bağdaşmaz: milletlerarası tahkimde hakemler, hiçbir hukuk düzeninin bekçisi yahut temsilcisi değillerdir; hakemin "*lex fori*"si yoktur[755]. Hakemlerin belirli bir hukuk sisteminin "bekçisi" olan hâkimler ile aynı şekilde bir hukuku uygulamak zorunda tutulması, tahkimin bu niteliklerine bütünüyle terstir. Ancak sözleşmeye uygulanan hukukun bir parçası olması halinde (dolayısıyla esasa uygulanacak hukuk AB üye devletlerinden birinin hukuku ise) AB rekabet hukukunun da re 'sen uygulanacağına şüphe yoktur[756]. Tahkim yerinin AB üye ülkelerinden biri olması halinde de aynı durumdan söz edilebilir[757]. AB rekabet hukukunun uygulanacak hukukun parçası olmaması halinde dahi hakemin bu hukuku uygulayabileceği konusunda da bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak her hâlükârda, taraflarca rekabet hukuku meseleleri yargılama esnasında hiç gündeme getirilmemiş, ancak hakemler bu meselelerin çözüme kavuşturulması gerektiği kanaatine varmışlarsa, öncelikle tarafların bu konudaki görüşlerine başvurmaları amaca çok daha uygun bir çözüm olacaktır. Hakemler rekabet hukuku hükümlerinin uygulama alanı bulacağı konusunda bir kanaat oluşturdukları halde taraflardan bu konuda hiçbir görüş ve yorum istemeyip sadece hakem kararında bu hususlara değinirlerse, bu davranış iyiniyetli olarak yorumlanmayabilecek ve

---

Divan, hakem heyetlerinin ön karar için başvuru yapıp yapamayacaklarını değerlendirirken üye devletin bu hakem heyetleri hakkında Topluluk hukukuna uygun davranma yükümlülüğü öngörülüp öngörmediğini incelemiş ve bunların EC 10. madde (TFEU 4/3. madde) uyarınca dürüst işbirliği yükümlülüğü kapsamında olmadıkları, üye devletlerin de haklarında böyle bir yükümlülük öngörmediği, dolayısıyla bunların EC m. 234 (TFEU m. 267) bağlamında "üye devlet mahkemesi" sayılmayacağı ve ön karar talep etmeye yetkili olmadıkları sonucuna varmıştır. Bunun anlamı hakem heyetlerinin üye devlet mahkemeleri gibi topluluk hukukuna ve kurumlarına karşı "dürüst işbirliği" kapsamında sorumluluklarının da olmamasıdır. Bu durum kimi yazarlarca bir dezavantaj olarak yorumlansa da, esasında milletlerarası tahkimin bağımsızlığı açısından olması gereken durum tam olarak da budur. Bkz. (Nordsee v Reederei Mond, 1982). Bundan önceki tarihli ve yine hakem heyetlerinin EC m. 234 (TFEU m. 267) uyarınca ön karar talep etmeye yetkili olup olmadıklarına ilişkin kararlar için bkz. (Vaassen-Goebbels v Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, 1966) ve (C. Broekmeulen v Huisarts Registratie Commissie, 1981). Ayrıca bkz. Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-162- 1-166.

[755] Di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look"", s. 27; Landolt, Modernized EC Competition law in International Arbitration,.

[756] Bu durumda da, rekabet hukuku hükümlerinin kendi uygulama şartlarının, özellikle de Birlik piyasası üzerinde etki doğurma şartının göz önüne alınacağına şüphe yoktur. Bu şartlar oluşmadıysa ilgili hukukun emredici hükmü dahi olsa bu hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-58; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law" s. 201; Yves Derains, "The Basis for Applying EU Competition Law from a Continental Perspective" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 489-517). The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 13- 090.

yetki aşımı itirazlarına zemin oluşturabilecektir. Dolayısıyla hakemler, taraflarca ileri sürülmeyen rekabet hukuku meselelerini re'sen karara bağlayacak olsalar dahi, mutlaka konu hakkında tarafların görüşlerini almalıdırlar; aksi halde, yetki aşımı iddiaları geçerlilik kazanabilecektir[758]. New York Konvansiyonu bağlamında da bu durum, madde V(1)(b) uyarınca "*diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*" gerekçesiyle kararın tenfizinin reddini gerektirebilir[759].

(d) Rekabet hukukunu konu alan hakem kararlarının iptali ve tenfizi aşamalarında mahkeme denetiminin kapsamı: Maksimalist ve minimalist yaklaşımlar

Eco Swiss kararının dördüncü önemli özelliği, yukarıda da ifade edildiği üzere, EC m. 85'in kamu düzeninden sayılmasının bir sonucu olarak üye devlet mahkemelerine iptal davası ve tenfiz aşamasında rekabet hukuku hükümlerine uygunluğun denetlenmesi görevini yüklemesidir. Peki bu denetimin kapsamı ne olmalıdır? Bu husus, *Mitsubishi* davası ile tahkim hukuku literatürüne kazandırılan "*ikinci bakış*" teorisi çerçevesinde incelenmiştir. *Eco Swiss* davasında Adalet Divanı'nın, denetimin kapsamının ne olması gerektiği konusunda çok açık bir cevap verdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak ön karardaki şu paragraf Divan'ın konuya bakışını anlamaya yardımcı olabilecek niteliktedir:

"*Hakem kararlarının sınırlı olarak incelenebilmesi ve bunların iptalinin ya da tenfizin reddinin ancak sınırlı hallerde mümkün olabilmesi tahkim sürecinin etkinliğinin sağlanmasına yarar*."[760]

---

[757] De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-145. Bir önceki dipnotta yazılanlar bu durumda da geçerli olacaktır.

[758] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 168; De Groot, "The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration", s. 372; Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 90.

[759] Liebscher, "Arbitration of Antitrust Disputes", s. 536.

[760] (Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV., 1999), para. 35.

Dolayısıyla Divan, bir anlamda, hakem kararlarının oldukça dar bir kapsamda inceleme konusu yapılabilmesine dair prensibe duyduğu saygıyı ifade etmiştir. İkinci olarak, kararda milli hukukta kamu düzenine aykırılığın bir iptal sebebi olması halinde AB rekabet hukukuna aykırılığın kamu düzeninden sayılacağı öngörülmüş, bu bağlamda AB rekabet hukukuna uygunluğun denetlenmesi esnasında daha sıkı bir incelemenin yapılması gerektiğine dair bir görüş ortaya konmamıştır[761]. Bunun yanında, *Renault v. Maxicar*[762] davasında Adalet Divanı, topluluk rekabet hukuku hükümlerinin yanlış uygulandığı düşüncesinin tek başına bir kararın tanıma veya tenfizinin reddi sebebi olamayacağını ifade etmiştir[763].

Bu kararlar ışığında, doktrinde hakem kararlarının AB rekabet hukukuna uygunluğu bağlamında iptal yahut tenfiz aşamasında yapılan incelemenin kapsamının ne olması gerektiği tartışılagelmiştir. Bu konuda iki eğilim olduğundan bahsedilebilir: "*maksimalist*" olarak adlandırılan ilk eğilim, *Eco Swiss*'te mahkemelere yüklenen AB rekabet hukukuna uygunluğun sağlanması yükümlülüğünün olağan bir incelemeden fazlasını gerektirmesi sebebiyle hakem kararları üzerinde olağan denetiminden daha sıkı bir denetim yapılması gerektiği yönündeki iddiayı temel almaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, özellikle res judicata bağlamında *Eco Swiss* kararında öngörülen "*AB hukukundan kaynaklanan hakların ileri sürülmesini önemli ölçüde engellememe*[764]" kriterinin, üye devlet hukukunda hakem kararının iptal ve tenfiz aşamasında Topluluk hukuku bakımından etkin şekilde denetlenmesi imkânsız kılındığı takdirde gündeme gelebileceğini ve bu bağlamda ilgili üye devlet hukuku

[761] Luca Radicati Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 755-784). The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 22-038.

[762] (Renault v. Maxicar , 2000)

[763] Bu noktada Maxicar kararının tahkimle ilgili olmadığını belirtmek gerekir. Karar, başka bir üye devlet mahkemesinde verilen bir kararın tanınmasına ilişkindir. Dolayısıyla hukuki dayanağı New York Konvansiyonu değil, o tarihte yürürlükte bulunan Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Konvansiyonu'dur. Ancak her halde, hukukun uygulamasında bir hata yapılmasının, bu hukuk kuralı kamu düzeninden olsa dahi, tek başına kamu düzeninin ihlali anlamına gelmeyeceği yönündeki bir görüşü yansıtması açısından önemli bir karardır.

[764] (Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV., 1999), para. 45.

hükmünün geçersiz sayılabileceğini ileri sürmektedirler[765]. Dolayısıyla mahkeme, rekabet hukuku alanının tahkime elverişli sayılmasının bir "bedeli" olarak, bu hukuk kendi tarafından ne şekilde uygulanacak idiyse hakemler tarafından da o şekilde uygulanıp uygulanmadığını tespit etmeli, bunun için de gerekirse davaya konu maddi vakıaları tekrar incelemelidir; aksi halde kamu düzeninin korunması ve rekabet hukuku uygulamasının etkinliği tehlikeye girebilecektir[766]. Bu görüş uyarınca, bir tazminat davasında sadece hüküm kısmı incelendiği takdirde; taraflardan biri aleyhine tazminata hükmedilmiş olması doğal olarak tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir; ancak, bu tazminata hükmedilirken hakemlerin dayandıkları gerekçeler kamu düzenine aykırılığı işaret edebilir. Bu durumda sanki kamu düzenine aykırılık gibi bir iptal yahut tenfizin reddi sebebi yokmuş gibi davranmak adalet duygusunu zedeleyecektir[767]. Sonuç olarak maksimalist yaklaşımın *Mitsubishi* davasında ortaya atılan "*ikinci bakış*" doktrininin katı bir yorumu olduğunu söylemek mümkündür[768].

Hakem kararlarının AB rekabet hukukuna uygunluğu bağlamında iptal ve tenfiz aşamalarında mahkemenin incelemesinin kapsamının ne olması gerektiği konusunda "*minimalist*" olarak adlandırılan ikinci eğilim ise, rekabet hukuku konularının gündeme gelmesinin tahkim hukukunda artık geleneksel olarak kabul görmüş olan mahkemece esasa girme yasağının esnetilmesini gerektirmediği ve mahkemenin incelemesini rekabet hukuku konularının hakemlerce ele alınıp alınmadığının ve yetkin bir şekilde çözüme kavuşturulup kavuşturulmadığının tespiti ile sınırlı olması gerektiği yönündedir. Bu görüşü savunan yazarların başlıca argümanları şunlardır: Öncelikle, söz konusu sınırlı inceleme, rekabet hukukunun tahkime elverişli kabul edilmesinin bir gereğidir. Her ne kadar tahkime

[765] (Landolt, "Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in Light of States' Interests and in Particular in Light of EU Law Requirements", s. 82-84; Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 809-811.

[766] Park, "National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity In International Arbitration", s. 669; Carbonneau, "Mitsubishi: The Folly Quixotic Internationalism", s. 127; Di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look"", s. 26; Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 7-74.

[767] Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 816.

elverişlilik mahkemelerin son sözü söylemesi şartı ile kabul edilmiş ise de, bu "son söz" sadece temel prensiplerin ciddi ve açık bir şekilde ihlal edilmesini engellemek için gereklidir. Amerikan içtihat hukukunda özellikle *Mitsubishi*[769] ve *Baxter*[770] davalarında bu kapsamda bir denetim öngörülmektedir. Avrupa'da bundan daha sıkı bir denetim yapılmasını haklı kılan bir sebep yoktur[771].

Minimalist yaklaşımı benimseyen yazarların savlarını desteklemek için kullandıkları ikinci argüman emredici kuralların yahut doğrudan uygulanan kuralların tamamının kamu düzeninden olmamasıdır. Dolayısıyla her emredici veya doğrudan uygulanan kuralın ihlali yahut buna uyulmaması kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Sadece ciddi ihlaller bu kapsama girecektir. Bu anlamda bir rekabet hukuku kuralının yanlış uygulanmış olması da başlı başına kamu düzenini ihlal etmez[772]. Nitekim Adalet Divanı yukarıda atıf yapılan *Maxicar* kararıyla bu görüşe destek vermiştir[773]. Ayrıca sadece mahkemelerin rekabet hukukunu her zaman tam bir doğrulukla uygulayabilecekleri de bir varsayımdan öte değildir, zira her şeyden önce rekabet hukuku sorunları gibi karmaşık hukuki konuların çoğunlukla tek bir çözüm yolu yoktur. Mahkemelerin işyükü ve rekabet hukuku alanında uzman olma ihtimallerinin azlığı düşünüldüğünde, hakemlerden daha doğru bir uygulama yapacakları daha şüpheli bir hale gelmektedir. Bu şartlar altında hakem kararları esastan incelemeye açılırsa, mahkemeler sadece farklı düşünmeleri sebebiyle hakem kararında "hata" lar tespit edecek ve hakem kararlarının nihâîliği prensibi haksız yere zedelenmiş olacaktır. Ek olarak

[768] Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings" para. 22-019.
[769] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985)
[770] (Baxter International, Inc. v. Abbot Laboratories, 2003)
[771] Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", s. 762-763.
[772] Pinsolle, "Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators", s. 21; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 214.
[773] (Renault v. Maxicar , 2000), Bkz. yukarıda s. 163 vd.

böyle bir inceleme davada haksız çıkan tarafın süreci uzatmak için yapacağı kötüniyetli başvurulara da zemin hazırlayacaktır[774].

Minimalist yaklaşıma sahip yazarların üçüncü argümanı ise, hakem kararlarının sınırlı denetiminin, rekabet hukukunun etkin şekilde uygulanmasını kolaylaştırmasıdır. Buna göre bir rekabet hukuku sorununun bundan bir fayda sağlamayı uman taraflardan birince tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmesi son derece olasıdır, böyle bir durumda da hakemlerin bu sorunu dikkate alıp almadıklarının tespiti minimal bir incelemeyle pekâlâ anlaşılabilir. Kaldı ki, eğer taraflar rekabet ihlali konusunda anlaşmaya varmışlar, hakem heyetini de ikna etmişlerse derinlemesine bir incelemenin de hiçbir faydası olmayacaktır, zaten bu durumda büyük ihtimalle karar mahkeme önüne dahi gelmeyerek gönüllü olarak yerine getirilecektir. Ayrıca böyle bir karar inceleme sonucu fark edilemese de rekabet otoriteleri her zaman devreye girebilecek yahut üçüncü kişiler bu ihlaller sebebiyle her zaman mahkemelerde tazminat davası açabileceklerdir[775].

Sonuç olarak maksimalist yaklaşımı olumlayan yazarların AB hukukunun ve rekabet hukukunun etkin şekilde uygulanması ile rekabet hukukunun caydırıcılığının sağlanmasını; minimalist yaklaşımı benimseyenlerin ise hakem kararlarının nihâîliği ile tahkimin uluslararası ticaret bakımından önemini ön plana çıkardıkları söylenebilir. Ancak bu görüşlerin iki ortak noktası vardır. İlki, kapsamı ile ilgili tartışmalar bir tarafa bırakılırsa, mahkeme denetiminin varlığının önemli ve gerekli bulunmasıdır. İkincisi ise, her rekabet hukuku ihlalinin kamu düzenini de ihlal etmiş sayılamayacağı, ancak "*somut, etkili ve ciddi*" ihlallerin kamu düzeninin "ağına" takılmasının doğru olacağı düşüncesidir[776]. Her halde, iki

[774] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law, s. 214; Di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look"", s. 27.

[775] Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", s. 765-766.

[776] Özellikle ileride değinilecek olan Fransız Thalès ve Belçika SNF davaları ve sonrasında maksimalistlerin bu yöndeki görüşleri daha da belirginleşmiş, bu görüşün bayraktarlığını yapan Seraglini açıkça bu kriterlerin kullanılması gerektiğini savunmuştur. Seraglini'nin görüşü için bkz. Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", para. 22-061 ve dipnot 70; Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 818.

görüş arasındaki dengeyi bulmak mahkemelerin görevidir. Gerçekten de, iptal ve tenfiz aşamasındaki denetimin kapsamının ne olması gerektiği konusunda Adalet Divanı'nın yaklaşımı ve doktrinde bunun ne şekilde yorumlandığı kadar, üye devlet mahkemelerinin bu yükümlülüğü ne şekilde ele alıp yorumladıkları da önemlidir. Zira iptal ve tenfiz başvuruları bu mahkemeler nezdinde görülmekte olup, mahkemelerin kararları en nihayetinde kendi ülkelerinde geçerli kamu düzeni nosyonları doğrultusunda şekillenmektedir. Nitekim İsveç mahkemesinin 2013 tarihinde verdiği bir karar bu konuda bir dengeyi temsil ettiği iddiasıyla kimi yazarlarca desteklenmiştir[777]. İsveç mahkemesi rekabet hukuku konularının da karara bağlandığı bir tahkim davasında verilen hakem kararının iptaline yönelik talebi reddetmiştir. Mahkeme öncelikle *Eco Swiss* kararında Adalet Divanı'nın rekabet hukukuna uygunluğun diğer kamu düzeni hallerinden daha farklı bir incelemeye tâbi tutulması gerekliliğine dair bir ilke ortaya koymadığını ve İsveç hukukunda kamu düzeni sebebiyle bir kararın iptalinin ancak çok ciddi ihlallerin var olması durumunda söz konusu olacağını ifade etmiştir[778]. Daha sonra Mahkeme, hakem kararının dayandığı olayları ve gerekçesini detaylı bir şekilde incelemiş ve hakem heyetinin yeterli incelemeyi yaptığı sonucuna ulaşmıştır. Hatta İsveç Mahkemesi bir adım ileriye giderek hakem heyetinin vardığı sonuçlardan daha farklı sonuçlara ulaşmanın mümkün olduğunu, ancak bu fikir ayrılıklarının kararın İsveç ve AB rekabet hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırılığı sonucunu doğurmadığını hükme bağlamıştır[779]. Mahkemenin bu yaklaşımının minimalist ve maksimalist yaklaşım arasında tam bir denge sağladığı, hakem kararlarının nihâîliğini koruyarak aynı zamanda etkin bir denetim yapılmasının mümkün olduğunu göstermesi açısından önemli olduğu ifade

[777] (Systembolaget Aktiebolag, 2013)

[778] Dominic Wong, "The "Middle Way" Review Standard of Arbitral Awards- Safeguarding Effective EU Competition Law Enforcement: The Theoretical Appraisal, Practical Application and Potential Obstacles" **Global Competition Litigtion Review**, Vol. 9(1), 2016, s. 11.

[779] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 439.

edilmiştir[780]. Gerçekten de İsveç yaklaşımının bu iki görüş arasında bir denge bulmayı sağlama amacında olduğu söylenebilir. Özellikle mahkemenin etkin bir denetim yapmakla birlikte dava konusu olayları yahut delilleri yeniden değerlendirmekten özellikle kaçınması, hakemlerin kararlarının bütünlüğü ve nihâîliğini koruyarak kamu düzeni kapsamında önemli ihlallere de geçit vermeyeceği izlenimini vermektedir.

Çalışmamız kapsamında ayrıca Fransa[781] (ve bağlantılı kararlar bulunması sebebiyle bu konuyla sınırlı olarak Belçika) ile AB üyesi olmayan ancak AB rekabet hukuku hükümlerinin kamu düzeniyle ilişkisi hakkında görüş belirten İsviçre[782] mahkemelerinin rekabet hukuku konularının karara bağlandığı hakem kararlarının iptal ve tenfizi durumunda nasıl bir yol izlediği sonraki bölümlerde ele alınacak, böylece minimalist ve maksimalist yaklaşımların uygulamada ne şekilde somutlaştığı netleşmiş olacaktır.

c) EC m. 82 (TFEU m. 102)' nin de kamu düzeni statüsüne "yükseltilmesi": *Manfredi* kararı

Avrupa Adalet Divanı, *Eco Swiss* davasından yedi yıl sonra, AB rekabet hukuku hükümlerinin kamu düzeni ile olan ilişkisini ortaya koyduğu ikinci bir ön karar[783] vermiştir. Bu kez ön karar bir İtalyan mahkemesi tarafından talep edilmiştir. Kararın konusu, İtalyan tüketicilerin –daha önce İtalyan Rekabet Otoritesi tarafından da tespit edilen[784]- kartel davranışı sergilemeleri sebebiyle sigorta şirketlerine yönelttikleri tazminat davasıdır; bu anlamda kararın esasında tahkimle bir ilgisi yoktur[785]. Bunun yanında, İtalyan mahkemesi tarafından Adalet Divanı'na yöneltilen sorular da bütünüyle rekabet hukukunun ihlalinin özel hukuk sonuçları bağlamında açılan tazminat davalarına ilişkin olup, ne mahkemelerin re'sen

[780] Wong, "The "Middle Way" Review Standard of Arbitral Awards- Safeguarding Effective EU Competition Law Enforcement: The Theoretical Appraisal, Practical Application and Potential Obstacles", s. 12.
[781] Bkz. aşağıda s. 179 vd.
[782] Bkz. aşağıda s. 196 vd.
[783] (Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA etc , 2006).
[784] Assimakis Komninos, **EC Private Antitrust Enforcement: Decentralized Application of EC Competition Law by National Courts**, Oxford, Hart Publishing, 2008, s. 174.

inceleme yapma yetkilerine, ne de özel hukukta taraflarca getirilme ilkesinin kapsamına dair bir unsur içermektedir[786]. Esasında tüm kararda sadece bir paragraf[787] kamu düzeni konusundan bahsetmektedir; ve bunun dışında başka herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Dolayısıyla Divan'ın kararının çalışmamız bağlamındaki kısmı, bir "*obiter dictum*[788]" olarak kabul edilmektedir. *Manfredi* kararının kamu düzenine ilişkin paragrafı şu şekildedir:

> "*Ayrıca, EC m. 81 ve 82'nin mahkemeler tarafından kamu düzenini ilgilendirmeleri sebebiyle "otomatik olarak" uygulanması gereken hükümler olduğunun hatırlanması gerekir. (Bu hususa ilişkin olarak bkz. Case C-126/97 Eco Swiss [1999] ECR I-3055, 39 ve 40. paragraflar)*".

Peki Adalet Divanı, bu ifadelerle ne anlatmak istemiştir? Öncelikle, Adalet Divanı' nin EC 82. maddenin de kamu düzeninden olduğunu teyit ettiği konusunda bir tereddüt bulunmadığı söylenebilir[789]. Bir görüşe göre buna ek olarak üye devlet mahkemelerine AB rekabet hukukunu re'sen uygulamaları konusunda- mahkeme devletinin hukukunda yargıçların re'sen karar verebilmeleri çok sıkı şartlara bağlanmış olsa da- kayıtsız şartsız bir yükümlülük getirilmektedir[790]. Aynı paralelde diğer bir görüşe göre ise *Manfredi* davası, *Eco Swiss* davası bakımından tereddütte kalınan hususlardan biri olan EC 81 (ve 82.) maddelerin re'sen uygulanmasının talep edilip edilmediği sorusuna olumlu bir yanıttır. Hatta bu kararda, iptal ve tenfiz aşamasında hakem kararlarının AB rekabet hukukuna uygunluğunu incelerken

---

[785] Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", para. 22-011.

[786] De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-076.

[787](Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA etc , 2006), para. 31.

[788] Obiter dictum, esasında Anglo Sakson hukukuna ait bir kavramdır. Bir mahkeme kararında Ratio decidendi ve obiter dictum olmak üzere iki kısım bulunur. Ratio decidendi münhasıran yargıcın önündeki uyuşmazlığa ilişkin kararın hukuki dayanağı olup, hükmün bağlayıcı kısmıdır. Obiter dictum ise, karara dayanak teşkil etmeyen, ancak yine de kararda kullanılan argümanlara verilen isimdir. Bu argümanlar bağlayıcı değildir, başka bir deyişle, bunların kararda bulunmaması, kararın sonucunu değiştirmez. Bkz. Kemal Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var Mıdır?" **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 55(3), 2000, s. 98.

[789] Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 82.

[790] Komninos, **EC Private Antitrust Enforcement: Decentralized Application of EC Competition Law by National Courts**, s. 224.

mahkemelerden ne kadar sıkı bir denetim yapmalarının beklendiğinin de altı çizilmektedir[791]. Dolayısıyla hakemler, AB rekabet hukuku konuları gündeme geldiğinde mahkemelerin bu yükümlülüğünü dikkate almalı ve ona göre bir karar vermelidir[792].

Ancak bir diğer görüşe göre, bu yorumlar son derece abartılıdır. Buna göre, konusu AB rekabet hukukunun re'sen uygulanması veya uygulanmasının denetlenmesi olmayan bir uyuşmazlığın genel çerçevesinin tamamen dışında olarak yazılmış bir paragrafa gereğinden fazla anlam yüklemek yersizdir; hem hakimler, hem de hakemler bakımından hareket noktası *Eco Swiss* davası olarak kalmalıdır[793]. Ayrıca bu yorumlar, hakimlerin de hakemlerin de rekabet hukukunun uygulanmasında tarafların uyuşmazlık kapsamında ortaya koyduklarının ötesine geçmelerini gerektirmekte ve bu anlamda medeni yargılamanın temel prensiplerinden biri olan taraflarca getirilme ilkesini aşındırma riski taşımaktadır[794].

Manfredi' de Adalet Divanı'nın "*otomatik uygulama*" ifadesini kullanmasının tesadüfi olmadığı kanaatindeyiz. Divan, *Eco Swiss* davasında mahkemelerce uygulanması gerektiğini öngördüğü AB rekabet hukukuna uygunluk denetiminin yapılması zorunluluğunu hiç değilse teyit etmiştir. Ancak, ne *Eco Swiss* davası, ne de *Manfredi* davası bu konuda bütünüyle somut kriterler ortaya koymamakta, ne tür rekabet ihlallerinin kamu düzeni engellemesiyle karşılaşacağına dair bir fikir vermektedir. Dolayısıyla hakemlerin AB rekabet hukukunu uygularken kararın iptal veya tenfizin reddi ihtimalini göz önünde bulundurması gerekmekle birlikte, bu davanın AB üyesi hangi devletin mahkemesinde açılacağına göre yapılan incelemenin yoğunluğu değişecektir. Zira söz konusu davalarda Divan tarafından çizilen çerçevenin içinin nasıl doldurulacağı, üye devlet mahkemelerinin kamu düzeni anlayışlarıyla ilgili bir hususdur[795] [796]

[791] Landolt, "Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in Light of States' Interests and in Particular in Light of EU Law Requirements", dipnot 48.
[792] "Blanke & Nazzini, Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 82.
[793] De Groot, "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators", para. 16-079.
[794] Ibid. para. 16-080.
[795] Blanke & Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 88.

d) *Genentech* kararı: *Eco Swiss*'ten sonra değişen durumlar

AB Adalet Divanı, 2016 yılında yine rekabet hukuku uyuşmazlıkları ve tahkim ilişkisi bağlamında ilginç bir ön karar[797] vermiştir. Ön kararın konusunu teşkil eden dava, TFEU m. 101'in patent lisansları üzerindeki etkisine ilişkindir. Genentech ile Hoechst şirketi arasında protein üretiminde kullanılan hücresel sürecin etkinliğini arttırmayı amaçlayan HCMV arttırıcısının kullanımına ilişkin münhasır olmayan bir lisans sözleşmesi imzalanmıştır. Buna göre Genentech bahsi geçen ve AB'de bir patentin, ABD'de iki patentin konusu olan HCMV arttırıcısını araştırma amaçlı protein üretiminde ve lisanslı olarak satılacak yeni ürünlerin üretimi ve geliştirilmesinde kullanacak, karşılığında Hoechst'e lisans bedeli ödeyecektir. İddiaya göre Genentech, HCMV arttırıcısını kullanarak ürettiği "Rituxan" ajanını içeren ürünlere bağlı olarak elde ettiği gelirden kaynaklanan lisans bedelini ödememiştir. Hoechst'in bağlı şirketlerinden biri tarafından Genentech' ten açıklama talep edilmiş, Genentech ise sözleşmeyi feshettiğini bildirmiştir. Bunun üzerine Hoechst ICC nezdinde tahkim başvurusunda bulunmuştur.

Tahkim davasında Genentech haksız bulunmuş ve ilgili bedelleri ödemeye mahkûm edilmiştir. Davada görev yapan hakem özellikle, sözleşmenin yorumundan tarafların lisans sözleşmesinin süresi boyunca Rituxan maddesine dair patentlerin geçerliliğini dava etmeme konusunda anlaştıkları sonucuna varıldığını, bu bağlamda lisansın dayanağı olan Rituxan maddesi üretimine dair patent, ürünün üretildiği ülkede geçersiz olsa ve bulunduğu ülkede mevcut patent haklarını ihlal etmese dahi lisans bedelinin ödeneceğini hükme bağlamıştır. Genentech ise bu karara karşı iptal davası açmış, bir patent ihlali olmasa da lisans bedeli ödemeye mahkûm edilmesinin Rituxan maddesinin AB içerisinde satışını sınırlayacağını ve

[796] AB üye ülkelerinden Fransa'nın kamu düzenini nasıl yorumladığına ilişkin kararlar için bkz aşağıda bölüm no.II.C; AB üye ülkesi olmayan İsviçre'nin AB rekabet hukuku kurallarına kamu düzeni bağlamında yaklaşımı için bkz aşağıda bölüm no. II.D.

bunun da AB içerisindeki malların serbest dolaşımını engelleyerek TFEU m. 101'e aykırılık oluşturacağını; bu anlamda kararın milletlerarası kamu düzenini ihlal ettiğini iddia etmiştir[798].

İptal davasına bakan Paris İstinaf Mahkemesi, konuyu ön karar olarak AB Adalet Divanı'na sormuştur. Paris Mahkemesi bu noktada AB Adalet Divanı'na, TFEU m. 101'in, patentin iptal edildiği durumda, lisans alanın lisans konusu patente bağlı hakların kullanılması karşılığında lisans bedeli ödemesini öngören bir lisans anlaşmasına etki tanınmasına engel olacak şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağı sorusunu yöneltmiştir[799].

Bu davada Hukuk Sözcüsü görüşünde, AB rekabet hukuku kurallarının uygulandığı hakem kararlarının özellikle Fransız anlayışı çerçevesinde minimalist yöntemle incelenmesinin AB hukukunun etkinliği prensibine zarar verdiği, bu bağlamda *Eco Swiss* davasında ulusal mahkemelerden detaylı bir inceleme beklendiği yönünde görüş bildirmiştir[800]. Ancak AB Adalet Divanı ön kararında bu konuya hiç değinmemiş, sadece Fransız mahkemesinin sorusunu yanıtlayarak TFEU m.101'in bahsedilen şekilde bir uygulamayı –lisans alanın sözleşmeyi uygun bir mehil vererek sonlandırması mümkün olduğu sürece- engellemeyeceğini ifade etmiştir.

AB Adalet Divanı'nın uzun zamandır merakla beklenen bu konu hakkında –ön karar talebinin konusu olmasa da Hukuk Sözcüsü' nün görüşü üzerine- hiçbir yorum yapmaması iki şekilde değerlendirilebilir: Ya AB rekabet hukukuna ilişkin verilen hakem kararlarının üye devlet mahkemeleri tarafından detaylı bir incelemeye tâbi tutulması gerektiği konusunda sessiz kalmak suretiyle Hukuk Sözcüsü'nü onaylamaktadır; ya da konuya bakışı Hukuk Sözcüsününkinden farklı olduğu için sessiz kalmaktadır[801]. Bu noktada Divan'ın üye

[797] (Genentech Inc v. Hoechst GmbH, 2016).

[798] Gordon Blanke, "CJEU Shuns Considerations of Review of EU Competition Law Awards" **Global Competition Litigation Review**, Vol. 9(4), 2016.

[799] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 438.

[800] Blanke, "CJEU Shuns Considerations of Review of EU Competition Law Awards", s. 50.

[801] Ibid. s. 51; Axel Reidlinger, Diana Ionescu, Thomas Kustor, "The CJEU's Genentech Judgment of 7 July 2016 (C-567/14): Lessons For the Review of Arbitration Awards on EU Competition Law By State Courts" **Global Competition Litigation Review**, Vol. 9(3), 2016, s. 115.

devletler bakımından bağlayıcı bir standart oluşturma imkânına rağmen sessiz kalmasının, böyle bir standart dayatma arzusunda olmamasından kaynaklandığı ifade edilmiştir[802]. Gerçekten de Divan'ın böyle bir imkânı kullanmaması, konuyu özellikle ulusal hukuklara ve üye devlet mahkemelerinin yetkisine bırakmak istemesi şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Her hâlükârda, Adalet Divanı'nın üye devlet mahkemelerinden AB rekabet hukukunu konu alan hakem kararları bakımından nasıl bir inceleme standardı beklediği konusundaki belirsizliğin sürdüğünü söylemek gerekir. *Genentech* kararının ardından, "kamu düzeninden" olduğu konusunda bir şüphe bulunmayan bu konunun karara bağlandığı hakem kararlarının iptal ve tenfiz aşamalarında hangi yoğunlukta bir denetime tâbi tutulacakları konusunda her üye devlet mahkemesinin kendi anlayışı doğrultusunda hareket etmeye devam edeceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

e) Modernizasyon ve EC m. 81/3. (TFEU m. 101/3) maddenin tahkime elverişliliği

1 Mayıs 2004 tarihine kadar, hakemler EC m. 81 ve 82 (TFEU m. 101 ve 102) maddeleri genel olarak uygulayabildikleri halde, EC 81/3. madde konusunda 17/62[803] sayılı Komisyon Tüzüğü önemli bir sınırlama getirmekteydi: bireysel muafiyetleri düzenleyen bu maddenin uygulamasında yetki münhasıran Komisyon'a verilmişti[804]. Dolayısıyla hakem heyeti, bir anlaşmanın EC 81/1. maddeyi ihlal edip etmediğini inceleyebiliyor, eğer ihlal ettiği sonucuna varırsa EC 81/2. madde uyarınca anlaşma geçersiz oluyor ve hakem heyeti de bu geçersizliği ilan edebiliyordu; ancak söz konusu bu anlaşmanın bireysel muafiyet kapsamına girip girmeyeceğinin tespiti hakem heyetinin yetkisi dışında kalıyordu[805] [806].

[802] Reidlinger, Ionescu, & Kustor, "The CJEU's Genentech Judgment of 7 July 2016 (C-567/14): Lessons For the Review of Arbitration Awards on EU Competition Law By State Courts", s. 115.

[803] AET Antlaşması 85 ve 86. Maddelerin Uygulanmasına İlişkin 17 Numaralı İlk Tüzük, 1962, Resmi Gazete No 013, 21/02/1962 P. 0204 – 0211.

[804] Ibid m. 9/1. Ayrıca EC 81/3. (TFEU 101/3.) maddenin içeriği için bkz. Bkz. yukarıda s. 132 vd.

[805] Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-46; Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings" s. 92.

Yukarıda da bahsi geçen[807] ve "*Modernleşme Tüzüğü*" olarak bilinen 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü, genel itibarıyla AB rekabet hukuku uygulamasının tek elden kontrol edilmesi prensibinden, özel hukuk yaptırımları yoluyla kontrolün ağırlık kazandığı bir yapıya geçişi temsil etmektedir. Ayrıca rekabet hukukunun özel hukuk sonuçları bakımından uygulanmasını yaygınlaştırmayı amaçlayan 1/2003 sayılı Tüzük ile, üye devlet rekabet kurumlarına ve mahkemelerine EC 81 ve 82. maddeleri bütünüyle uygulama yetkisi getirilmiştir, bu anlamda her iki madde de bütünüyle doğrudan etkiye sahip olmuştur[808].

1/2003 sayılı Tüzükte EC 81/3. maddenin mahkemeler ve rekabet kurumları tarafından uygulanmasından bahsedildiği halde tahkime veya hakemlerin de bu maddeyi uygulayabileceklerine dair hiçbir ifadenin yer almaması, 81/3. maddenin hakemler tarafından da uygulanabilir olduğuna dair soru işaretlerine yol açmıştır[809]. Özellikle EC 81/3. maddenin rekabete aykırılık ile etkinlik arasında sınırları çok kesin olmayan bir dengeleyici unsur olarak tasarlandığı ve bu anlamda hangi hallerde uygulanıp hangilerinde uygulanmayacağı konusunda Topluluk ölçeğinde bir ortak uygulama sağlanabilmesini teminen çeşitli araçların Tüzüğe konması, bu soru işaretlerini çoğaltmıştır. Bu noktada üye devlet mahkemelerinin AB rekabet hukukuna ilişkin verdikleri tüm kararlarını Komisyon'a göndermekle yükümlü tutulmaları, bunun yanında Tüzükte yer almasa da Tüzüğün uygulanmasında çok önemli yer tutan EC m. 234 (TFEU m. 267) uyarınca mahkemelerin Adalet Divanı'na ön karar için

---

[806] Blok muafiyetler bakımından ise her zaman tahkime elverişliliğin bulunduğu kabul edilmektedir. Komisyon, 19/65 sayılı Tüzük gereğince 81/3. Maddenin uygulanacağı bazı sözleşme kategorilerini belirleme hakkına sahipti; bunlar belirlendikten ve yayınlandıktan sonra ise hüküm ve sonuçları gerek mahkemeler ve hakemler tarafından uygulanabiliyor, gerek bireysel taleplere dayanak yapılabiliyordu. Bu anlamda blok muafiyetler zaten doğrudan etkiye sahipti. Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 254; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-147.

[807] Bkz. yukarıda s. 132 vd.; Antlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinde İfade Edilen Rekabet Kurallarının Uygulanması Hakkında 1/2003 sayı ve 16 Aralık 2002 tarihli Konsey Tüzüğü, OJ 2003 L1/1.

[808] 1/2003 sayılı Tüzüğün ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Whish, Bailey, **Competition Law (7th ed)**, bölüm 7 ve 8; Monti, **EC Competition Law**, bölüm 11.

[809] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 255; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 197; Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings", s. 92; Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-49; Pinsolle, "Private

başvuru imkânı ve üye devlet mahkemesi hâkimlerine sağlanan AB rekabet hukukunu uygulama eğitimleri öngörülmüş olması ve fakat tahkim için bu yükümlülük ve imkânların hiçbirinin var olmaması, EC 81/3. maddenin hakemlerce uygulanmasının amaçlanmadığı şeklinde yorumlara sebebiyet vermiştir[810].

Ancak doktrinde hâkim görüşün EC 81/3 (TFEU m. 101/3)'un modernleşme sonrası dönemde tıpkı mahkemeler gibi hakemler tarafından da uygulanacağı yönünde olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle, Modernleşme Tüzüğü'nde tahkimden bahsedilmemiş olmasının çok basit bir sebebi vardır: hakemler üye ülkelerin bir kurumu yahut mahkemesi değildirler. Tüzük, münhasıran üye devletlerin kamusal kurumları arasındaki yetki paylaşımını ve işbirliği mekanizmalarını düzenlemektedir. Hakemler ise yetkilerini üye devletlerin milli hukukları çerçevesinde kurulan tahkim anlaşmalarından almaktadırlar. Dolayısıyla hakemlerin hangi konuları tahkimde görebileceği –tahkime elverişlilik bağlamında- temel olarak üye devletlerce düzenlenecek bir husustur. Tüzük, EC 81/3. maddeyi bütünüyle doğrudan etkili hale getirmekte[811], bu yolla iç hukukun bir parçası kılmaktadır. Hakem de iç hukukun parçası olan bu hükmün tamamını uygulamaya yetkilidir[812].

Ayrıca, bir diğer argümana göre EC 81/1, 81/2 ve 82. maddeleri yine tahkimden hiçbir şekilde bahsetmeyen önceki Tüzük[813] zamanında hakemler tarafından tıpkı hakimler gibi uygulanabiliyorken, 81/3. madde bakımından yetki sınırlamasının ortadan kaldırılması ve Komisyon'un tek yetkili otorite olmaktan çıkması sonrasında bu maddeyi yine hakimler gibi hakemlerin de uygulayabilmesi beklenir. Aksi halde –EC 81/3'un maddenin geri kalanından

---

Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators", s. 23; Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 419.

[810] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-29.

[811] EC 81. Maddenin her zaman doğrudan etkiye sahip olduğuna, Tüzük ile sadece yetkilerin değiştiğine dair karşıt görüş için bkz. Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 197.

[812] Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings", s. 93.

[813] 17/62 sayılı Tüzük.

ayrılabildiği kabul edilse dahi- ciddi bir karışıklık ortaya çıkacak, 81/3. maddenin uygulaması –artık Komisyon'a havale edilemeyeceği için- devlet mahkemelerine havale edilecek, ancak maddenin diğer kısımlarının uygulanması konusunda hakem heyeti yetkili kalmaya devam edecektir. Bu durum ise tahkim yargılamasını uzatarak tahkimi devlet yargısı karşısında önemli bir dezavantaja sokacak ve tahkime elverişliliği anlamsızlaştıracaktır[814]. Ancak esasında EC m. 81/3'ün maddenin geri kalanından ayrılabilmesi çok mümkün görünmemektedir, çünkü Tüzük'te 81. maddenin artık bir bütün olarak uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu durumda ise önceden hakemlerin yetkisinde olduğu kabul edilen EC m. 81/1 ve 81/2'nin de tahkime elverişsiz olduğunun kabul edilmesi gerekir ki, bu mevcut noktadan bir geriye gidisi ifade edeceği için böyle bir niyet varsa Tüzük'te açıkça yazılmış olması beklenir, aksi halde bu ihtimalin varlığından söz edilemez[815].

EC m. 81/3'ün hakemlerce uygulanması bakımından yukarıda ifade edilen potansiyel engeller hakkında ise şunlar söylenebilir: İlk olarak adı geçen madde uygulaması eğer yoruma açıksa ve belirsizlikler içeriyorsa, bu durum mahkemeler için de geçerlidir: bu değerlendirmeyi mahkemelerin yapabileceklerini, ancak hakemlerin yapamayacaklarını baştan kabul etmenin makul bir izahı yoktur[816]. İkinci olarak, tahkimde hakemler kararlarını kural olarak gizlilik ilkesi gereği elbette Komisyon'a –Tüzük'te yer almış olsaydı dahi- göndermezler. Ancak bu noktada söz konusu yükümlülüğün neden öngörüldüğüne bakmak gerekir. Bu hükmün amacı, Komisyon'un mahkemelerin rekabet hukuku uygulamalarını kontrol etmesidir. Tahkim bakımından Komisyon'un böyle bir yetkisi yok ise de hakem kararlarının üye devlet mahkemelerinde iptal ve tenfiz aşamalarında AB rekabet hukukuna uygunluklarının değerlendirildiği bir vakıadır. Bir üye devlet mahkemesi de dürüst iş

[814] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-145; Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 1", s. 52.

[815] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 198; Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 419.

[816] Lew, "Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority", para. 12-50; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law" s. 198; Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 419.

birliği[817] prensibi gereği –bu konudaki mevzuata aykırı olarak- verilmiş bir Komisyon kararına aykırı bir hakem kararına icra kabiliyeti kazandıramaz. Dolayısıyla tam olarak aynı olmasa da rekabet hukuku bakımından hakem kararları ile mahkeme kararlarının benzer bir denetime tâbi oldukları söylenebilir[818]. Hâkimlerin AB rekabet hukuku uygulaması konusunda eğitimi almaları bakımından da, tahkimde tarafların zaten bu konuda uzman kişileri seçme imkânı olduğu için, daha avantajlı durumda olduklarını ifade etmek mümkündür[819]. Nihayet, hakemlerin EC m. 234 (TFEU m. 267) bağlamında ön karar için başvuru yapma imkânı olmaması ve bu sebeple hakimlere nazaran AB rekabet hukukunu uygulama konusunda daha dezavantajlı olabileceği yönündeki görüş bağlamında, hakemlerin üye devlet mahkemelerine başvurarak üye devlet mahkemelerinden Adalet Divanı'na ön karar için başvurmasını talep etme yolunun açık olduğunu belirtmekte fayda vardır[820].

Sonuç olarak hâlihazırda EC 81/3. (TFEU m. 101/3) maddenin de hakemler tarafından aynı maddenin diğer fıkraları gibi uygulanabileceği, dolayısıyla tahkime elverişli olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır[821]. Buna göre hakemler AB rekabet hukukunu uygularken EC m. 101/1 uyarınca ihlalin gerçekleştiği kanısına varırlarsa, 101/3. madde gereği muafiyet şartlarının oluşup oluşmadığını inceleyeceklerdir. Eğer söz konusu şartlar oluştuysa, artık anlaşmanın geçersizliğinden bahsedilemeyecektir. Ancak her hâlükârda hakemlerin bu tespitinin –özellikle rekabet hukukunun kamusal sonuçları bakımından- nihai olmadığı ve eğer Komisyon aksi yönde bir kanaate varırsa ilgili aykırılığı her zaman cezalandırabileceğini de hatırlatmak gerekir.

---

[817] Kavram için bkz. yukarıda dipnot 754.

[818] Elbette bazı önemli farklılıklar mevcuttur, özellikle Komisyon'un üye devlet mahkemelerinin uygulamalarını değerlendirirken –tahkim hukukundaki sınırlı inceleme prensibine benzer- bir sınırı yoktur. Ancak bu farklar, kanaatimizce 81/3. maddenin mahkemelerce uygulandığı halde hakemlerce uygulanmamasını gerektirecek kadar önemli değildir. Diğer farklar için bkz. Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-29.

[819] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 420.

[820] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-30.

[821] 1/2003 sayılı Modernleşme Tüzüğünün 81/3. maddenin uygulanması bağlamında detaylı incelemesi için bkz. Christoph Liebscher, "Arbitration and EC Competition Law-the New Competition Regulation: Back To Square One?" **International Arbitration Law Review**, 2003, s. 90-94.

C. Rekabet hukuku konularının tahkimde görülmesi konusunda liberal bir yaklaşım: Fransa örneği

1. Genel olarak

Fransa, genel olarak kamu düzeninden sayılan konuların tahkimde görülmesi konusunda ilginç bir gelişim göstermiştir. Fransız yargı makamları özellikle rekabet hukuku konularının tahkime konu olup olamayacağı konusunda ve rekabet hukuku konularının gündeme geldiği tahkim yargılamalarında mahkeme denetiminin kapsamına ilişkin çok önemli kararlar vermişlerdir. Böylece Fransız hukuk uygulaması esasında kısıtlayıcı olan mevzuata rağmen yorum ve anlayışta farklılık yaratılmak suretiyle mevcut hukuk düzenleri arasında en liberal uygulamanın ne şekilde yaratılabileceğine ilişkin güzel bir örnek teşkil etmiştir.

Fransız hukukunda tahkime elverişli olmayan alanlar Medeni Kanun'un 2059 ve 2060. maddelerinde ifade edilmiştir. 2059. maddede, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceği belirtildikten sonra, 2060. maddede kişi hallerine, boşanmaya ve genel olarak kamu düzenini ilgilendiren alanlara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceği ifade edilmiştir[822]. Bu ikinci hüküm, Fransa'da 19. Yüzyılda ve 20. Yüzyılın önemli bir kısmında –maddenin lafzı esas alınarak- kamu düzenine herhangi bir şekilde temas eden hiçbir konunun tahkimde görülemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır[823].

---

[822] *"**Article 2059**- Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.*

***Article 2060**- On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics **et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public**.*

*Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre." (*Vurgu eklenmiştir.)

[823] Nitekim 1954 tarihli Société Anonyme Agricole davasında Paris İstinaf Mahkemesi, vergiye tâbi mallar hakkında yapılan sözleşmenin ifasına dair uyuşmazlıkların emtiaların vergilendirilmesi hakkındaki hukuki ve idari düzenlemelerin kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle tahkimde görülemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. (Société Anonyme Agricole v. Torris, 1954).

Daha sonra, Fransız mahkemeleri tarafından bir ikinci yol geliştirilmiştir. Buna göre uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendiren konulara temas etmesi başlı başına bir tahkime elverişsizlik sebebi teşkil etmeyecek, ancak kamu düzenini ilgilendiren bir hüküm gerçekten ihlal edildiği takdirde tahkim anlaşması geçersiz olacaktır[824]. Dolayısıyla söz gelimi esas sözleşme tarafların pazar paylaşımı yapmasını konu alıyorsa, kamu düzenine ilişkin hükümler ihlal edildiği için, bundan doğan uyuşmazlıklar tahkimde görülemeyecektir[825]. Bu yaklaşımın bir sonraki aşaması da, hakemlerin rekabet hukuku kurallarının uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıkları karara bağlayabileceklerinin, ancak söz konusu kuralları sözleşmeyi geçersiz kılmak için uygulama yetkilerinin bulunmadığının kabul edilmesidir[826]. Nitekim *Société Phocéenne*[827] davasında Paris İstinaf Mahkemesi hakemlerin rekabet hukukunun emredici hükümlerini içeren sözleşmesel yahut haksız fiile dayalı uyuşmazlıkları görebileceğini, ancak bunu yaparken kamu düzeninin kendi yetki alanları üzerinde doğurduğu etki bağlamında inceleme yapabileceklerini, kamu düzeninin ihlal edildiği sonucuna varırlarsa bu kuralları uygulayarak herhangi bir tazminat yaptırımına hükmedemeyeceklerine karar vermiştir[828]. Bunun sebebi, hakemin bir hâkim gibi kamu düzeninin ihlalini cezalandırma yetkisinin bulunmadığı düşüncesidir[829].

[824] Bkz. (Sigmav Bezard et Totaliment v. Comptoir Agricole du Pays Bas Normand, 1957).
[825] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 331.
[826] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-117.
[827] (Société Phocéenne de Depots v. Depots Petroliers de Fos, 1989).
[828] Bu yaklaşım bağlamında verilen diğer mahkeme kararları için bkz. Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 332-335.
[829] Dominique Hascher, "Introductory Report" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini et al. **Competiton and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s.167-179), Paris, ICC Publishing SA, 1993., s. 176.

2. Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülebileceğinin kabulü

a) Almira kararı

Fransız yargısının kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıkların tahkimde görülebilmesine dair görüşlerinde üçüncü dalganın, *Almira*[830] davasıyla başladığı kabul edilmektedir[831]. Bu davanın konusu rekabet hukuku olmamakla birlikte dava yine emredici düzenlemelerin uygulanmasını gerektiren bir uluslararası tahkime ilişkindir[832]. Paris İstinaf Mahkemesi bu kararda konusu itibarıyla mahkemelerin münhasır yetkisine giren davalar dışında hakemlerin milletlerarası kamu düzeni kurallarını uygulayabileceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla bir anlamda Fransız yargısı 1985 tarihinde Amerikan mahkemesi tarafından verilen *Mitsubishi* kararına cevap vermiş olmaktadır[833].

b) Ganz kararı

Bahsi geçen üçüncü dalgada ikinci önemli dava ise *Ganz* davasıdır[834]. Bu dava, Ganz Mavaz isimli bir Macar şirketinin yedi ayrı şirkete bölünmesi sonrasında Tunuslu SNCFT şirketi ile daha önce akdettiği sözleşmede öngörülen yükümlülüklere bu yedi şirketten hangisinin halef olduğuna ilişkindir. Hakem mahkemesi yedi şirketin tamamının halef olduğuna hükmetmiş, karara karşı hakem heyetinin Tunuslu şirketin sahtecilik iddialarını tahkime elverişsizlik sebebiyle yetkisi olmadığı halde karara bağladığı gerekçesiyle iptal davası açılmıştır. Paris İstinaf Mahkemesi sahtecilik iddiasının tek başına hakem heyetinin yetkisini ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde uluslararası tahkimde hakemlerin milletlerarası kamu düzeni prensiplerini uygulamaya, eğer bu prensiplerin ihlal edildiği sonucuna varırsa oluşan zararların tazminine hükmetmeye

[830] (Almira Films v. Pierrel, 1989)
[831] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-119.
[832] Hascher, "Introductory Report", s. 176.
[833] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-120; Hascher, "Introductory Report", s. 176.

yetkili olduğunu ifade etmiş, hakem heyetinin bu kararının da iptal davası aşamasında incelemeye konu olabileceğini hatırlatmıştır[835]. Mahkemeye göre uluslararası tahkimde hakemler "özel yargıçlar"dır ve tarafların milletlerarası kamu düzeni hükümlerine uygun davranmalarını sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır: eğer taraflar bu yükümlülüklerine aykırı davranmışlarsa da, hakemler gerekli yaptırımları uygulamaya yetkilidirler. Dolayısıyla hakemler bir anlamda uluslararası kamu düzeninin bekçisi olarak konumlandırılmışlardır[836].

c) Labinal kararı

Yine üçüncü dalga kapsamında *Labinal* kararı[837], Fransız hukukunda uluslararası tahkimde tahkime elverişlilik bağlamında vurguyu Fransız Medeni Kanunu'nun 2060. maddesinden 2059. maddesine çeken ve tahkime elverişliliğin önündeki engellerin yargısal yolla ne şekilde kaldırabileceğini gösteren bir diğer davadır[838]. Bu dava, Mors isimli firmanın Westland isimli başka bir firma ile Labinal firmasının da katılacağı bir ihaleye katılmak için yaptığı joint venture sözleşmesine ilişkindir. Joint venture sözleşmesinde bir ICC tahkim şartı yer almış ve uygulanacak hukuk da İsviçre hukuku olarak belirlenmiştir. Joint venture tarafları arasında bir anlaşmazlık çıkmış ve Mors firması Westland firmasını Labinal şirketi ile anlaşmaya çalışmakla itham etmiş, her iki şirket aleyhine Paris Ticaret Mahkemesi nezdinde dava açmıştır. Paris Ticaret Mahkemesi joint venture sözleşmesinin EC m. 85'e aykırı olması sebebiyle geçersiz olduğu, dolayısıyla uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu gerekçesiyle söz konusu dava bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir. İstinaf Mahkemesi ise bu kararı bozmuş, rekabet hukukunun doğası gereği hakem mahkemesinin para cezası ve benzeri idari nitelikte kararlar verme yetkisi bulunmasa da kamu düzeninden sayılan bu

[834] (Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens, 1991).

[835] Kararın detaylı incelemesi için bkz. Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 335- 336.

[836] Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", s. 218.

[837] (Labinal v. Mors, 1993).

[838] Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", s. 218; Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 252.

kurallara uymamanın özel hukuk sonuçları hakkında karar vermeye pekâlâ yetkili olduğu yönünde bir karar vermiştir[839]. Mahkeme ayrıca, uluslararası tahkimde hakem heyetinin milletlerarası kamu düzeni prensipleri çerçevesinde kendi yetkisi hakkında karar verebileceğini de teyit etmiştir.

d) Aplix kararı

Nihayet Fransız mahkemelerini tahkime elverişliliğin tespitinde kamu düzeninin rolünü en aza indirme yaklaşımının bir diğer uzantısı da *Aplix* kararıdır[840]. Bu karar da rekabet hukukuna ilişkindir. Fransız Aplix firması ile İsviçreli Velcro firması arasında 1958 tarihinde bir patent lisansı sözleşmesi imzalanmıştır. Patent sahibi Velcro firması sözleşmenin patentlerin süresinin bitmesi sebebiyle sona erdiği iddiasıyla Aplix firması aleyhine tahkim başvurusunda bulunmuş, hakem heyeti kararında her iki tarafı da tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Aplix firması karara karşı uyuşmazlığın AB rekabet hukukundan kaynaklanan talepleri içermesi sebebiyle tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle iptal davası açmıştır. Paris İstinaf Mahkemesi davayı reddetmiş; AB hukuku anlamında doğrudan etkiye sahip olan hükümlerin hâkimler tarafından uygulanabildiği gibi hakemler tarafından da uygulanabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme hakem heyetinin yetkisinin sınırını ise AB organlarının münhasır yetkisine giren alanlar olarak belirlemiştir: çoğunlukla idari yaptırımları içeren bu yetkiler hakem heyeti tarafından kullanılamaz, ancak kamu düzeninden olan kuralın ihlalinin tespiti ve buna ilişkin özel hukuk yaptırımları hakemlerin yetkisi kapsamında olacaktır[841]. Bunlara ek olarak Mahkeme önceki kararlarında ifade ettiği uyuşmazlığın kamu düzeninden kuralların uygulanmasını gerektirmesinin tek başına tahkim engeli oluşturmayacağına dair yaklaşımını da teyit etmiştir[842].

---

[839] Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, para. 5-17; Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 252; (Lopez-Galdos, 2016), s. 386.

[840] (Aplix v. Velcro, 1993)

[841] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-121.

[842] Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", s. 219.

e) Değerlendirme

Görüldüğü üzere bu kararlar, *Mitsubishi* davası ile başlayan uluslararası tahkimin alanını genişletmeye yönelik akıma Fransız mahkemelerinin bir cevabı niteliğindedir[843]. *Mitsubishi* kararı ile Fransız mahkemeleri tarafından verilen *Almira*, *Ganz*, *Labinal* ve *Aplix* kararlarının iki tane çok önemli ortak noktası bulunmaktadır. Birincisi, her iki devlet mahkemeleri uluslararası tahkim yargılamalarında görev yapan hakem mahkemelerine adeta uluslararası kamu düzeninin bekçisi statüsü vermiştir: Bunlar, uluslararası kamu düzenine uygun davranılmasını sağlamakla, aksi halde ise yaptırım uygulamakla yükümlendirilmişlerdir. İkinci olarak, her iki devlet mahkemesi de son tahlildeki denetim mekanizmasına dikkati çekmişlerdir: hakem kararı verildikten sonra hakemlerin kendilerine emanet edilen bu görevi hakkıyla yerine getirip getirmedikleri devlet mahkemeleri tarafından kontrol edilebilecektir. Ancak bu denetimin ne kapsamda olacağı bu aşamada her iki devletin mahkemeleri tarafından da yanıtlanmamıştır[844]. Bu kararlar bağlamında Fransa'da rekabet hukuku konuları bakımından tahkime elverişlilik anlamında kural olarak bir engel kalmadığı söylenebilir. Buna göre rekabet hukukunun uygulanmasını gerektiren bir uyuşmazlık her hâlükârda hakemlerin önüne gidecek, hakemler yargılama yetkilerine ilişkin kendi değerlendirmelerini *kompetenz- kompetenz* prensibi uyarınca kendileri yapacaklar, esas sözleşmenin rekabet hukukuna aykırılık sebebiyle hükümsüzlüğü ve bunun sonuçları dâhil ancak münhasır yetki kuralı bulunan haller hariç olmak üzere her konuda karar verebileceklerdir[845]. Nihayet bu davalarla Fransız mahkemeleri AB rekabet hukukunun da tahkime elverişli olduğunu teyit etmektedir[846].

---

[843] Hascher, "Introductory Report", s. 176; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-120.

[844] Carbonneau, Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability"), s. 221.

[845] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 336.

[846] Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed***)*, s. 297.

3. Fransız mahkemeleri ve *Eco Swiss*: Minimalist yaklaşımın tipik örnekleri

Dikkati çekeceği üzere, Fransız mahkemelerinin bu kararlarının tamamı Adalet Divanı'nın meşhur *Eco Swiss* kararından önce verilmiş kararlardır. Peki Fransız mahkemelerinin *Eco Swiss*'e tepkileri nasıl olmuştur? Bu ön kararda öngörülen incelemenin kapsamı konusunda nasıl bir tavır almışlardır? Bu konuya ilişkin olarak iki önemli davaya değinmek gerekir.

a) *Thalès* kararı: Hakem kararının iptali bakımından kamu düzeninin "açık, etkili ve somut" olarak ihlal edilmesi kriterinin getirilmesi

Bunlardan ilki *Thalès* davasıdır[847]. 1992 yılında Thalès ve Euromissiles arasında bir lisans sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşme uyarınca Euromissiles 20 yıl boyunca füze üretimi ve satışı konusunda münhasır yetkili olacaktır. 1998 yılında Thalès bir başka şirket aracılığıyla füze üretimi yapmak istemiş, bunun üzerine konu ICC nezdinde tahkim başvurusuna konu olmuştur. Hakem heyeti 2000 yılında bir kısmi karar, 2002 yılında da bir nihai karar vermiş ve Thalès'in Euromissile'a 108 milyon Euro tazminat ödemesine hükmetmiştir. Yargılama sırasında rekabet hukukuna aykırılık konusu ne taraflarca dile getirilmiş ne de hakemlerce re'sen dikkate alınmıştır[848]. Thalès tahkime konu lisans sözleşmesinin çok uzun süreli olması ve pazar paylaşımı unsurları içermesi sebebiyle EC m. 81'e, dolayısıyla rekabet hukukuna "*göze batacak* (*qui "crève les yeux" / "pierces the eye*")" derecede aykırı ve dolayısıyla geçersiz olduğunu, hakem heyetinin ise bu aykırılığı tespit

[847] (Thalès Air Defence v. Euromissile, 2004).

[848] Liebscher, "EU Member State Court Application of Eco Swiss: Review of the Case Law and Future Prospects", para. 23-018; Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", para. 22-043.

etmemekte hatalı olduğunu, dolayısıyla hakem kararının milletlerarası kamu düzenine aykırı olduğunu iddia ederek kararın iptalini talep etmiştir[849].

Paris İstinaf Mahkemesi, öncelikle EC m. 81'in milletlerarası kamu düzeninden olduğunu teyit etmiştir. Ancak mahkeme bu noktada Adalet Divanı'nın üye devletlerin kendi usul kurallarını uygulamakta serbest olduğu görüşünü benimsediğini hatırlatmış, bu anlamda kararın incelemesinin kapsamının Fransız usul hukukunun çizdiği sınırlar çerçevesinde yapılacağını ifade etmiştir. Fransız hukukuna göre kamu düzeninin ihlal edilmiş sayılabilmesi için ise hakem kararının icrasının, temel kabul edilen bir ilkeyi açıkça ihlal edecek olması şarttır[850]. Bu girizgahtan sonra mahkeme, davaya konu olay hakkında şöyle bir değerlendirme yapmıştır: Fransız mahkemesi öncelikle, "göze batacak kadar" açık olan rekabet hukuku ihlalinin neden taraflarca veya hakemlerce yargılama aşamasında hiçbir şekilde dile getirilmediği konusundaki şüphesini dile getirmiş[851], kötü niyet bulunsa da bulunmasa da Thalès'in bu konudaki eksikliğinden fayda sağlamasına izin verilmemesi gerektiğini ifade etmiştir[852]. İkinci olarak iptal davasının başarılı olabilmesi için kamu düzenine aykırılığın "açık, etkili ve somut ("*flagrant, effective et concrète*")" olması gerektiğini tekrarlamış, iptal davası aşamasında mahkemenin sadece kararın kendisini inceleyebileceğini, detaylı bir inceleme gerektiren yeni iddialar hakkında karar veremeyeceğini, aksini kabulün hakem kararlarının nihâîliği ve esasa girme yasağı ilkelerini ihlal etmek anlamına geleceğini, bunun da hukuk güvenliğini zedeleyeceğini hatırlatmıştır. Somut olayda milletlerarası kamu düzeninin hakemlerce açıkça ihlal edildiği kanaatine varmadığını, sahtecilik veya açık bir

[849] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 214.

[850] Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 814.

[851] Ancak şunu belirtmek gerekir ki mahkeme, kural olarak bu iddianın tahkim yargılaması esnasında ileri sürülmemiş olmasının tek başına bu konunun iptal aşamasında ileri sürülmesine bir engel teşkil etmeyeceğini de ifade etmiştir. Bunun sebebi, mahkemenin milletlerarası kamu düzenine aykırılık incelemesinin tarafların tahkim yargılaması sırasındaki tutumlarından bağımsız olmasıdır. Ancak somut olayda taraflarca bu durumun ileri sürülmemesi, ihlalin davacı tarafından iddia edildiği gibi "açık" olmadığı yönünde bir delil olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Denis Bensaude, "Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law" **Journal of International Arbitration**, 2005, s. 240-241.

ihlal olmadığı durumda da tahkim yeri mahkemesinin uyuşmazlık konusu sözleşmeye rekabet hukukunun ne şekilde uygulandığını denetleyemeyeceğini ifade etmiştir[853]. Hakemlerce rekabet hukukuna aykırılığın re'sen dikkate alınmamasının da başlı başına bir iptal sebebi teşkil etmeyeceği sonucuna varan Paris İstinaf Mahkemesi, iptal başvurusunu reddetmiştir[854].

Bu dava doktrinde en sık atıf yapılan ve rekabet hukukunun tahkime elverişliliği konusunda çok önemli kabul edilen davalardan birisidir. Öncelikle, Fransız yargı makamları hakemlerin rekabet hukukunu re'sen incelememiş olmalarını başlı başına bir iptal sebebi olarak değerlendirmemiştir. Bu sonuca varmakta Fransız hukukunda hakemlerce böyle bir inceleme yapılmamasının herhangi bir yaptırımı bulunmamasının da etkili olduğu düşünülebilir. Ancak böyle bir yaptırım olsaydı dahi özellikle tanıma ve tenfiz anlamında konunun sadece kamu düzeni çerçevesinde incelenebileceği muhakkaktır[855]. Her hâlükârda Paris mahkemesi bu yükümlülüğü kamu düzeni çerçevesinde de değerlendirmemiştir. Dolayısıyla bu kararla Fransız hukuku bakımından hakemlerin rekabet hukukuna uygunluğu re'sen inceleme yükümlülüğünün bulunmadığının kabul edildiği söylenebilir[856]. İkinci olarak kararın kaleme alınış şekli, mahkemenin rekabete aykırılık iddiasının bütünüyle temelsiz olmadığı yönünde bir düşünceye sahip olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Ancak buna rağmen İstinaf Mahkemesi tahkim usulünün gereksinimlerini ve uluslararası tahkimle ilgili beklentileri olası bir rekabet hukuku ihlalinin önünde tutmuş, hakem kararına müdahaleyi çok açık ihlaller haricinde gerekli görmediğini ifade etmiştir[857]. Paris İstinaf Mahkemesinin bu

[852] Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", para. 22-043; Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 215.

[853] Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", s. 815.

[854] Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed***)*, s. 301; Liebscher, "EU Member State Court Application of Eco Swiss: Review of the Case Law and Future Prospects", para. 23-021; Di Brozolo, Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", para. 5-43.

[855] Liebscher, "Arbitration of Antitrust Disputes", s. 541.

[856] Bensaude, "Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law", s. 242. Aksi görüş için bkz. Gordon Blanke, "Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law**" Journal of International Arbitration**, Vol. 23(3), 2006, s. 249 vd.

[857] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 215.

yaklaşımı bir kısım yazarlar tarafından "mahkeme incelemesinde olması gereken standardı" tarif ettiği için olumlu karşılanmış[858], bir kısım tarafından ise inceleme yapan mahkemenin rolünü haksız olarak sınırlandırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[859]. Paris mahkemesinin bu kararının uluslararası tahkimde hakem kararının nihâîliğine duyulan saygı konusunda çıtayı yükseltmesi bakımından takdire şayan olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca mahkeme kanaatimizce tarafların rekabet hukukunu taktiksel olarak kullanmalarına izin vermemekle de uluslararası tahkim kullanıcıları gözünde Paris'in güvenilir bir tahkim yeri olarak konumunu sağlamlaştırmasına katkı sağlamıştır. Eğer ciddi bir ihlal durumu varsa ve mahkeme bunu gözden kaçırmışsa dahi bu ihlalin Fransız veya AB rekabet otoritelerinin ağına takılması her zaman mümkündür[860].

b) *Cytec* kararı: Minimalist ve maksimalist yaklaşım farklılıkları

(1) Fransız ve Belçika mahkemelerinin farklı tutumları

Fransız mahkemelerinin rekabet hukuku uyuşmazlıkları hakkında verilen hakem kararlarının mahkemelerce yapılan denetiminin kapsamının ne olması gerektiği konusunda Avrupa Adalet Divanı'nın *Eco Swiss* kararı sonrasında verdiği ikinci önemli karar ise, *Cytec* kararıdır[861]. *Cytec* davası oldukça ilginç bir örnektir, bunun sebebi ise Cytec davasında verilen hakem kararının hem Fransa'da hem de Belçika'da mahkeme önüne gelmesi ve iki devletin mahkemelerinin neredeyse taban tabana zıt bir anlayışla inceleme yapması, sonuçta

[858] Thalès kararını destekleyen görüşler için bkz. Bensaude, "Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law", s. 239 vd.

[859] Özellikle Seraglini bu görüştedir. Seraglini'nin görüşleri için bkz. Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", dn. 46.

[860] Bensaude, "Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law", s. 247.

[861] (SNF SAS v. Cytec Industrie BV, 2006)

da belirli bir aşamaya kadar bütünüyle zıt sonuçlara varmasıdır[862]. Aynı hakem kararı hakkında verilen iki karardan Fransa'da verilenin yukarıda bahsi geçen[863] minimalist yaklaşımın, Belçika'da verilenin ise maksimalist yaklaşımın en belirgin örneklerinden olduğu kabul edilmektedir[864]. Söz konusu ülkelerde görülen davalara konu tahkim yargılamasından kısaca bahsettikten sonra Fransız mahkemelerinin yaklaşımı ve sonrasında da kıyas imkânı oluşturması açısından Belçika yargı makamlarının bakış açısı ele alınacaktır.

Hollandalı Cytec firması ile Fransız SNF firması, genellikle suda çözünen bir kıvam arttırıcı olarak kullanılan ve SNF tarafından pazarlanan PMD (poliakrilamid) üretimi için zorunlu hammadde olan akrilamid maddesinin temini için 1991 yılında başlangıçta üç yıllık bir süre için bir sözleşme imzalamışlardır. Sözleşme, SNF bakımından yıllık minimum sipariş yükümlülükleri ve Cytec bakımından da yıllık maksimum arz yükümlülükleri öngörmektedir. 1993 yılında taraflar ikinci bir sözleşme imzalayarak 1991 tarihli sözleşmedeki yıllık yükümlülük tutarlarını değiştirmişler, sözleşmenin süresini de sekiz yıl olarak belirlemişlerdir. 1993 tarihli sözleşme aynı zamanda ICC tahkim şartı içermekte, sözleşmede tahkim yeri Brüksel, esasa uygulanacak hukuk ise *lex mercatoria* ve Fransız hukuku olarak belirlenmektedir[865]. 2000 yılında – SNF'in Cytec'ten aldığı hammaddeye muhtemelen artık ihtiyaç duymadığı noktada[866]- SNF, Cytec'e 1993 tarihli sözleşmenin uyumlu eylemi ifade ettiği ve bu anlamda rekabeti etkin şekilde sınırladığı gerekçesiyle EC m. 81'e; Cytec'in

[862] Pierre Heitzmann, Jacob Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC" **Stockholm International Arbitration Review** Vol. (2), 2007, s. 39; Liebscher, "EU Member State Court Application of Eco Swiss: Review of the Case Law and Future Prospects" para. 23-044; Rolf Trittmann, Boris Kasolowsky, "EU Competition Law Arguments in International Arbitration: Practical Steps and Strategic Considerations" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 179-205). The Hague, Kluwer Law International, 2011.para. 6-058.

[863] Bkz. yukarıda s. 163 vd.

[864] Gordon Blanke, Renato Nazzini, "French Supreme Court Confirms Minimalist Review of Competition Law Awards" **Global Competition Litigation Review**, Vol. 1(2), 2008s. 44; Philippe Billiet, "Arbitrators' Means to Ensure Compliance with Competition Law and Limits of Court Review on Awards In Europe" **Arbitration**, Vol. 76(1), 2010, s. 91.

[865] Blanke, Nazzini, "French Supreme Court Confirms Minimalist Review of Competition Law Awards", s. 44.

[866] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 40.

hâkim durumunu kötüye kullanması sebebiyle de EC m. 82'ye aykırı olması sebebiyle feshi için bildirimde bulunmuştur. Bunun üzerine Cytec de sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle tahkim başvurusunda bulunmuştur.

Hakem heyeti, 2002 yılında yükümlülükleri belirlediği bir kısmi karar, 2004 yılında da tazminat ve diğer talepler hakkında hükmünü içeren bir nihai karar vermiştir. Kısmi kararda hakem heyeti 1993 tarihli sözleşmenin rekabet hukuku bakımından detaylı bir analizini yaparak söz konusu sözleşmenin SNF'in akrilamid pazarına girmesini engellemeyi amaçladığından bahisle EC m. 81'e aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Hakem heyeti aynı zamanda her iki tarafın da 1993 tarihli sözleşmenin EC m. 81'e aykırı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiğini, dolayısıyla her iki tarafın da birbirlerinin zararlarından sorumlu olduğunu ifade etmiştir. SNF bakımından zararın ispatının ancak o tarihte akrilamid maddesini üçüncü kişilerden daha uygun fiyata alabileceğini yahut 1993 tarihli sözleşmenin SNF' in rekabet etme gücünü sınırladığını delillendirebilmesi halinde mümkün olacağı da kararda yer alan bir diğer hususdur[867]. Nihayet hakem heyeti 1993 tarihli sözleşmenin EC m. 82'ye aykırı olmadığına hükmetmiştir. 2004 yılında verilen nihai kararda ise hakem heyeti, taraflar 1993 tarihli sözleşmeyi imzalamasalardı içinde bulunacakları durumu baz alarak tazminat miktarlarını belirlemiştir. Dolayısıyla taraflar arasındaki 1991 tarihli –süresi dolmuş- anlaşma esas alınmıştır. Hakem heyeti bu noktada 1991 tarihli bu anlaşmayı taraflardan bu yönde herhangi bir talep veya iddia gelmemesine rağmen EC m. 81'e uygunluk yönünden incelemiş ve bu sözleşmenin geçerli olduğuna karar vermiştir[868]. Sonrasında da SNF'in zararını kısmi kararda belirtilen şekilde ispatlayamamasından hareketle SNF bakımından tazminata hükmetmemiş, Cytec lehine ise yüklü bir tazminata hükmetmiştir. Bu karar aleyhine SNF çeşitli yollara başvurmuştur. Öncelikle hem kısmi karar hem de nihai karar hakkında Belçika'da iptal başvurusunda bulunmuştur. İkinci olarak Cytec'in Fransa'da yaptığı tenfiz

başvurusunun reddini talep etmiştir. Üçüncü olarak AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü'ne nihai kararın AB rekabet hukukunu ihlal ettiğine dair bir mektup göndermiştir. Nihayet SNF Fransa'da Fransız Ticaret Kanunu'nun rekabet hukukuna dair cezai hükümlerine dayanarak ceza davası açmıştır[869].

Fransa'da yapılan tenfiz başvurusu sonucu Paris İstinaf Mahkemesi SNF' in kamu düzeninin ihlal edildiğine iddiasını geçersiz bularak kararın tenfiz edilmesine karar vermiştir[870]. İstinaf mahkemesi kararında hakem heyetinin meşruiyetine ve 1993 tarihli sözleşmenin geçersizliğini tespit ederken detaylı bir inceleme yapmış olmasına vurgu yapmıştır[871]. Mahkeme bir tenfiz incelemesinde dava konusu olayları incelemeye yetkili bulunmadığını, sadece hakem kararının kendisinin milletlerarası kamu düzenine uygunluğunu denetleyebileceğini, SNF'in milletlerarası kamu düzeninin "*açık, etkili ve somut*" bir şekilde ihlal edildiğini ortaya koyamamış olduğunu, dolayısıyla böyle bir durumda İstinaf Mahkemesi'nin görüşünün hakem heyetinin görüşü yerine ikame edilmesinin söz konusu olmayacağını ifade etmiştir[872]. Ayrıca mahkeme SNF'in açılan ceza davasının tenfiz başvurusu bakımından bekletici mesele yapılması talebini de reddetmiştir[873]. Fransız Yargıtay'ı da Paris İstinaf Mahkemesi'nin bu kararını onamış, mahkemenin hakem kararını esastan incelemeye girişmemek bağlamındaki tutumunun doğruluğunu teyit etmiş, tenfiz yeri mahkemesinin rolünün hakem kararının tenfizinin milletlerarası kamu düzeninin bir parçası

[867] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 41.
[868] Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", s. 87.
[869] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 41.
[870] (SNF SAS v. Cytec Industrie BV, 2006)
[871] Liebscher, "EU Member State Court Application of Eco Swiss: Review of the Case Law and Future Prospects", para. 23-032.
[872] Billiet, "Arbitrators' Means to Ensure Compliance with Competition Law and Limits of Court Review on Awards In Europe", s. 90.
[873] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 42.

olan AB rekabet hukukunun "*açık, etkili ve somut*" bir şekilde ihlal edip etmediğini incelemekle sınırlı olduğunu vurgulamıştır[874].

Bu sırada SNF'in hem kısmi kararın hem de nihai kararın iptali için Brüksel mahkemesine yaptığı başvuru ise kabul edilmiş, kararlar iptal edilmiştir[875]. Mahkeme, hakem kararının AB rekabet hukuku hükümlerini, dolayısıyla kamu düzenini ihlal edip etmediğini incelemekle yükümlü olduğunu, kamu düzeninin ihlalinden bahsedebilmek için – Fransız mahkemelerince ortaya konan kriterlerin aksine- AB rekabet hukuku hükümlerinin ihlalinin "açık" olmasının zorunlu olmadığını vurgulamıştır [876] . İptal kararında, iptal yeri mahkemesinin bahsi geçen incelemeyi yaparken de kararın gerekçesi ışığında hakem heyetinin, i) taraflarca ileri sürüldüğü şekliyle somut olay ve delilleri değerlendirip değerlendirmediğini; ii) EC m. 81 ve 82'yi bu verilere uygulayıp uygulamadığını denetlemesi gerektiğini ortaya konulmuştur. Dolayısıyla mahkeme hakem heyetince ortaya konulduğu şekliyle hakem kararının gerekçesini esaslı şekilde incelemeye tâbi tutacak, ancak davayı tekrar görme anlamına gelecek bir incelemeden kaçınacaktır: bu, mahkemenin yetkisi dışındadır[877]. Bu minvalde yaptığı inceleme sonucu Brüksel mahkemesi hakem heyetinin EC m. 82'nin ihlal edilmediğine dair hükmünün doğru olduğunu, ancak EC m. 81'in ihlal edildiğine dair verdiği karar ile verdiği tazminat hükmünün çeliştiğini, zira 1993 tarihli sözleşme imzalanmamış olsaydı da her hâlükârda SNF'in yüksek fiyatla Cytec'ten aynı miktarda mal almak zorunda kalacağını, bu anlamda hükmedilen tazminatın taraflardan biri bakımından olması gerekenden az olduğunu ifade etmiştir[878]. Dolayısıyla mahkemeye göre

[874] (SNF SAS v. Cytec Industries BV, 2008)
[875] (SNF SAS v Cytec Industries, 2007)
[876] Komninos, "Arbitration and EU Competition Law", s. 217.
[877] Blanke, Nazzini, "French Supreme Court Confirms Minimalist Review of Competition Law Awards", s. 45.
[878] Liebscher, "EU Member State Court Application of Eco Swiss: Review of the Case Law and Future Prospects", para. 23-039.

hakem heyeti rekabete aykırı bir sözleşmeye etki tanımış, verdiği karar da kamu düzenine aykırı hale gelmiştir; sonuç olarak hakem kararı bütünüyle iptal edilmiştir[879].

Brüksel mahkemesinin bu kararı büyük bir tartışmaya yol açmış, özellikle AB içinde aynı davanın keskin yorum farklılıkları sonucu bir ülkede icra edilebilir, diğerinde edilemez hâle gelmesi eleştirilere konu olmuştur[880]. Nihayet 2009 yılında Brüksel İstinaf Mahkemesi İlk Derece Mahkemesi'nin kararını bozarak bu farklılığı ortadan kaldırmıştır. Ancak İstinaf Mahkemesi bu kararı sanılanın aksine İlk Derece Mahkemesi ile aynı düzeyde bir inceleme yürüterek vermiştir: Brüksel İstinaf Mahkemesi'ne göre hakem heyeti AB rekabet hukukunu doğru şekilde uygulamış ve sözleşmenin geçersizliğini tespit etmiştir, ancak hakem heyetinin tazminata hükmetmesi tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla Brüksel İstinaf Mahkemesi bir anlamda EC 81 ve 82. maddelerin uygulanıp uygulanmadığının tespitinde maksimalist yöntemi, ancak kararın tazminat boyutunun incelenmesinde minimalist yöntemi tercih etmiştir[881].

(2) Minimalist ve maksimalist yaklaşımların değerlendirilmesi

Fransız mahkemeleri ile Belçika mahkemelerinin farklı tutumları, *Eco Swiss* davasının yorumlanmasında makasın ne kadar açılabileceğine dair çok somut bir örnektir. Görüldüğü üzere Fransız hukuk uygulaması *Thalès* davasından, hatta daha öncesinden[882] itibaren hakem kararının asgari incelemesini tutarlı bir uygulama haline getirmektedir. Belçika uygulaması ise özellikle başlangıçta uluslararası tahkim bakımından çok tehlikeli bir durum yaratmaya adaydır: Hakemlerin kamu düzeninden olan bir hükme aykırılığı tespit

[879] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 43.

[880] Blanke, Nazzini, "French Supreme Court Confirms Minimalist Review of Competition Law Awards", s. 46; Varady, Barcelo III, Von Mehren, **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (4th ed)**, s. 264.

[881] Billiet, "Arbitrators' Means to Ensure Compliance with Competition Law and Limits of Court Review on Awards In Europe", s. 92.

[882] Bkz. Almira, Ganz, Labinal ve Aplix davaları, yukarıda bölüm no. II.C.2.

etmesi- dolayısıyla bu bakımdan mahkeme ile aynı fikirde olmaları- yeterli değildir. Eğer hakemlerin hükmettiği tazminat miktarı mahkemenin hükmetmeyi düşüneceği miktarın altındaysa, bu başlı başına bir iptal sebebi olabilecektir. Bu anlamda tahkimde aleyhlerine hükmedilen tazminat miktarını beğenmeyen her tarafa rekabet hukukunun yanlış uygulandığından hareketle iptal davası açma yolu bir anlamda önerilmiş olmaktadır[883]. Bu ise hakem kararlarının nihâîliği bakımından önemli bir tehdittir. Neyse ki Brüksel İstinaf Mahkemesi de bu durumun farkına vararak hükmedilen tazminat miktarının tek başına kamu düzeniyle ilgili bulunmadığını teyit etmiştir. Ancak yapılan incelemenin kapsamı yine de Fransız standardı ile kıyaslandığında oldukça geniştir.

Bu noktada, *Eco Swiss* davasında Adalet Divanı tarafından talep edilen inceleme standardı konusunda iki ülkenin yaklaşımından birinin diğerine göre daha tercih edilir olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. *Eco Swiss* kararında milli usul kurallarının (*somut olayda Hollanda hukukunda res judicata prensibi*[884]) AB rekabet hukukuna göre öncelikli olabileceği sonucuna vardığı düşünüldüğünde, Belçika yaklaşımının AB kurumları nezdinde daha tercih edilir olacağı yönünde bir çıkarım yapmak zor görünmektedir. Nitekim Paris Mahkemesi de kararında SNF'in AB Komisyonu'na yaptığı başvurunun cevapsız kalmış olduğuna değinmiş ve bu durumu aykırılığın "*açık, etkili ve somut*" olmadığı yönündeki delillerden biri olarak değerlendirmiştir[885].

Her iki ülkede de mahkemeler EC m. 81'in ihlal edildiği, tarafların bunun farkında olması gerektiği, EC m. 82'nin de ihlalinin söz konusu olmadığı ve her hâlükârda mahkemenin incelemesinin davada sunulan delilleri inceleyip adeta davayı yeniden görmek anlamına gelemeyeceği konularında aynı fikirdedirler. Ancak tazminat taleplerinin kendisinin kamu düzeni ile ilişkilendirilmesi, mahkemeler tarafından hakem kararlarının rekabet

[883] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 45.

[884] Bkz. yukarıda s. 147 vd.

hukukuna uygunluğun detaylı bir incelemenin konusu olması gerektiğini düşünenler tarafından bile aşırı bir uygulama olarak yorumlanmıştır[886]. İstinaf aşamasında Belçika yargı makamları da bu hatadan dönmüşlerdir. Sonuç olarak uluslararası uygulamalar ve uluslararası tahkim dünyasındaki hâkim görüş, hakem kararlarının rekabet hukukuna uygunluğunu değerlendirirken mahkemelerin Fransız örneğinde olduğu gibi hakem kararlarının nihâîliğine olabilecek en yüksek düzeyde etki tanımalarının uluslararası tahkim bakımından daha tercih edilir olduğu yönündedir[887]. Nitekim Fransız uygulaması da bütünüyle denetimsiz bir sistemi öngörmemektedir. Fransız mahkemeleri 2014 yılında verdiği üç karar[888] ile bu hususu açıkça ortaya koymuştur[889]. Bunun yanında, Paris İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku ilişkisine dair *Genentech* davasında[890] AB Adalet Divanı'na ön karar için başvurması da iptal davası aşamasında mahkemenin rekabet hukukuna uygunluğu ciddi olarak değerlendirdiği şeklinde yorumlanmaktadır[891].

Bu anlamda rekabet hukukunun hakemlerce mahkemeden farklı yahut yanlış uygulanmış olması, hatta kimi zaman uygulanmamış olması kural olarak tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmez: kamu düzenine aykırılıktan bahsedebilmek için bizzat rekabet hukuku ve politikasının amaçlarının ve varlık sebeplerinin tehdit altında olması aranır[892]. Peki kamu düzeninin gündeme gelmesine yol açacak bu haller nelerdir? Bunları kategorik olarak

[885] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 49.

[886] Heitzmann, Grierson, "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", s. 48.

[887] Billiet, "Arbitrators' Means to Ensure Compliance with Competition Law and Limits of Court Review on Awards In Europe", s. 97.

[888] (Sté Gulf Leaders for Management and Services Holding Company v. SA Credit Foncier de France, 2014); (SAS Man Diesel & Turbo France v. Sté Al Maimana General Trading Company Ltd., 2014); (Congo v. SA Commissions Import Export, 2014). Davalar için bkz. (Wong, 2016), dn. 112.

[889] Her ne kadar bu kararların üçü de rüşvet iddiası içermekte olsa da, emredici hükümleri ihlal eden diğer davalarda da bu yaklaşımın sergileneceğini öngörmek mümkündür.

[890] Bkz. yukarıda s. 174 vd.

[891] Nazzini, "A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings", s. 438; Wong, "The "Middle Way" Review Standard of Arbitral Awards- Safeguarding Effective EU Competition Law Enforcement: The Theoretical Appraisal, Practical Application and Potential Obstacles", s. 12.

[892] Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", para. 22-058.

tespit etmek elbette çok zordur. Ancak pazar paylaşımı, fiyat belirleme veya rekabete hassas bilgilerin[893] paylaşılması gibi hallerin varlığı halinde kamu düzeninin devreye gireceği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Yine rekabet hukukunu kasten görmezden geldiği ve bu yolla rekabet ihlalinin devam etmesine yardımcı olduğu anlaşılan hakem kararları da aynı kaderi paylaşacaktır[894].

Son olarak hakem kararlarının nihâîliğini önceleyen yaklaşım bağlamında taraflara yapılacak öneri, AB rekabet hukukuna aykırılık iddialarını tahkim yargılaması aşamasında ileri sürmeleri, bunların ileri sürülmesini iptal yahut tenfiz aşamasına bırakmamalardır[895]. Zira mahkemeler, belirtilen aşamalarda söz konusu argümanların hakem kararının nihâîliğine zarar verebileceği endişesiyle dikkate alınmaması yönünde karar verebilirler, bu anlamda yargılama esnasında başarılı olabilecek –çoğu halde- bir savunma, iptal ve tenfiz aşamalarında dinlenemez olabilecektir[896].

D. Rekabet hukuku meselelerinin tahkimde görülmesinde AB dışından bir örnek: İsviçre

1. Genel olarak

Çalışmamız kapsamında yer verilecek ülke uygulamalarından birisi de İsviçre'dir. İsviçre, rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmesi konusunda Avrupa'da yeşil ışığı ilk olarak yakan ülkedir[897]. Kartellere karşı liberal yaklaşımı sebebiyle bir dönem "kartel cenneti" olarak anılan ve AB rekabet hukukunu görmezden gelmekle meşhur olan İsviçre[898],

[893] Örneğin bu bilgi paylaşımı uygulanacak fiyatlar hakkında olması, başlı başına bir rekabet hukuku ihlalidir. Bkz. Nurkut İnan, "Uzlaşma ve Bilgi Değişimi" **Rekabet Forumu- Hukuk, Ekonomi, Politika**, *Sayı 78*, Kasım 2013, s. 5.

[894] Di Brozolo, "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings", para. 22-062.

[895] Bensaude, "Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law", s. 244.

[896] Trittmann, Kasolowsky, "EU Competition Law Arguments in International Arbitration: Practical Steps and Strategic Considerations", para. 6-055.

[897] İsviçre mahkemeleri Ampaglas davası ile 1975 tarihinde bu konuda görüşünü ortaya koymuştur.

[898] Carl Baudenbacher, "Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU" Ed. By Claus Dieter Ehlermann, Isabel Atanasiu, **European Competition Law**

sonrasında özellikle uluslararası tahkim uygulamacılarının dikkatli yaklaşımı sayesinde bu etiketten kurtulmuştur[899]. Ancak İsviçre yargısının rekabet hukukuna, özelde de AB rekabet hukukuna karşı Fransız uygulamasındaki kamu düzeni etkilerini en aza indirgeyen yaklaşımı bir adım ileriye götüren ve rekabet hukukunun kamu düzeninden ayrıştırılmasına yönelik kararları uluslararası tahkim camiası tarafından uzun süredir tartışılmaktadır. İsviçre mahkemelerinin kamu düzeni kavramına, bu bağlamda rekabet hukukuna ve özelde de AB dışında bir ülke olarak üçüncü bir ülkenin rekabet hukuku kurallarına etki tanınması bağlamında AB rekabet hukukuna ne şekilde yaklaştığının incelenmesinin bu anlamda son derece ufuk açıcı olduğu kanaatindeyiz.

2. *Ampaglas* kararı: Hakemlerin AB rekabet hukukunu uygulamaya yetkili olduklarının teyidi

İsviçre mahkemeleri, henüz 1975 yılında AB rekabet hukuku meselelerinin tahkime elverişli olduğunu *Ampaglas* davasında[900] karara bağlamıştır[901]. Bu dava, patent lisans sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığı konu almaktadır. Taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Lüksemburg hukuku kararlaştırılmıştır, ancak dava konusu patentler ve bunların geçerliliği İtalyan hukukuna tâbidir. Ayrıca sözleşmede bir tahkim şartı yer almaktadır ve bu tahkim şartında hakem heyetine *amiable compositeur* olarak görev yapma yetkisi verilmiştir. Taraflardan biri sözleşmenin EEC m. 85'e[902] aykırı olduğunu; ancak bu aykırılığı tespit etmeye hakem heyetinin yetkili olmadığını iddia ederek hakem heyetinden tahkim yargılamasını durdurmasını ve Adalet Divanı'na sözleşmenin 85. maddeye uygun olup olmadığına dair ön karar başvurusu yapılmasını talep etmiştir. Hakem heyeti ise bu talebin

---

Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Laws (s. 341- 361), Oxford, Hart Publishing, 2003., s. 341; Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", dn. 37.

[899] Philip Landolt, "The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 545-565), The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 15-001.

[900] (Ampaglas v. Sofia, 1975)

[901] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 166.

çok geç yapıldığı ve davayı geciktirmeye yönelik olduğu; ayrıca 85/1. Maddenin dava konusu sözleşmeye uygulanmayacağı gerekçeleriyle talebi reddetmiş; ayrıca tarafların sözleşmesinde patentlerin geçerliliğinin sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Lüksemburg hukuku bakımından sorgulanmayacağına yönelik hükmün de geçersizliğini ilan etmiştir[903]. Bunun üzerine açılan iptal davasında Vaud Kanton Mahkemesi iptal talebini reddetmiştir. Mahkeme kararında sözleşmenin geçersizliği veya feshine ilişkin bir uyuşmazlıkta, taraflardan birinin talebi emredici bir hükme dayanıyor olsa da, bunun tek başına bu uyuşmazlığın tahkimde görülemeyeceği anlamına gelmeyeceğini ifade etmiş[904], bu anlamda tahkimin konusu ile uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak kuralların niteliği arasında bir ayrım yapmıştır: Tahkime elverişlilik ikincisiyle değil, birincisiyle ilgilidir[905]. Bu anlamda hakem de tıpkı hâkim gibi, özel hukuk sonuçları hakkında karar verebildiği bir geçersizliği tespit etmeye de yetkili olacaktır. Ancak bu yetkinin bir sınırı bulunmaktadır: eğer söz konusu geçersizliği tespit konusunda mahkeme lehine münhasır bir yetki tesis edilmişse, bu durumda hakem böyle bir karar veremeyecektir. Ancak mahkemeye göre AB rekabet hukuku bakımından böyle bir özgüleme söz konusu değildir; bu anlamda hakemler de pekâlâ –tarafların bu konuda aksi yönde bir anlaşmaları bulunsa dahi[906]- AB rekabet hukukunu uygulamaya yetkilidirler[907].

---

[902] Şu anda TFEU m. 101; daha önce EC m. 81.

[903] Hascher, "Introductory Report", s. 177.

[904] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 253.

[905] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-124; Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, s. 296.

[906] Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", dn. 37.

[907] Hascher, "Introductory Report", s. 177.

3. *G.SA v. V. Spa* kararı: Hakemin AB rekabet hukukunu uygulama görevi bulunduğunun kabulü

İsviçre mahkemeleri bu yaklaşımını 1992 tarihli bir başka davada teyit etmiştir[908]. İsviçre'de görülen ve Belçikalı bir şirket ile İtalyan bir şirket arasındaki bir ad hoc uluslararası tahkimi konu alan bu davada uygulanan hukuk, Belçika hukukudur[909]. Hakem heyeti pazarlama bölgelerinin paylaşımını ve fiyat belirlemeyi de içeren esas sözleşmeyi inceleyerek davanın esası hakkında bir karar vermiş, ancak taraflardan biri talep ettiği halde esas sözleşmeyi AB rekabet hukukuna uygunluk bakımından incelemeyi bu konuda yetkili olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir[910]. Bunun üzerine açılan iptal davasında İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre'de görülen bir tahkim yargılamasında hakemlerin uyuşmazlık konusu sözleşmenin AB rekabet hukukuna uygunluğunu inceleme konusunda sadece yetkili bulunmayıp aynı zamanda böyle bir görevi olduğundan bahisle kararı iptal etmiştir[911]. Ayrıca mahkeme ne EEC m. 85'in, ne de onun uygulanmasını düzenleyen 17/62 sayılı Tüzüğün devlet mahkemelerinin yahut hakem heyetlerinin bir sözleşmenin bu düzenlemeler bakımından geçerli olup olmadığını denetleyemeyeceğine dair bir ifade içermediğini de vurgulamıştır[912]. Dolayısıyla Ampaglas davasındaki tutum bir adım ileriye taşınmıştır: hakem heyeti AB rekabet hukukuna uygunluğu incelemek konusunda hem yetkili, hem de görevlidir[913].

---

[908] (G.SA v. V. SpA, 1992)

[909] Landolt, "The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland", para. 15-026; Baudenbacher, "Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU", s. 347.

[910] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 253.

[911] Bridgeman, "The Arbitrability of Competition Law Disputes", s. 166; Baron, Liniger, "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany", dn. 37.

[912] Shelkoplyas, **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, s. 253.

[913] Ancak bu dava bakımından taraflarca ileri sürülen ve mahkemece kabul edilen iptal gerekçesi ayrıca tartışmalara konu olmuştur. Taraflar iptal davasını İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 190(2)(b) maddesinde düzenlenen yargılama yetkisinin varlığı veya yokluğu konusunda yanlış karar vermiş olma sebebine dayanarak açmışlar, mahkeme de iptal kararını bu sebebe göre vermiştir. Ancak bazı yazarlara göre burada hakem heyeti esasında yargılama yetkisinin varlığı ya da yokluğuna karar vermemiş, sadece –tahkim şartının değil- esas sözleşmenin AB rekabet hukuku hükümlerine uygunluğunu incelemeyi reddetmiş, bu anlamda uygulanması gereken hukuku uygulamamıştır. Dolayısıyla esas olarak dayanılması gereken hüküm, 190(2)(b)

4. *X SA ve Y SA* kararı: Hakemlerin re'sen AB rekabet hukukunu uygulama zorunluluğu var mıdır?

1992 tarihli bu davada taraflardan biri AB rekabet hukukunun uygulanmasını talep etmiştir. Peki İsviçre Mahkemelerinin rekabet hukukunun hakemlerce re'sen uygulanması konusundaki yaklaşımı nedir? Bu noktada 1998 tarihli karar[914] önem taşımaktadır. 1991 yılının sonunda, AB üye devletlerinden biri C Konsorsiyumuna çeşitli işleri gerçekleştirmek için bir imtiyaz vermiştir. Merkezleri bir başka AB üye devletinde bulunan X, Y ve Z şirketleri de bu konsorsiyum tarafından açılan ihaleye teklif vermek üzere davet edilmişlerdir. X, Y ve Z kendi aralarında bir sözleşme yapmıştır. Bu sözleşme uyarınca Z firması X ve Y tarafından belirlenecek şartlar çerçevesinde ihaleye teklif verecek, eğer Z firması ihaleyi alırsa da X ve Y, Z firmasına ödeme yapmakla yükümlü olacaklardır. Bu ödemenin yarısı Z ile akdedilecek bir taşeronluk sözleşmesi üzerinden yapılacaktır. Sözleşmede aynı zamanda bir tahkim şartı yer almakta, uygulanacak hukuk ise İsviçre hukuku olarak belirlenmektedir. Z ihaleye X ve Y tarafından belirlenen şartlar çerçevesinde teklif vermiş ve ihaleyi kazanmıştır. Ancak bu sırada C konsorsiyumunun imtiyazı geri alınmış, ihale sonucu yapılan sözleşme de geçersiz hale gelmiştir. Söz konusu imtiyaz daha sonra K firmasına verilmiş, K firması tarafından açılan ihaleyi de X ve Y firmaları kazanmış ve sözleşme imzalamışlardır. Süreçten

değil, kamu düzenine aykırılığı ifade eden 190(2)(e) maddesidir. Bunun pratik önemi de Federal Mahkemenin incelemesinin kapsamının iki bent bakımından birbirinden farklı olmasıdır. Bkz. Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed**, s. 293; Bernhard Berger, Franz Kellerhals, **International and Domestic Arbitration In Switzerland (2nd ed)**, London, Sweet&Maxwell, 2010, s. 60. Ayrıca Federal Mahkemenin burada AB rekabet hukuku hükümlerini hukuki olarak hangi temelde gördüğüne dair de bazı soru işaretleri oluşmuştur. Mahkeme uygulanacak hukuk Belçika hukuku, dolayısıyla AB üye ülke hukuku olduğu için mi bu sonuca varmıştır, yoksa AB rekabet hukukunu doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirdiği için her hâlükârda bu sonuca mı varacaktı? Bu sorunun cevabı çok net değildir. Zira Mahkeme kararında uygulanacak hukuka hiç atıf yapmamıştır. Dolayısıyla bu hususu kararında bir faktör olarak değerlendirmediği düşünülebilir. Ancak diğer yandan da taraflarca uygulanmanın talep edilmesine sıkça vurgu yaptığı için taraflarca bu uygulama talep edilmeseydi bu sonuca ulaşmayacağı da söylenebilir. Bu şu açıdan önemlidir: doğrudan uygulanan kural niteliği kabul edildiği takdirde taraflarca talep edilmenin bir önemi kalmayacaktır. Mahkeme bu şüphelere sonraki davalarda açıklık getirmiştir. Söz konusu tartışma için bkz. Landolt, "The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland", para. 15-024 vd.

[914] (X SA ve Y SA v. A, 1998)

dışlanan Z firması ise X ve Y aleyhine tahkim başvurusunda bulunmuştur[915]. Davada görev yapan tek hakem, X ve Y'nin Z'ye daha önce kararlaştırılan miktarda ödeme yapması yönünde hüküm tesis etmiştir. X ve Y firmaları ise esas sözleşmenin EEC m. 85'i ihlal etmesi sebebiyle hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğundan hareketle kararın iptali için dava açmışlardır.

Federal Mahkeme bu kararında öncelikle 1992 tarihli kararına atıf yapmış ve İsviçre'de görülen tahkim yargılamalarında uygulanacak hukuk İsviçre hukuku olsa dahi, AB piyasalarını etkileyen bir rekabet ihlalinin bulunması halinde sözleşmenin geçerliliğinin EEC m. 85 uyarınca değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmıştır. Ancak mahkeme bu incelemenin zorunlu olmasını bir şarta bağlamıştır: söz konusu geçersizlik davanın taraflarınca gündeme getirildiyse EEC m. 85'in uygulanması zorunlu olacaktır; aksi halde, böyle bir zorunluluktan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla hakemlerin AB rekabet hukukunu re'sen uygulama yükümlülükleri bulunmamaktadır[916]. Bunun sebebi, hakemlere somut olaya uygulanma ihtimali olabilecek tüm rekabet hukuku kurallarını bilme yükümlülüğü getirilmesinin adil olmayacağı düşüncesidir[917]. Ancak taraflarca AB rekabet hukukuna göre inceleme yapılması talebi ileri sürüldüğü anda –esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun- hakem bu iddiayı incelemekle hem yetkili hem de görevlidir[918]. Federal Mahkemenin re'sen uygulamayı neden gerekli görmediği bağlamında kararın devamında çok tartışılan bir başka görüş de yer almaktadır. Buna göre gerek ulusal gerek AB rekabet hukuku kurallarının tüm medeni uluslar tarafından kabul edilen temel hukuki veya ahlaki prensipler arasında yer aldığı *şüpheli*dir. Bu bağlamda da bu kuralların ihlalinin kamu düzeninin ihlali sayılacağı konusunda tereddütler

[915] Baudenbacher, "Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU", s. 349.

[916] Poudret & Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed***)*, s. 301.

[917] Baudenbacher, "Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU", s. 349.

[918] Bu noktada hakemin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin İsviçre hukukunda başlı başına bir iptal sebebi olarak düzenlenmediğini vurgulamak gerekir. Bkz. Berger, Kellerhals, **International and Domestic Arbitration In Switzerland (2nd ed)**, s. 61.

vardır, zira yasalara aykırılık, hukukun yanlış uygulanması ve hatta keyfi muamele bile tek başına kamu düzeninin ihlali anlamına gelmez [919]. Bu noktada şu hususu hatırlatmak gerekir: somut olaydaki rekabet hukuku ihlali sıradan bir ihlal değildir, doğrudan rekabetin sınırlanmasına yönelik anlaşmaları yasaklayan maddenin ihlali söz konusudur. Hatta tarif edilen ihlal ihaleye fesat karıştırma fiilini de çağrıştırmaktadır: ihaleye fesat karıştırma en vahim rekabet hukuku ihlallerinden biri kabul edildiği gibi, çoğu ülkede ceza kanunları bakımından da suç teşkil etmektedir[920]. Bu konuda liberal yaklaşımı ile bilinen Fransa'da dahi *Thalès* davası[921] ile ortaya konan "*açık, etkili ve somut*" ihlalin burada gerçekleştiği şüphesizdir. İsviçre'de İsviçre mahkemesinin böylesine ağır bir durumun hakemlerce kendiliğinden dikkate alınmasının gerekmediği düşüncesinden yola çıkarak verilen bir hakem kararının başka bir ülkede kanaatimizce tenfizi engellenebilecektir[922].

5. *Tensacciai v. Terra Armata* kararı: Rekabet hukuku iptal davası bağlamında kamu düzeninden sayılmaz

İsviçre mahkemeleri nihayet 2006 yılında rekabet hukuku kurallarının kamu düzenine ait olup olmadığı yönündeki şüphelerini gidermiş ve iptal aşamasında rekabet hukukunun İsviçre kamu düzeni anlayışının bir parçası olmadığına hükmetmiştir. Bu dava[923] İtalya'da hızlı tren hattı yapımıyla ilgili gerçekleştirilecek bir ihale için yapılan sözleşmeye ilişkindir. İki şirket, bu ihaleye birlikte teklif vermek ve özellikle tek başlarına veya başka şirketlerle ihaleye girmemek konusunda anlaşmışlardır[924]. Sözleşmede ayrıca bir ICC tahkim şartı da

[919] Pinsolle, "Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators", s. 20-21.

[920] Baudenbacher, "Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU", s. 350.

[921] Bkz. yukarıda s. 185 vd.

[922] Bu noktada İsviçre mahkemelerinin tutumu da hayli ilginçtir. *Fincantieri* davasında İsviçre Federal Mahkemesi, yasa koyucunun uluslararası tahkimde tahkime elverişliliği geniş bir şekilde düzenlerken İsviçre'de verilen bir hakem kararının başka bir ülkede tenfiz edilemeyebileceğini göz önünde bulundurduğunu, bu anlamda bilinçli bir tercih yaptığını, kararın tenfiz edilmemesi riskinin ise taraflarca değerlendirilmesi gereken bir husus olduğunu ifade etmiştir. Bkz. (Fincantieri- Cantieri Navali Italiani SpA v. Oto Melara, 1992).

[923] (Tensacciai v. Terra Armata, 2006)

[924] Van Houtte, "The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission", s. 67.

yer almaktadır ve tahkim yeri İsviçre, uygulanacak hukuk da İtalyan hukuku olarak belirlenmiştir[925]. Şirketlerden birinin tek başına ve diğer üçüncü firmalara birlikte ihaleye girerek kazanması sonucunda diğer taraf tahkim başvurusunda bulunmuştur. Hakem heyeti 2002 tarihinde verdiği kararında sözleşmenin geçerli olduğunu, özellikle AB ve İtalyan rekabet hukukları uyarınca geçersiz bulunmadığını tespit etmiş ve davalının sözleşmeyi ihlal ettiğinden bahisle tazminata hükmetmiştir. Davalı şirket bunun üzerine hakem heyetinin sözleşmenin AB ve İtalyan rekabet hukukuna aykırı olduğunu tespit etmemiş olması sebebiyle verdiği kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürerek iptal davası açmıştır[926].

Federal Mahkeme kararında öncelikle kamu düzeninin ulusaşırı niteliğine dikkati çekmiştir. Mahkemeye göre bir iptal sebebi olarak kamu düzeni ne İsviçre hukuk düzenini korumayı ne de –doğrudan uygulanan kurallar dahil- yabancı bir hukukun yanlış uygulanmış olmasını cezalandırmayı amaçlar. Bir kararın kamu düzenine aykırılığından bahsedebilmek için, İsviçre'de hâkim anlayışa göre her hukuk düzeninin temelini oluşturması gereken aslî ve yaygın olarak kabul gören değerleri dikkate almamış olması gerekir[927]. Federal Mahkeme bundan sonra, rekabet hukukunun bu değerler arasında olup olmadığını değerlendirmiş ve bu soruya olumsuz yanıt vermiştir. Mahkeme bu sonuca özetle her ülkenin bir rekabet hukuku sistemi bulunmadığından; bir rekabet hukuku sistemi bulunmadığı için hiçbir ülkenin kınanamayacağından, dolayısıyla bunun bir eksiklik yahut vazgeçilemez bir ahlakî prensip olarak değerlendirilemeyeceğinden; ayrıca rekabet hukuku sistemi bulunan ülkelerde de sistemler arasındaki farklılığın ulusaşırı bir prensipler bütününden bahsetmeyi mümkün kılmadığından hareketle ulaşmıştır[928]. Mahkeme ardından yabancı bir hukuka (bu durumda

[925] Varady, Barcelo III, Von Mehren, **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (4th ed)**, s. 265.

[926] Philip Landolt, "Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 - A Commentary", Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (s. 129-145), The Hague, Kluwer Law International, 2008, s. 129-130.

[927] (Tensacciai v. Terra Armata, 2006), s. 529.

[928] Liebscher, "Arbitration of Antitrust Disputes", s. 542; Varady, Barcelo III, Von Mehren, **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (4th ed)**, s. 265.

AB rekabet hukukuna- y.n.) uygunluğun bir başka mahkeme tarafından denetlenmesinin zorluklarına dikkati çekmiş, bu bağlamda özellikle AB üye ülkeleri mahkemelerinin Adalet Divanı'na ön karar için başvuru ve benzeri olanaklarının varlığını hatırlatmış, bu imkânlara sahip olmayan İsviçre mahkemeleri tarafından yapılacak bir yorumun Adalet Divanı'nın yorumlarından ayrılarak belirsizlik yaratabileceğine dikkati çekmiştir[929]. Nihayet kararda hakemlerin esasa uygulanacak hukuk dışında olsa dahi taraflarca ileri sürüldüğü takdirde AB rekabet hukukuna uygunluğu inceleme yükümlülüğü ile rekabet hukukunun koruduğu değerlere kamu düzeni statüsü verilmemesi arasında bir çelişki bulunup bulunmadığı hususu incelenmiş ve hakemin kamu düzeni ile hâkimin kamu düzeninin birbirinden farklı olduğu gerekçesiyle böyle bir çelişki bulunmadığı sonucuna varılmıştır[930]. Dolayısıyla İsviçre'de bir hakem kararının rekabet hukukuna uygun olmaması başlı başına bir kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bu karar gerek akademik çevrelerde gerek uygulamacılar arasında ciddi eleştirilere konu olmuştur[931]. Bu eleştirilerden ilki yukarıda belirtildiği üzere[932] rekabet hukuku sistemi bulunan ülke sayısının hızla artması ve rekabet hukuku sisteminin bulunmamasının çoğunlukla ekonominin yeterince olgunlaşmamış olmasından kaynaklanması, dolayısıyla esasında bir tercih olmamasıdır[933]. Bu görüşe katılmak çok mümkün görünmemektedir; zira rekabet hukuku sistemi en nihayetinde serbest piyasa ekonomisi ile alakalıdır. Liberal bir ekonomik modeli benimsemeyen ülkelerde rekabet hukukunun var olmaması son derece normaldir. Bu anlamda bütün devletlerin serbest piyasa ekonomisi ile yönetilmesini beklemek ne gerçekçidir ne de adildir. Ancak bu sistemi benimseyen ülkeler bakımından rekabet hukuku aynı zamanda idari ve cezai hükümlerle de donatılmış bir sistemdir. Bunun sebebi ise

[929] Hanoatiou, Caprasse, "Public Policy in International Arbitration", dn. 115.
[930] (Tensacciai v. Terra Armata, 2006), s. 533.
[931] Bu konudaki görüşler için bkz. Blanke, Nazzini, "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2", dn. 40.
[932] Bkz. yukarıda s. 79 vd.
[933] Landolt, "Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 - A Commentary", s. 135.

anılan kurallara uygunluğa devletlerin özel bir önem yüklemesidir. Bu bağlamda yapılan ikinci eleştiri olan Federal Mahkeme'nin kararında kamu düzeni hallerini etik yahut ahlaki prensiplere hasretmiş olması[934] kanımızca haklı bir eleştiridir. Gerçekten de mahkeme, kamu düzeni engelinin işlerlik kazanacağı hallere iyi niyet kuralları, hakkın kötüye kullanılması yasağı, tam ehliyetli olmayan kişilerin korunması[935] gibi hukuk sistemleri arasında ciddi uygulama farkları olan prensiplerden örnekler vermiş, ancak bunların neden rekabet hukukuna nazaran kamuyu daha çok ilgilendirdiği sorusuna bir cevap vermemiştir. Ayrıca mahkemenin bu yaklaşımı Uluslararası Hukuk Derneği'nin kamu düzeni tanımına nazaran çok daha dar kapsamlıdır[936].

Bu karar bakımından dikkat çekilmesi gereken bir diğer nokta da İsviçre mahkemesinin ulusaşırı kamu düzeni algısı ile Fransız milletlerarası kamu düzeni anlayışı arasındaki benzerliktir. Her iki devlet yargı makamları da kamu düzenini ulusal çerçeveden çıkarmış, uluslararası tahkim bakımından uluslararası anlamda bir değerler bütününü dikkate aldıklarını vurgulamışlardır[937]. Ancak bu kararla İsviçre'de bir hakem kararının kamu düzeni engeline takılması, Fransa'dakinden bile daha zor hale gelmiştir. Fransa'da öncelikle Fransız anlayışı uyarınca "derin bir saygı" duyulan değerlerin, aynı zamanda evrensel olarak da kabul görmesi aranırken, İsviçre'de "her hukuk sisteminin temelini oluşturan" değerlerden İsviçre'nin de "derinden" bağlı olduğu değerlere uygunluk aranmaktadır[938]. Nihayet bu kararın, AB rekabet hukukunun uygulanması gerektiren ve İsviçre'de görülen tahkim yargılamalarının sonucunda verilen kararların hiçbir AB ülkesinde tenfiz edilememesi riskini teyit ettiği söylenebilir[939].

---

[934] Ibid. s. 137.
[935] (Tensacciai v. Terra Armata, 2006), s. 527.
[936] Bu derneğin yaklaşımı için bkz. yukarıda s. 25 vd.
[937] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, s. 960.
[938] Landolt, "Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 - A Commentary", s. 135.
[939] Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, s. 302; Varady, Barcelo III, Von Mehren, **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (4th ed)**, s. 265. Ancak İsviçre mahkemeleri bu konudaki yanıtını zaten vermiştir. Bkz. Bkz. yukarıda s. 196-197.

Bütün bunların yanında, mahkemenin yaklaşımında haklı olduğu noktalar da bulunmaktadır. Öncelikle mahkemenin de belirttiği gibi ulusaşırı bir kamu düzeni ve rekabet hukuku düzeninden bahsedilemediğinden, her ülke kendi kamu düzeni anlayışını kendisi belirlemektedir. Bu noktada İsviçre hakem kararlarının nihâîliğini korumayı kendisine öncelikli hedef olarak seçmiş ve bunu sağlamaya yoğunlaşmıştır. Netice itibarıyla bir ülke için hangi değerlerin öncelikli olduğu o ülkenin kendisi tarafından belirlenecektir. Ayrıca hakem kararlarının –özellikle- yabancı bir hukuka göre incelemesini yapmak gerçekten de çok meşakkatli bir iştir. Bir devletin mahkemelerini bununla yükümlendirmek istememesi de anlaşılır bir durumdur. Ancak kanaatimizce bütün bu tercihlerin bir sınırı olmalıdır: bu da uygulanacak hukukun kamu düzeninden sayılan kurallarına açıkça aykırı bir durum varsa – taraflarca ileri sürülmemiş olsa da- hakemlerin bunu görmezden gelmelerinin hukuk düzeni tarafından korunmaması gereğidir. İsviçre gibi geçmişte böyle uygulamalara göz yummasıyla bilinen bir hukuk sisteminde bu anlamda bir geriye dönüşün olmaması beklenir. Aksi halde son tahlilde uluslararası tahkime duyulan güven azalacaktır. Nitekim uygulamada İsviçre mahkemesinin bu yaklaşımına rağmen tahkim yeri İsviçre olan uluslararası tahkimlerde hakemler AB rekabet hukukunu etkin şekilde ve re'sen uygulamaya devam etmektedirler[940]. Ancak "olması gereken"ler bir tarafa bırakılacak olursa, bu karar başlı başına ulusaşırı bir kamu düzeni fikrinden ne derece uzak olunduğunun ve kamu düzeni anlayışının ne kadar değişken bir kavram olduğunun ispatı niteliğindedir.

E. Türk hukuku bakımından rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime konu olması

Bu bölümde, yukarıda çeşitli hukuk sistemleri bakımından yapılan incelemeler ışığında, Türk hukukunda rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkim süreci ile olan ilişkisi ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle gerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması

[940] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 432.

Hakkında Kanun'da gerek tahkime ilişkin yasal düzenlemeler olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülüp görülemeyeceğine dair özel bir hüküm bulunmadığı ifade edilmelidir[941]. Dolayısıyla konunun genel ilke ve kurallar ile yargı kararları bağlamında ele alınması gerekmektedir.

1. Genel olarak Türk rekabet hukuku sistemi

Öncelikle Türk rekabet hukuku sisteminin kısaca değerlendirilmesi elzemdir. Bu konudaki esas düzenleme olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK"), AB rekabet hukuku sistemi model alınarak hazırlanmıştır[942]. Kanunun 4. maddesi[943] rekabeti bozucu anlaşma ve uyumlu eylemlerle teşebbüs birliği kararlarını yasaklama bağlamında TFEU m. 101'in; 6. maddesi[944] hâkim durumun kötüye

[941] Bu noktada yukarıda değinilen ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer alan genel sınır olan taşınmazlar üzerindeki aynî haklardan doğan uyuşmazlıkların ve iki tarafın iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıkların tahkimde görülemeyeceğine dair genel kuralı (m. 1/4) ve bu hükmün HMK'daki karşılığı olan m. 408'i hatırlamak gerekir. Aşağıda bu maddeler bakımından da değerlendirme yapılacaktır. Bkz. aşağıda s. 210 vd.

[942] Gamze Öz, "Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Uygulamaları" **Milletlerarası Tahkim Semineri** (s. 44-80), Ankara, ICC, 2005., s. 48.

[943] "***Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar***

Madde 4- *Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) *Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,*

b) *Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*

c) *Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,*

d) *Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,*

e) *Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,*

f) *Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,*

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir."

[944] "***Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması***

Madde 6- *Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*

kullanılmasının yasaklanması bağlamında TFEU m. 102'nin; 7. maddesi[945] ise yoğunlaşmalar olarak ifade edilen birleşme ve devralmaların denetlenmesi bağlamında 4064/89 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün[946] bir anlamda yansımasıdır.

Ancak AB rekabet hukuku ve Türk rekabet hukuku arasında konumuz açısından çok önemli olan iki farklılığa değinmek gerekir. Bunlardan ilki, AB rekabet hukuku sisteminde muafiyet kararlarının 1/2003 tarihli Tüzük ile modernizasyon kapsamında artık münhasıran Komisyon tarafından değil, ulusal mahkemeler ve rekabet otoriteleri tarafından da verilebilmesidir[947]. Halbuki 4054 sayılı RKHK'da bu yetki münhasıran Rekabet Kurulu'na aittir[948]. İkinci ve daha temel bir farklılık olarak, AB rekabet hukuku sisteminin çok hukuklu

---

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

***a)** Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*

***b)** Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması,*

***c)** Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,*

***d)** Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*

***e)** Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması."*

[945] "***Birleşme veya Devralma***

***Madde 7-** Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.*

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder."

[946] Bu Tüzük AB' de 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü ile değiştirilmiş ve yeni bir birleşme sistemi benimsenmiştir.

[947] Bkz. yukarıda s. 132 vd.

[948] "***Muafiyet***

***Madde 5-**Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:*

***a)** Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*

***b)** Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*

***c)** İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*

***d)** Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,*

Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin

bir sistemin "*üst hukuku*" ve bu bağlamda "*supranasyonel*" nitelikte olmasıdır, dolayısıyla ulusal hukuklardaki düzenlemelere göre üstünlüğü vardır. Türk rekabet hukuku sistemi bakımından ise böyle bir durum söz konusu değildir: rekabet hukuku kurallarının diğer yasal düzenlemelere nazaran bir önceliği bulunmamaktadır[949]. Bu da bazı noktalarda AB hukukuna nazaran konuların çözümlenmesini zorlaştıran bir faktördür.

Türk rekabet hukuku sistemi bakımından uygulayıcı kurum olarak Rekabet Kurulu kurulmuştur. Kurul'un yetkileri RKHK'nin 27. maddesinde sayılmıştır[950]. Kurul'un idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilecektir ve bunlar öncelikli işlerden sayılacaktır[951]. Ayrıca RKHK'nin 56-59. maddeleri rekabet hukuku ihlallerinin özel

---

yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir."

[949] Sülün Güçer, "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları" **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)**, Sayı 25(1), 2009, s. 218; Öz, "Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Uygulamaları", s. 48.

[950] "***Kurulun Görev ve Yetkileri***

Madde 27- *Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:*

a) *Bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak,*

b) *İlgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgesi vermek,*

c) *Verilen muafiyet kararları ve menfi tespit belgelerinin ilgili olduğu piyasaları sürekli takip ederek, bu piyasalarda ya da tarafların durumlarında değişiklikler tespit edilmesi halinde ilgililerin başvurularını yeniden değerlendirmek,*

d) *Birleşme ve devralmalara izin vermek,*

e) *(Değişik: 24.10.2011- KHK 661/55.Md) Başkan Yardımcıları ve Baş Hukuk Müşavirini Başkanın teklifi üzerine atamak,*

f) *Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak,*

g) *Rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine görüş bildirmek,*

h) *Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak diğer ülkelerin mevzuat, uygulama, politika ve tedbirlerini izlemek,*

ı) *Kurumun personel politikalarını saptamak, uygulamasını izlemek personelin atama işlemlerini yapmak, Başkanlıkça hazırlanan Kurumun yıllık bütçesi, gelir gider kesin hesabı ve yıllık çalışma programlarını onamak, gerekirse bütçede hesaplar arasında aktarma yapmaya karar vermek,*

j) (Mülga: 24.10.2011- KHK 661/55.Md)[13]

k) *Yılda bir, çalışmaları ve görev alanlarındaki durum ve gelişmelerle ilgili bir rapor yayınlamak,*

l) *Menkul ve gayrimenkul eşya ve demirbaş alımı gibi satınalma, satma, kiralama konularındaki önerileri görüşüp karara bağlamak, bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmak,*

m) *Kurumun üçüncü kişilerle olan alacak, hak ve borçları hakkında her türlü işleme karar vermek,*

n) *Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek."*

[951] RKHK m. 55. maddenin önceki halinde Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idari para cezalarına karşı iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği düzenlenmiş idi.

hukuk sonuçlarını düzenlemektedir[952]. Bu ihlallerin özel hukuk sonuçları bakımından yetkili makam ise adli mahkemelerdir[953]. Bu anlamda esasında Türk rekabet hukuku, tüm dünyada olduğu gibi, piyasa davranışlarının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini önlemek ve piyasanın rekabetçi yapısını korumak bağlamında bir kamu hukuku işlevine ve bunların bireysel olarak teşebbüsler ve piyasa aktörleri üzerinde doğurduğu sonuçlar bağlamında da özel hukuk işlevine sahip karma bir alandır[954].

2. Türkiye'de rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin genel çerçevesi

Bu temel meseleler ortaya konulduktan sonra, Türk hukukunda rekabet hukukunun tahkimle olan ilişkisi incelenmeye başlanabilir. Bu konudaki geleneksel görüş, yapısı ve amacı itibarıyla emredici ve doğrudan uygulanan kurallardan oluşan rekabet hukuku

---

[952] "***BEŞİNCİ KISIM***
Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları
Bu Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukukî Niteliği
Madde 56- *Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanunun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.*
Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.
Tazminat Hakkı
Madde 57- *Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilden sorumludur.*
Zararın Tazmini
Madde 58- *Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.*
Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.
İspat Yükü
Madde 59- *Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.*
Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir."

[953] Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008., s. 763; Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 318.

[954] Öz, "Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Uygulamaları", s. 47.

kapsamına giren uyuşmazlıklarda, hakem mahkemesinde dava açılmasına izin verilmemesi yönündedir[955]. Dolayısıyla ele alınması gereken ilk husus, rekabet hukuku kurallarının emredici ve doğrudan uygulanan kurallar olma niteliklerinin bunların tahkimde görülmesini engellemek için başlı başına bir sebep teşkil edip etmediğidir. Gerçekten de rekabet hukuku kurallarının genel itibarıyla emredici nitelikte olduğu söylenebilir[956]. Bunun yanında RKHK'nın yukarıda değinilen amaçları da dikkate alındığında[957] "kamusal yaşamın duyarlı alanları"nı ilgilendiren bu kuralların kamu düzeni ile yakından ilişkili olduğu da bir vakıadır[958]. Ancak önceki bölümlerde yapılan genel değerlendirmeler ışığında, rekabet hukukunun bu niteliklerinin başlı başına hakemlerce karara bağlanmaya engel olmadığı düşüncesindeyiz. Rekabet hukukunun bu nitelikleri, kanaatimizce hakemlerce bu kuralların uygulanma zorunluluğunu ifade eder; bir başka deyişle, bir kuralın emredici olması yahut kamu düzenine ilişkin olması, başlı başına onun hakemlerce uygulanamaz nitelikte olduğu değil, hakemlerce dikkate alınmak zorunda olduğu ve aksine karar verilemeyeceği anlamına gelir[959]. Hakemin bu kuralları dikkate almadan karar vermesinin yaptırımı ise, doktrinde "ikinci bakış" olarak adlandırılan görüş çerçevesinde, kararın ilgili hukuk düzeninde icra edilememesidir. Bu yaklaşım, yukarıda açıklandığı üzere, gelişmiş hukuk sistemlerinde genel itibarıyla gelinen noktayı tarif etmektedir[960].

Rekabet hukukunun hakemlerce uygulanması bakımından potansiyel olarak ikinci sınır ise, münhasır yetki bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bu noktada Rekabet Kurumu'nun münhasır yetkisi bulunan konularda –genel mahkemeler gibi- hakemlerin de yetkili

[955] Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi**, s. 183; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 121.

[956] Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 43; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 732; Nurkut İnan, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış" **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II** (s. 43-66), Ankara, Rekabet Kurumu, 2004., s. 44.

[957] Bkz. yukarıda s. 79 vd.

[958] Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 48; Güçer, "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları", s. 219.

[959] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 126.

[960] Bkz. yukarıda s. 106 vd.; 132 vd.; 179 vd.; 196 vd.

bulunmadıkları aşikârdır[961]. Peki bu konular nelerdir? Rekabet Kurumu'nun yetki alanının sınırlarını çizen 27. madde incelendiğinde[962], Rekabet Kurumu'nun yetkilerinin para cezası verme, menfi tespit ve muafiyet kararı verme ve bunları geri alma, birleşme ve devralmalara izin verme gibi kamusal nitelikteki yetkileri bulunduğu görülmektedir. Buna karşılık rekabet hukukunun özel hukuk sonuçları hakkında karar vermeye adliye mahkemeleri yetkili olduğu ölçüde hakemler de yetkili olacaklardır[963]. Zira bu konuda adliye mahkemeleri lehine bir münhasır yetki tesis edildiğine dair bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla rekabet hukukunun idari sonuçları bakımından yetkili kurum Rekabet Kurumu, hukuki sonuçları bakımından yetkili kurum ise adli mahkemeler[964] ve –şartları oluştuysa- hakem heyetleridir. Bu noktada Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan tahkime elverişliliğe ilişkin genel prensip akla gelmektedir: Rekabet Kurumu'nun münhasır yetkisine giren konular aynı zamanda "iki tarafın iradesine bağlı" olmadıkları için tahkim yoluyla çözülemezler. Buna karşılık rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarının iki tarafın iradesine tâbi olması bağlamında da tahkimde görülebileceğini ifade etmek gerekir[965].

---

[961] Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 43; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 495; Güçer, "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları", s. 220.

[962] Bkz. yukarıda s. 207 vd.

[963] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 121.

[964] Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2005., s. 253; Ergun Özsunay, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III** (s. 117-153), Ankara, Seçkin Yayınları, 2005., s. 142.

[965] Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi**, s. 183; Ergun Özsunay, "Rekabet Hukukunda Tahkime Elverişlilikle İlgili Yeni Gelişmelerin Işığında Türk Rekabet Hukukunun Durumu", **Milletlerarası Tahkim Semineri** (s. 81-120). Ankara, ICC, 2005., s. 105; Güçer, "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları", s. 220; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 818.

a) Rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarının mahkemelerde görülebilmesinin sınırları ve geçersizlik tespiti konusu

(1) 56. Maddede tarif edilen geçersizliğin hukuki niteliği

Bu değerlendirmeler ışığında, rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarının, kanaatimizce, adli mahkemelerce karara bağlanabildiği ölçüde, hakem heyetlerince de karara bağlanmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak mahkemelerin bu konudaki yetkisinin sınırları nelerdir? Özellikle rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarını düzenleyen 56. maddenin [966] , 4. madde kapsamındaki ihlallerin yaptırımını "geçersizlik" olarak belirlemesi[967], mahkemenin 56. madde kapsamında bir inceleme yaparken 4. maddenin ihlal edilip edilmediğinin tespiti konusunda yetkili olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Bu bağlamda öncelikle 56. maddede öngörülen geçersizliğin hukuki niteliği tartışılmıştır. Özellikle 4. madde uyarınca geçersiz olarak değerlendirilen bir sözleşmenin Rekabet Kurulu'nun RKHK' nın 5. maddesi bağlamında vereceği muafiyet yahut menfi tespit kararı sonucunda 4. madde hükümlerinin uygulanmasından "muaf" tutulabileceği hükmü karşısında, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde hukuka aykırılığın yaptırımı olan "butlan"ın 56. maddede tarif edilen geçersizliği işaret edip etmediği tartışma konusu

[966] Bkz. yukarıda s. 207 vd.

[967] Doktrinde her ne kadar 4. maddeden bahsedilmişse de genel hükümler kapsamında diğer rekabete aykırılık hallerinin de geçersizlik yaptırımıyla karşı karşıya olduğuna dair görüş için bkz. Pelin Güven, "Rekabet Hukukunun Özel Hukuk Açısından Sonuçları" **Rekabet Hukuku Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar II**, Bursa, URTEB, 2007, s. 13-14. Aslan, diğer rekabete aykırılık hallerinin TBK m. 27 çerçevesinde hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı düşüncesindedir. Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 288. Ayrıca Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nda da 4, 6. ve 7. maddelere aykırılık hallerinin tamamının geçersizlik yaptırımına tâbi olduğu düzenlenmiştir. Bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı metni m. 30; Kaynak: TBMM internet sayfası, (Çevrimiçi) http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf 08.05.2017. Tasarı erişim tarihi itibarıyla yasalaşmamıştır.

olmuştur. 56. Madde kapsamındaki geçersizliğin "*butlan*[968]", "*bozucu şarta bağlı geçersizlik*[969]", "*takdiri butlan*[970]" olduğu iddia edilmişse de, doktrinde hâlihazırda hâkim görüşün, buradaki geçersizliğin "*askıda geçersizlik*[971]" teşkil ettiği yönünde olduğu söylenebilir[972]. Gerçekten de butlanla batıl olan bir sözleşmenin sonraki bir idari işlem ile geçerli hale gelmesine imkân bulunmamaktadır[973]. 56. maddedeki geçersizliğin klasik anlamda butlanı tarif etmediği kanaatimizce de muhakkaktır. Burada özellikle muafiyet kapsamına girecek olan kararlar bakımından muafiyet kararına kadar ilgili kararın askıda hükümsüz olduğu; bu kapsama girmeyecek kararların ise başından itibaren batıl olduğu yönündeki görüş kanaatimizce isabetlidir[974].

(2) Geçersizliğin tespitinde Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkisi var mıdır?

(a) Münhasır yetki bulunmadığına dair görüşler

Peki kural olarak bu şekilde askıda hükümsüz veya batıl olan sözleşmelerin Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine aykırı olduğu yönündeki tespit mahkeme tarafından yapılabilecek midir? Yoksa bu konuda Rekabet Kurulu'nun ihlale ilişkin tespit kararını beklemek zorunda

[968] Nazlı Aksoy, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004., s. 30. Aksoy, muafiyet kararı ile butlan niteliğinin değişmediğini, bu anlamda sözleşmenin geçerli hale gelmediğini, ancak Kurul'un bir anlamda yaptırım uygulama hakkından vazgeçmiş olduğunu ileri sürmüştür.

[969] Özsunay, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", s. 143.

[970] Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, s. 179.

[971] Bu teori, irade bozukluğu durumunda sözleşmenin geleceğinin askı halinde olduğunu, bir geciktirici şart iradesinin açıklanmasıyla geçersiz sözleşmenin geçerli hale geleceğini savunur. Bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (19. Bası)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015., s. 409-410.

[972] Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000., s. 401- 402; Güven, "Rekabet Hukukunun Özel Hukuk Açısından Sonuçları", s. 14; Osman Berat Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Taslak Sempozyumu: Bildiriler- Tartışmalar-Panel** (s. 115-198), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005., s. 123.

[973] Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (19. Bası)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015., s. 334; Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, s. 178.

[974] Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", s. 126.

mıdır? Başka bir deyişle, RKHK 4. madde bağlamında bir ihlalin varlığının tespiti Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkisine dâhil midir? Bu konu, rekabet ihlallerinden doğan tazminat davaları haricinde geçersizlik sebebiyle sebepsiz zenginleşme kapsamındaki iade davalarında veya rekabet hukukundan bağımsız bir konuda, örneğin sözleşmenin ifasına ilişkin bir uyuşmazlıkta savunma olarak sözleşmenin Rekabet Kanunu'na aykırı olduğunun ileri sürülmesi bağlamında da önem taşımaktadır[975]. Doktrinde bir görüşe göre, adliye mahkemelerinin kendisine tanınan özel hukuk sonuçları hakkında karar verme yetkisi bağlamında esasında bir haksız fiil olan rekabet hukuku ihlalinin hukuka aykırılık unsurunu kendisinin saptaması gerekir[976]. Yine aynı paralelde bir diğer görüş uyarınca, adliye mahkemelerinin rekabet ihlallerinin özel hukuktan doğan sonuçlarına hükmedebilmesi için RKHK'nın hem 4., hem de 6. maddelerini karara bağlayabilmesi gerekir[977]. Benzer bir görüşte adliye mahkemelerinin Rekabet Kurulu'nun ihlale ilişkin görüşüne mutlaka ihtiyaç duyacağının söylenemeyeceği, somut olayın niteliğine göre mahkemenin bu değerlendirmeyi yapmasına bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir[978].

(b) Konuya ilişkin Yargıtay kararları

Yargıtay'ın bu konudaki kararlarında ise bir tutarlılık bulunduğunu söylemek güçtür. 1999 ve 2006 tarihlerinde verdiği kararlarda Yargıtay, yukarıda ifade edilen görüşlerden bütünüyle ayrılmış görünmektedir. Hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında rekabet ihlalinden doğan zararın talep edildiği ve ilk derece mahkemesince böyle bir ihlalin

[975] Nurkut İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü" **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku** (s. 590-628), Ankara, Ankara Barosu, 2002, s. 592.

[976] Ibid. s. 596; Ilhan Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 345.

[977] Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 318; Özsunay, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", s. 146; Buğra Kesici, **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 53.

[978] Gamze Öz, "Rekabet Hukuku Oturumu Tartışmaları" **Hukuk Kurultayı 2000** (s. 548-551), Ankara, Ankara Barosu, 2000, s. 550.

bulunmadığı gerekçesiyle reddedilen davaya ilişkin olarak 1999 tarihli kararında[979] 19. Hukuk Dairesi şu şekilde bir hüküm kurmuştur:

> "*Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde, tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından hâkim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumu'na başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir*".

Buna karşılık Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2002 tarihli başka bir kararında[980], RKHK'a aykırılık iddiasıyla açılan tazminat davasında, ilk derece mahkemesinin verdiği ihlal sebebiyle tazminat kararı bağlamında yaptığı incelemede Rekabet Kurulu kararı ile RKHK'nin ihlal edilmediği saptanmış olduğundan tazminata hükmedilmesini hatalı bulmuş, Kurul'un ihlal kararının kesinleşmesinin beklenmesine yer olmadığı gerekçesiyle kararı kısmen bozmuştur. Halbuki karşı oy yazısında, tıpkı 1999 tarihli kararda olduğu gibi, tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle davacının Rekabet Kurulu'na başvurup başvurmadığının araştırılması ve konunun bekletici mesele olarak kabul edilmesi gereği bulunduğu ileri sürülmüş, ancak bu görüş Daire üyelerinin çoğunluğu tarafından kabul görmemiştir[981].

Yine 2002 tarihli bir başka kararda bu kez Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bu kez taraflarca ileri dahi sürülmeden, RKHK bağlamında sözleşmenin geçersizliğine karar vermiştir[982]. 2009 tarihli bir kararda 19. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesince RKHK'a

[979] (Yargıtay 19. HD E. 99/3350, 1999)
[980] (Yargıtay 19. HD E. 2002/ 2827, 2002).
[981] Ibid. Bu karar bakımından daha sonra ilginç bir gelişme yaşanmış, bahsi geçen Kurul kararı Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine daha önce rekabete aykırılık bulunmadığına karar veren Rekabet Kurulu Danıştay görüşü doğrultusunda yeni bir soruşturma açmış, bu soruşturma sonucunda da rekabete aykırılık bulunmadığından 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir yaptırım uygulanmasına gerek olmadığı yönünde bir karar vermiştir. Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 775.
[982] (Yargıtay 13. HD E. 2002/12626, 2002)

aykırılık bulunmadığı yönünde bir tespit yapılmamasını inceleme konusu yapmamış, kararı fazla vekalet ücretine hükmedilmesi sebebiyle bozmuştur[983].

2006 tarihli bir kararda ise bu kez 11. Hukuk Dairesi, RKHK'nin 4. maddesine aykırılık sebebiyle üç kat tazminata hükmeden ilk derece mahkemesinin kararını:

> "*…4054 sayılı Yasa'nın 57 ve 58. maddelerinde ise rekabeti önleyici eylemlerin tespitinden sonraki tazminat talepleri düzenlenmiş, tazminat taleplerinde Adli Yargı görevlendirilmiştir. Tazminata karar verebilmek için, ilgili anlaşma veya uygulamanın 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olup olmadığının saptanması zorunludur ki, bu tespitte öncelikle Rekabet Kurulu ve kurul kararlarına karşı Danıştay görevlidir. Bu nedenle mahkemece, öncelikle davacının bu davadan önce 4054 sayılı Yasa'ya göre Rekabet Kurulu'na başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa, davalı eylemlerinin 4054 sayılı Yasa'ya aykırılığının tespiti yönünden, bu başvuru neticesinin kesinleşmesini bekleyerek sonuca göre karar vermesi, Rekabet Kurulu'na davadan önce başvurmamışsa eldeki bu davanın Rekabet Kurulu'na başvurma olmadan dinlenemeyeceği ve henüz dava açma zamanı gelmediği nazara alınarak karar vermesi gerekirken, bu hususları yerine getirmeden işin esasına girilerek, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığı"* gerekçesiyle bozmuştur[984].

Yargıtay 2007 tarihli bir kararında ise bu kez Rekabet Kurulu kararına karşı Danıştay'da açılan davanın sonucunun beklenmesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir. Karar konusu olayda Rekabet Kurulu 2002 tarihinde bir karar vermiş, bu karar Danıştay tarafından bozulmuş, daha sonra Rekabet Kurulu ilk kararına benzer bir karar tesis etmiştir. İşte mahkeme bu ikinci Kurul kararına karşı Danıştay'a bir başvuru yapılıp yapılmadığının araştırılarak, başvuru yapılmışsa Danıştay kararının beklenmesi gerektiğine karar vermiştir[985].

---

[983] (Yargıtay 19. HD E. 2008/10262, 2009)
[984] (Yargıtay 11. HD E. 2005/3755, 2006)
[985] (Yargıtay 19. HD E. 2007/3229, 2007)

Nihayet Yargıtay 2016 tarihli çok yeni bir kararında[986], hâkim durumun kötüye kullanılması sebebiyle açılan tazminat davasında Rekabet Kurulu'na yapılan başvuru sonucunda verilen kararın kesinleşmemiş olması sebebiyle dava şartı yokluğundan davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını, RKHK 58. madde kapsamında açılan tazminat davası için Rekabet Kurulu kararının kesinleşmemiş olmasının bir ön şart olarak kabul edilemeyeceği, ancak konunun bekletici sorun yapılması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın konuya ilişkin tek bir görüşü olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın görüşünün –aksi yönde kararlar bulunmakla birlikte- ağırlıklı olarak, hukuka aykırılık unsurunun Rekabet Kurulu tarafından belirlenebileceği ve özel hukuk mahkemelerince Kurul'un kararının beklenmesi ve bu kararın hukuk mahkemeleri nezdinde -her ne kadar Yargıtay önceki kararlarında "ön mesele" olarak ifade etse de en son tarihli kararında doğru olarak ifade ettiği üzere- "bekletici mesele" yapılması gerektiği şeklinde tezahür ettiği söylenebilir[987]. Peki bu görüşün pozitif hukuk bakımından ve olması gereken hukuk bakımından karşılığı nedir? Aşağıda bu konuyu değerlendireceğiz.

(c) Yargıtay kararlarının eleştirisi

Yukarıda değinilen Yargıtay kararlarının çoğunda hâkim olan görüş, hukuka aykırılığın tespitinin ancak Rekabet Kurulu tarafından yapılabileceği yönündedir. Bu görüş kanaatimizce isabetli değildir. Öncelikle, RKHK' da her ne kadar Kurula idari soruşturma yetkileri verilmiş olsa da Kurul'a tazminat davalarında hukuka aykırılığın tespiti bakımından münhasır bir yetki veren bir hüküm bulunmamaktadır[988]. Özellikle Yargıtay'ın yukarıda bahsi geçen 2006 tarihli kararında ifade ettiği gibi Rekabet Kurulu kararını bir "dava şartı" olarak

[986] (Yargıtay 11. HD E. 2015/ 5134, 2016)

[987] Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 781; Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 338.

[988] Kesici, **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 387. Ayrıca Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda da bu yönde bir hüküm bulunmadığını ifade etmek gerekir.

değerlendirebilmek için kanaatimizce böyle bir hükmün varlığı zorunludur. Yargıtay'ın bu tespiti, RKHK'nin amacına uygun bir görüş olmaktan uzaktır[989]. Nitekim Yargıtay da en yeni tarihli kararında bu görüşten uzaklaşmış görünmektedir. Rekabet Kurulu kararlarının zorunlu bekletici mesele yapılması bağlamında da kanaatimizce aynı esaslar geçerlidir. Zira zorunlu bekletici mesele sayılan haller hukukumuzda kanun hükümlerinde açıkça yazılanlardan ibaret olup, Kurum kararlarına böyle bir nitelik bahşedilmemiştir[990].

Gerçekten de bu görüşün kabulü özel hukuk tazminat davalarına rekabet hukuku uygulamasında yer verilmesini anlamsızlaştıracaktır[991]. Halbuki adli mahkemeler rekabet ihlallerinin önlenmesinde önemli sorumluluklar üstlenmekte, rekabete aykırılığın yol açtığı zararların giderilmesi salt bu mahkemelerin kararıyla mümkün olabilmektedir[992]. Bu anlamda rekabet otoriteleri ile adli mahkemeler rekabet hukukunun uygulanmasında birbirlerinin alternatifi değil, tamamlayıcısı niteliğindedir [993]. Ayrıca, Rekabet Kurulu ile adli mahkemelerin hukuka aykırılık değerlendirmesinin birbirinden farklı olduğu yönünde de görüşler mevcuttur. Buna göre, Rekabet Kurulu ile tazminat davasına bakan mahkeme farklı amaç ve farklı yöntemle hukuka aykırılık değerlendirmesi yapmaktadır. Gerçekten de yukarıda da belirtildiği üzere[994] RKHK'nin birincil amacı tüketici refahı ve toplumsal refahın sağlanması iken, RKHK'nin 56 ve devamı maddeleri bağlamındaki tazminat davalarının temel amacı zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesidir. Aynı şekilde, Kurul ile mahkemelerin değerlendirme usulleri ve geçerli olan delillerin niteliği bakımından da farklılık bulunmaktadır. Bu anlamda Rekabet Kurulu tarafından delil olarak değerlendirilen

[989] Orhan Sekmen, **Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 135.

[990] Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", s. 179.

[991] Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 344.

[992] Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 254.

[993] Gordon Blanke, "International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1053-1250), The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 46-055.

[994] Bkz. yukarıda s. 79 vd.

bir husus hukuk mahkemesi tarafından delil olarak kabul edilmeyebilir[995]. Bu bağlamda özellikle suç teşkil eden fiil bakımından ceza hâkiminin yaptığı hukuka aykırılık değerlendirmesi ile hukuk hâkiminin yaptığı hukuka aykırılık değerlendirmesi arasındaki fark ile benzerlik kurulmaktadır. Bu noktada hakaret davası örneği verilmiş, hakaret davası bakımından hukuk hakiminin yaptığı değerlendirmenin ceza hakiminin yaptığından farklı olduğu vurgulanmıştır[996]. Dolayısıyla bu görüş uyarınca esasında haksız fiile ilişkin bir yargılama yapan hukuk mahkemesi hâkiminin hukuka aykırılık değerlendirmesi ile idari ve cezai değerlendirme yapan Rekabet Kurulu'nun hukuka aykırılık değerlendirmesi birbirlerinden farklı nitelikler taşımaktadır.

İkinci olarak, hukuk hâkimini Rekabet Kurulu kararlarıyla bağlı kılmak, *doğrudanlık* ve *hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi* ilkeleriyle de çelişmektedir. Özellikle doğrudanlık ilkesi bağlamında yapılan şu açıklama, kanaatimizce konunun adeta bir özeti niteliğindedir:

> *"Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın araya başka bir makam veya kişi girmeden kararı verecek mahkeme önünde ve onun tarafından yürütülmesi ve karar verilmesi anlamına gelir. Uyuşmazlık hakkında karar verecek olan mahkeme, dava malzemesiyle delilleri bizzat değerlendirmeli ve karar vermelidir. Kararı verecek olan merci ile yargılamayı yürüten merciin tamamen ayrı olmasının doğuracağı sakıncaları izaha ihtiyaç yoktur. Mahkemenin önünde doğrudan gerçekleşmeyen bir yargılamadan sağlıklı bir sonuç alınamayacağı gibi, böyle bir yargılamanın adil olduğu da söylenemez.[997]"*

---

[995] İsmet Sayhan, "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı" **Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi**, *Sayı 5*, 2005, s. 32.

[996] Ceza hukuku kurallarıyla ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesine etkisini ele alan kanun maddesi TBK m. 74'tür. Bu durumda hukuk mahkemesi ancak verilmiş bir mahkûmiyet kararıyla bağlıdır; bu durumda da kusur ve derecesi açısından bir bağlılık söz konusu değildir. Rekabet hukuku bakımından ise hukuk mahkemesinin ne ceza kararıyla ne de aklama kararıyla bağlı olması gerektiği, dolayısıyla TBK m. 74'ün genişletilerek uygulanması bağlamındaki görüş için bkz. İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasinda Adliye Mahkemelerinin Rolü", s. 597; İnan, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", s. 61; Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 342.

[997] Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku (4. Bası)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016., s. 421.

Üçüncü olarak, Rekabet Kurulu kararının beklenmesi usul ekonomisi açısından da yerinde değildir[998]. Özellikle sonraki Danıştay kararının da beklenmesi durumu söz konusu olacak ise, bunun yargılamada en az üç senelik bir gecikmeye tekabül edeceği[999] açıktır ki, bu durum yargılama sürelerinin zaten çok uzun olduğu ülkemiz bakımından kanaatimizce kabul edilebilir bir çözüm değildir.

Yargıtay'ın Kurul kararlarının beklenmesine ilişkin görüşü, yukarıda belirtildiği üzere pozitif hukuk açısından yeterli bir dayanağa sahip bulunmasa da doktrinde özellikle *olması gereken hukuk* bakımından kimi yazarlarca olumlu karşılanmıştır[1000]. Burada üzerinde uzlaşılan temel noktaları şu şekilde özetlemek mümkündür: İlk olarak, Rekabet Kurulu kararının beklenmemesi durumunda birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkabileceği, bunun ise hukuk güvenliğini zedeleyebileceği ileri sürülmüştür[1001]. Özellikle Rekabet Kurulu kararlarının inceleme merciinin son tahlilde Danıştay olup; adli mahkemelerin kararlarının ise Yargıtay denetimine tâbi olmasının, nihayetinde hüküm uyuşmazlığı doğuracağına ilişkin bir endişe bulunduğu görülmektedir[1002]. İkinci olarak ise, mahkemenin rekabet hukukuna dair incelemeyi yapmakta bu konuda uzman olan Rekabet Kurumu karşısında donanımsız bulunduğu, mahkemenin rekabet hukuku değerlendirmesinde hata yapma ihtimalinin kuvvetli olduğu ve özellikle maddi vakıaları yanlış değerlendirebileceği yönünde bir görüş mevcuttur[1003]. Rekabet hukuku ihlalleri bağlamında iktisadi analizler yapılması ve piyasa koşullarının değerlendirilmesi gereği, kimi zaman gerçekten de ciddi bir teknik incelemeyi

[998] İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü", s. 597; Öz, "Rekabet Hukuku Oturumu Tartışmaları", s. 550.

[999] Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 345; İnan, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", s. 61.

[1000] Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 305.

[1001] Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 261; Sekmen, **Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu**, s. 133; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 768.

[1002] Bu noktada Danıştay'da kesinleşen davanın iptal davası, Yargıtay'da kesinleşen kararın ise tazminat davası olması bağlamında davaların konuları ve sebeplerinin birbirlerinden farklı olduğu, bu anlamda hüküm uyuşmazlığı çıkmayacağı yönündeki görüş için bkz. Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s. 189-190; İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasinda Adliye Mahkemelerinin Rolü", s. 600; Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 266; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 786.

gerektirebilmektedir. Bu doğrultuda doktrinde çeşitli çözümler önerilmiştir. Bunlardan ilki, Rekabet Kurulu kararlarının adli mahkeme tarafından ihtiyari olarak bekletici mesele yapılmasıdır [1004]. Yeni HMK' da bekletici mesele bir kurum olarak 165. maddede düzenlenmiştir. Buna göre,

> *"Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya,* ***idari makamın tespitine*** *yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya* ***idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.***
>
> *Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya* ***idari makama başvurması için uygun bir süre verir****. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya* ***idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu hususstaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir.****"* (Vurgular eklenmiştir.)

Dolayısıyla hukuk hakiminin bu madde kapsamında rekabet hukukuna ilişkin taleplerde tarafları Rekabet Kurulu'na yönlendirmesi mümkündür. Peki mahkeme bu usul sonucunda verilen Kurul kararı ile bağlı olacak mıdır? Kanaatimizce bu sorununun cevabı, hukukumuzda Rekabet Kurulu kararlarının kesin delil oluşturduğuna dair bir hüküm bulunmaması sebebiyle olumsuzdur[1005]. Kurul'un kararının –konunun uzmanı bir kuruluş olması sebebiyle- kuvvetli bir takdiri delil niteliğinde olacağı düşünülmektedir[1006]. Ancak Kurul kararı Danıştay incelemesinden geçerek kesinleştiği takdirde artık adli mahkemeler

---

[1003] Sekmen, **Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu**, s. 133; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 770, 785; Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", s. 180.

[1004] Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", s. 180; İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasinda Adliye Mahkemelerinin Rolü", s. 600;

[1005] Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" s. 180; Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 261, İnan, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", s. 62, Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 261; Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 345.

[1006] Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 259; Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 53; Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 347.

nezdinde söz konusu kesin hükmün kesin delil niteliğinde olacağı kanaatindeyiz[1007]. Her hâlükârda, RKHK' a böyle bir durumda ivedilikle karar verileceğini öngören bir hükmün eklenmesi usul ekonomisi bağlamında yararlı olacaktır.

Rekabet Kurulu kararlarının mahkemeler tarafından dikkate alınması bağlamında doktrinde önerilen ikinci çözüm ise, Rekabet Kurulu'nun zorunlu bilirkişiliğine başvurulmasıdır[1008]. Bu bağlamda Rekabet Kurumu'nun bir kamu tüzel kişisi olması sebebiyle Kurul'un bilirkişiliğine ancak bu yönde bir kanuni düzenlemenin varlığı halinde gidilebileceği ifade edilmiştir[1009]. Bu durumda Rekabet Kurulu resmi bilirkişi sıfatını kazanacak ve adli mahkemeler Rekabet Kurulu'nun bu sıfatla verdiği görüşleri yine "takdiri delil" olarak değerlendirme imkânı bulacaklardır[1010]. Ancak aynı şekilde bu durumda da bilirkişilik başvurularının olağan soruşturma süreçlerinden daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlayacak mekanizmalar hakkında RKHK'ya ekleme yapılması yerinde olacaktır[1011].

Peki hukuk mahkemesi hakiminin muafiyet kararları bakımından durumu nedir? Bilindiği üzere Rekabet Kurulu'nun muafiyet kararı, ilgili teşebbüslerarası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını 4. madde hükmünün uygulanmasından muaf hale getirecektir[1012]. Bu anlamda muafiyet kararları, bir nevi hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir[1013]. Muafiyet kararı verilmesi, Türk rekabet hukuku sisteminde –bu yetkiyi ulusal rekabet otoriteleri ve ulusal mahkemelere de veren AB rekabet hukuku sisteminin aksine-

[1007] Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 248; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 875; Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 300; Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 53; Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 347.

[1008] Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 300.

[1009] Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 301; İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasinda Adliye Mahkemelerinin Rolü", s. 602.

[1010] Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", s. 182.

[1011] Ibid.

[1012] Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 752.

[1013] Sayhan, "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı", s. 46; Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 232.

münhasıran Rekabet Kurulu'na aittir[1014]. Dolayısıyla Kurul tarafından verilmiş bireysel muafiyet kararları ve grup muafiyeti tebliği hükümleri, RKHK'nin kendi sistemi içerisinde öngördüğü bir hukuki sonucun uygulanması bağlamında, hukuk hâkimi için bağlayıcıdır[1015]. Bununla birlikte, hâkimin her hâlükârda grup muafiyeti tebliğlerinin hükümlerini uygulamaya yetkili olduğu da kabul edilmektedir[1016] [1017].

b) Sonuç

Rekabet hukukuna aykırılığın tespitin adli mahkemelerce yapılıp yapılamayacağı meselesi çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

i. Rekabet Kurulu tarafından verilmiş bir karar varsa

Bu durumda Kurul kararlarının bağlayıcılığı ve hukuki niteliği tartışma konusu olacaktır. Kurul kararları idari karar niteliğinde olduğundan, yargının bağımsız olmasından hareketle kural olarak mahkemeyi idari bir kararla bağlı tutmamak gerekir[1018]. Bunun yanında, hukukumuzda Rekabet Kurulu kararlarının kesin delil oluşturduğuna ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır. Dolayısıyla bunlara ancak "kuvvetli bir takdiri delil" statüsü verilebileceği kanaatindeyiz. Yine mahkeme bu noktada Kurul'un soruşturma dosyasında varılan sonuçlardan ve kullanılan delillerden faydalanma imkânına da sahip olmalıdır[1019]. Ancak Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen görüşleri dikkate alındığında, mevcut bir Rekabet

[1014] RKHK m. 27/b ve 27/c.

[1015] Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", s. 181; Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 247; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 785; Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 349; Sekmen, **Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu**, s. 137.

[1016] Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 406; Aksoy, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları**, s. 61; Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, s. 495. Bu noktada grup muafiyeti tebliğlerinin işlevlerinin ve özellikle bunların tarafların anlaşmalarını –bir azami had belirleme bağlamında- değiştirme gibi bir etkiye sahip olmadıklarının doğru anlaşılmasının önemi için bkz. İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasinda Adliye Mahkemelerinin Rolü", s. 605 ve 616.

[1017] Nitekim mahkemelerin bir sözleşmenin grup muafiyeti kapsamına girip girmediğini inceleyebilecekleri Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Bkz. (Yargıtay 19. HD E. 2008/ 11681, 2009)

[1018] Aynı yönde bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 305.

[1019] İnan, "Rekabet Hukuku Uygulamasinda Adliye Mahkemelerinin Rolü", s. 598.

Kurulu kararını dikkate almayan ilk derece mahkemesi kararını bu sebeple bozması ihtimali de bulunmaktadır. Her hâlükârda, Kurul kararı Danıştay'da kesinleştikten sonra artık kesin delil statüsüne kavuşmuş olacaktır. Ayrıca Kurul tarafından verilmiş muafiyet kararları da hukuk mahkemesi açısından bağlayıcıdır.

ii. Rekabet Kurulu tarafından bir soruşturma açılmış, ancak bir karar verilmemişse

Bu konuda Yargıtay'ın görüşü, Kurul kararının bekletici mesele yapılması yönündedir. Buradaki bekletici mesele esasında "ihtiyari" niteliktedir; zira Kurul kararlarının zorunlu olarak bekletici mesele yapılacağına dair bir hüküm mevcut değildir[1020]. Bu bağlamda somut olayın koşullarına göre mahkeme, bekletici mesele yapılmasının gerekip gerekmediği konusunda olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmalıdır. Doktrinde 4. ve 6. maddelerin açıkça ihlal edildiğinin anlaşıldığı hallerde hukuk mahkemesinin Kurul kararını beklemeksizin hüküm verebilmesinin gerektiği ifade edilmiştir [1021] . Yine Kurul'un soruşturması henüz ilk aşamalarda ise mahkemenin soruşturmanın sonucunu beklemeyebileceği savunulmuştur[1022].

iii. Rekabet Kurulu tarafından açılmış bir soruşturma yoksa

Bu durumda da Yargıtay'ın görüşü, taraflara Kurul'a başvuru için süre verilmesi yönündedir. Dolayısıyla hâkim konuyu bekletici mesele yapacaktır. Kanaatimizce bu konuda hâkimin takdiri bulunmalıdır. Hâkim dilerse uyuşmazlığı kendisi karara bağlayabilmeli, gerekli gördüğü takdirde ise tarafları Kurul'a başvuru yapmaları için yönlendirebilmelidir. Özellikle hâkimin ilgili anlaşma yahut eylemin muafiyet kapsamına gireceği yönünde bir kanaati var ise, tarafları Kurul'a başvurmaya yönlendirmesi uygun olacaktır. Taraflar

[1020] Aslan, **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, s. 305.
[1021] Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, s. 350.
[1022] Ibid.

kendilerine tanınan süre içerisinde Kurul'a başvururlarsa hâkim konuyu artık bekletici mesele yapacaktır.

Ancak taraflar süresinde bu başvuruyu yapmazlarsa ne olacaktır? HMK'daki ilgili hükümde, verilen sürede idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu hususstaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verileceği düzenlenmiştir. Ancak özellikle konusu rekabete aykırılıktan kaynaklanan tazminat davası olan uyuşmazlıklarda, Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda Rekabet Kurulu'nun aykırılığı karara bağlamakta tek merci olduğunun kabulü halinde, davanın tümden reddedilmesi gündeme gelecektir. Kanaatimizce bu uygun bir çözüm değildir. Hâkim böyle bir durumda artık dosyadaki bilgiler ışığında aykırılık hakkında kendisi karar verebilmelidir[1023].

3. Hakemlerin RKHK'nın 56. Maddesi uyarınca geçersizlik tespiti yapabilmeleri mümkün müdür?

a) Genel olarak

Yukarıda RKHK bağlamında bir ihlalin varlığı konusunda adliye mahkemelerince bir karar verilip verilemeyeceğine ilişkin bir inceleme yapılmıştır. Peki Türk hukukunda tahkim bakımından durum nedir? Kural olarak hakemlerin –yukarıda incelenen ABD, Fransa, İsviçre gibi ülke hukuklarında olduğu gibi- rekabet hukukuna aykırılık bağlamında tazminat ve masrafların iadesi gibi konularda karar verebilecekleri kabul edilmektedir[1024]. Sorun, hâkimlerde olduğu gibi hakemlerin de ihlâl kararı vermeye yetkilerinin bulunup bulunmadığı noktasında düğümlenmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu'nun tazminat davaları bakımından ihlâl kararı vermede münhasır bir yetkisinin bulunduğuna dair bir hüküm hukukumuzda mevcut değildir. Bu noktada, "*olması gereken hukuk*" bakımından dile getirilen endişeler de kanaatimizce tahkim konusunda uygulama alanı bulmayacaktır. Zira

[1023] Aynı yönde bkz. Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**), s. 352.
[1024] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 261.

tahkim yargılamasında verilecek bir ihlâlin tespiti kararı, münhasıran taraflar üzerinde bir sonuç doğuracaktır. Bu anlamda yargı organlarının kararları arasında kural olarak bir çelişki de ortaya çıkmayacaktır[1025]. İkinci olarak, mahkemelerin rekabet hukukunu uygulamada donanımsız olmaları bağlamındaki endişeler de tahkim bakımından geçerli değildir; zira tahkim yargılamasının doğası gereği taraflar konusunda uzman kişileri hakem olarak seçebilmektedirler. Ayrıca bu kişilerin bir uyuşmazlık için iş yükünün oldukça fazla olduğu mahkemelerin hâkimlerinden daha fazla mesai ayırabilecekleri de şüphesizdir. Bunun yanında, hakem heyeti konunun uzmanı bilirkişileri görevlendirebilecek[1026] ve delillerin toplanması konusunda mahkemeden yardım isteyebilecektir[1027]. Bu noktada, tahkimin rekabet hukuku uyuşmazlıklarının daha etkin ve hızlı bir şekilde çözülebilmeleri için esasında mahkeme yargısına nazaran daha elverişli olduğunu söylemek mümkündür[1028].

Ancak her hâlükârda hakemlerin de tıpkı mahkemeler gibi Rekabet Kurumu'nun münhasır yetkisine giren alanlarda bir karar vermeye yetkili olmadıklarını ifade etmek gerekir. Özellikle RKHK m. 5 uyarınca muafiyet kararı verme yetkisi hakem heyetinin yetkisi dışında kalan bir konudur[1029].

b) Verilmiş bir Kurul kararı karşısında hakem heyetinin durumu

Bu noktada daha önce Kurul tarafından verilmiş bir kararın tahkim yargılamasına etkisinin ne olacağı sorusuna da yanıt aramak gerekir. Kanaatimizce Kurul kararının –adli mahkemelerde olduğu gibi- hakem heyetleri üzerinde herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Hakem heyeti, Kurul kararını dikkate alabileceği gibi, haksız fiil kapsamında yaptığı incelemede hukuka aykırılık unsurunu tarafların arasındaki sözleşme

[1025] Aynı yönde bkz. Ibid.
[1026] MTK m. 12/A
[1027] MTK m. 12/ B
[1028] Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 64.
[1029] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, s. 262.

veya somut olayın koşullarına göre farklı yorumlayabilecektir. Rekabet Kurulu kararları hakemler bakımından uyulması zorunlu emredici kurallar arasında yer almazlar. Ancak RKHK 4. madde emredici nitelikte bir hüküm olduğundan[1030], hakemlerce bu hükmün dikkate alınması zorunludur. Teorik açıdan durum bu şekilde olmakla birlikte uygulamada hakemlerin Rekabet Kurulu tarafından verilmiş bir kararı bir delil olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu görüşümüzün aksi yönünde bir görüş uyarınca ise Kurul ihlalin varlığı konusunda münhasıran yetkili olduğundan Kurul tarafından verilen bir ihlal kararı varsa hakem heyeti bu karara uyacak ve bu ihlalin sonuçlarına karar verecektir[1031]. Diğer bir görüşe göre ise hakem heyeti Kurul'un ihlal kararı ile bütünüyle bağlı olmayacak, kusur, zarar ve illiyet bağı konusunda gerekli tespitleri yaptıktan sonra tazminat konusunda bir hüküm verecektir. Ancak hakem heyeti Kurul'un ihlal bulunmadığı yönündeki kararı ile bağlı olacaktır[1032].

Bu bağlamda son olarak, Danıştay aşamasından geçerek kesinleşmiş bir Kurul kararının varlığı halinde hakem heyetinin bu kararla bağlı olup olmadığı sorusu ele alınmalıdır. Bu noktada, aşağıda iptal ve tenfiz aşamalarına dair değerlendirmelerde de dikkati çekildiği üzere, bu şekilde verilmiş bir hakem kararının kamu düzenine aykırı kabul edilmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır.

c) Bekletici mesele

Yine bir diğer ihtimal, tahkim davasının açıldığı sırada henüz verilmiş bir Kurul kararı olmamakla birlikte açılmış bir soruşturma bulunmasıdır. Hakem heyeti Kurul kararını bekletici mesele yapmakla yükümlü müdür? Kanaatimizce hakem heyeti bakımından böyle bir yükümlülükten de bahsedilemez. Hakem heyeti, somut olayın tahkim davası açıldığı andaki durumunu göz önüne alarak önündeki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak

[1030] Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 15.
[1031] Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 55.
[1032] Güçer, "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları", s. 221

durumundadır. Bu anlamda hukuk düzeninin bir parçası olmayan hakem heyetine konu hakkında münhasır yetkisi bulunmayan bir idari makamın kararını bekleme yükümlülüğü getirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Ayrıca burada adli mahkemeler açısından dahi sorun yaratan gecikme riski ve usul ekonomisine aykırılık durumları hızın ve yargılama süresinin kilit önemi haiz olduğu tahkim yargılamaları bakımından evleviyetle geçerlidir[1033].

Ancak böyle bir yükümlülükten bahsetmek kanaatimizce mümkün olmamakla ve bekletici mesele kurumu tahkimin özüne uygun olmamakla birlikte, yine de somut olay bazında bazı hallerde hakemlerin Kurul kararını beklemelerinin faydalı olabileceği düşüncesindeyiz. Örneğin taraflardan biri Rekabet Kurulu'na muafiyet için bir başvuru yapmışsa ve bu konuda hakem heyetine bir beyanda bulunduysa, muafiyet verme münhasıran Rekabet Kurulu'na ait bir yetki olup hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğinden, kanaatimizce hakem heyeti diğer tarafın da konuya ilişkin görüşlerini almak suretiyle konuyu bekletici mesele yapabilecektir[1034]. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken iki husus vardır: İlk olarak, hakemler RKHK m. 5'teki şartları değerlendirerek söz konusu başvurunun olumlu sonuçlanabileceğine dair bir ön kanaate sahip olmalı, bu anlamda başvuranın tahkim davasını kötü niyetli olarak uzatmak için bu süreci kullanmasına imkân vermemelidirler. İkinci olarak, süre bakımından da dikkatli davranılmalı, özellikle yargılamanın sonuna doğru yapılan başvuruların uzun süre alabileceği göz önünde tutularak yargılamanın karşı taraf bakımından gereksiz ve haksız yere uzayacağı bir durumdan kaçınılmalıdır.

Rekabet Kurulu kararının hakem heyeti tarafından bekletici mesele yapılmaması durumu bakımından ayrıca, hakem heyetince verilen ve kesinleşen bir kararın Rekabet

[1033] Gerçekten de tahkim süresi, tahkim yargılamasının sonuçları yargılama yetkisinin varlığını dahi etkileyen en önemli unsurlarından birisidir. Tahkim yargılamasının mümkün olan en hızlı şekilde sonlandırılması için tahkim düzenlemelerinde özel hükümler yer almaktadır. HMK m. 427'de ve MTK m. 10/B'de taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde esas hakkında karar verileceği hükme bağlanmıştır.

[1034] Bekletici mesele konusunda aynı yönde görüş için bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 341. Bu noktada hakem heyetinin tıpkı

Kurulu tarafından verilecek sonraki tarihli kesinleşen bir kararla çelişmesi ihtimali akla gelmektedir[1035]. Kanaatimizce bu durumda da sistemin en önemli güvencesi, Rekabet Kurulu'nun re'sen yahut şikâyet üzerine her zaman harekete geçerek konu hakkında soruşturma başlatabilmesinin mümkün olmasıdır[1036]. Gerçekten de yetki alanlarının farklılığı bağlamında hakem heyetinin kararı ve vardığı sonuç Rekabet Kurulu'nu hiçbir biçimde bağlamayacak, Rekabet Kurulu gerekli gördüğü durumda kendi soruşturmasını yürüterek idari ve cezai yaptırımlara hükmedebilecektir. Rekabet Kurulu'nun 2007[1037] ve 2014[1038] tarihli iki adet kararında da hakem heyetinin kısmi yahut nihai kararlarının sadece tarafları bağlayacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla piyasadaki rekabetçi yapının korunması noktasında hakem heyetinin verdiği kararın bir etkisi olmayacak, Rekabet Kurulu bu konuda gerekli

---

mahkemeler gibi bir anlaşmanın grup muafiyeti kapsamına girip girmediği hakkında karar verebileceği yönündeki kanaatimizi ifade etmek gerekir.

[1035] Çalışmamız kapsamı dışında kalmakla birlikte, böyle bir durumun HMK m. 443 ve m. 375 uyarınca yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edip etmeyeceği sorusu dikkate değerdir. Kanaatimizce böyle bir ihtimalden bahsetmek mümkündür.

[1036] Güçer, "Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları", s. 222; Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkime Tahkime Elverişlilik**, s. 126.

[1037] (Rekabet Kurulu Karar No. 07-39/ 416-163, 2007). Bu kararın ilgili kısmı esasında Turkcell Holding A. Ş. hisselerinin Sonera Holding B.V. tarafından devralınması bağlamında devralma işleminin varlığı konusunda hakem heyetinin yaptığı bir tespite ilişkindir. Kurul kararında "*Milletlerarası Tahkim Heyeti'nin Kısmi Kararı'nın sadece dava taraflarını bağlayacak nitelikte olduğu ve Rekabet Kurumu'nun konuyla ilgili bir işlem tesis edebilmesini sağlamaya yeterli bir hüküm olarak kabul edilemeyeceği*" ifade edilmiştir.

[1038] (Rekabet Kurulu Karar No. 14-22/ 461-203, 2014). Bu karar, 3M Sanayi ve Ticaret A. Ş. tarafından bayiler arasında ayrımcılık yapmak, nihai satış fiyatını tespit etmek ve bayileri arasında bölge ve müşteri tahsisi yapmak suretiyle RKHK'nin 4. ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla açılan soruşturmaya ilişkindir. 3M firması savunmasında, "şikâyetçinin haksız yere bayiliklerini feshettiği ve rekabet hukukunu ihlal ederek kendilerini zarara uğrattığı iddialarıyla Tahkim Kurulu'na başvurduğunu, Tahkim Kurulu'nun konunun esasına girerek 3M hakkında 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediği yönünde karar verdiğini, Tahkim Kurulu kararının Yargıtay'da temyiz edildiğini ve Yargıtay tarafından da onanarak kesinleştiğini, kesinleşmiş bir hüküm varken aynı taraflar arasında aynı şartlardaki aynı konuyu esas alan ikinci bir yargılamanın yapılamayacağını" ifade etmiştir. Bu kararda ilgili Yargıtay karar ve dosya numarasına atıf yapılmamıştır. Bu anlamda bahsi geçen tahkim davasının özellikleri bilinmemektedir. Ancak Rekabet Kurulu kararın 33. paragrafında şu görüşünü dile getirmiştir:

"*4054 sayılı Kanun özel hukuk kişilerinin aralarındaki hukuku tanzim eden bir kanun olmayıp, teşebbüslerin kamu tarafından korunan bir değer olan rekabeti ihlal etmeleri halini tanzim eden, kamu gücüne dayanan yetkilerle donatılmış ve Kanun'u uygulamakla görevlendirilmiş bir kamu kurumunu ihdas eden, kamu hukukuna dâhil bir kanundur. Bu yönüyle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. maddesinde de açıklandığı üzere, teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediklerinin tespit ve tayinini konu alan tahkim anlaşması yapılamaz.* ***Tarafların dile getirdikleri 'kesin hükümden' itirazı ise ancak taraflar bakımından, aralarındaki tahkim anlaşmasına konu olan özel hukuk anlaşmazlığı kapsamında geçerli olup, Rekabet Kurulunun 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğini incelenmesine mâni olamayacaktır.*** *Dolayısıyla, usule ilişkin bu savunmanın kabul edilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmiştir*." (Vurgu eklenmiştir.)

inisiyatifi her durumda alabilecektir. Bu durumun iptal ve tenfiz aşamalarına etkisi aşağıda değerlendirilecektir.

d) Re'sen uygulama

Hakem heyetlerinin rekabet hukuku uygulaması bağlamında akla gelebilecek bir diğer konu, hakem heyetinin rekabet hukuku kurallarını re'sen dikkate alıp alamayacağı konusudur. Taraflarca ileri sürülmediği durumda hakem mevcut uyuşmazlığı rekabet hukuku yönünden değerlendirebilecek midir? Bu durum taraf iradesi prensibine aykırılık oluşturur mu? Türk hukukunda rekabete ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir[1039]. Bu bağlamda bir görüşe göre hakem heyeti bu kuralları re'sen dikkate alabilecektir[1040]. Kanaatimizce yukarıda ilgili bölümlerde yapılan analizler uygun düştüğü ölçüde burada da geçerliliğini korumaktadır[1041]. Özellikle kartel anlaşması gibi açık bir rekabet ihlali bulunduğu izlenimi edinen hakem heyetinin bu konuyu değerlendirmeye alması kanaatimizce zorunludur. Ayrıca esasa uygulanacak hukukun Türk hukuku veya tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkimler bakımından hakemlerin emredici hüküm olarak rekabet hukuku kurallarını uygulayacağı muhakkaktır. Bunun yanında, RKHK m. 2 uyarınca Türk piyasalarını etkileyen bir rekabet ihlalinin varlığı halinde de RKHK uygulama alanı bulacaktır[1042]. Ancak hakem heyeti rekabet hukukuna aykırılıkla ilgili bir kanaate vardığı takdirde öncelikle bu konuda tarafların görüşlerini almalıdır. Bu tutum, daha sonraki yetki aşımı itirazlarının da önüne geçmek için etkili bir yoldur.

e) Hakem heyeti ile Rekabet Kurulu arasındaki ilişki

Mevcut bir uyuşmazlıkta rekabet hukuku hakkında değerlendirme yapması gereken hakem heyetinin Rekabet Kurumu ile ilişkisinin ne kapsamda olacağına dair açık bir hüküm

[1039] Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 407.

[1040] Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 58. Adli mahkemeler bakımından aynı yönde görüş için bkz. İnan, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", s. 46.

[1041] Bkz. yukarıda s. 155 vd.

bulunmamaktadır. Bu noktada özellikle daha önceden hakkında karar verilmiş bir dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin hakemlerce Rekabet Kurumu'ndan istenip istenmeyeceği sorusuna yanıt olarak mahkeme kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğunun tahkim bağlamında uygulanamayacağına istinaden Rekabet Kurumu'nun böyle bir yükümlülüğü bulunmadığı minvalinde bir görüş belirtilmiştir[1043]. Ancak Rekabet Kurumu'nun bu sebeple anılan talebi kabul etmemesi durumunda dahi hakemlerin HMK m. 432 ve MTK m. 12/B kapsamında devlet mahkemelerinden bu konuda yardım isteyebilecekleri açıktır[1044].

Hakem heyetinin Rekabet Kurumu'ndan görüş isteyebilmesi mümkün müdür? Burada yukarıda mahkeme ile olan ilişkiden farklı bir durum söz konusu olduğundan, bu yönde bir kanuni düzenleme bulunmasa dahi Kurum kanaatimizce kendi inisiyatifi dahilinde olarak görüş verebilecektir[1045]. Bu durum rekabet hukuku uygulamasının yeknesaklığı bakımından da arzu edilen çözüme ulaşmakta kanaatimizce etkili bir yol olabilir. Ancak böyle bir durumda hakemlerin gizlilik prensibiyle bağlı oldukları da aşikârdır. Dolayısıyla nihayetinde bir kamu tüzel kişisi olan Rekabet Kurumu'ndan böyle bir talepte bulunulduğu takdirde yargılamanın gizliliğinin ihlal edilmemesi için gerekli tedbirlerin alınması gereklidir. Bu noktada tarafların açıkça onay vermediği durumda Rekabet Kurulu'nun görüşüne başvurulamayacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca doğası gereği Kurul'un bu görüşünün hakem heyeti bakımından bağlayıcı olmayacağını da ifade etmek gerekir. Bu noktada önerilen bir diğer çözüm, kurumsal tahkim kurumları ile bilgi akışı bağlamında iş birliği protokolleri yapılmasıdır[1046].

[1042] Metin Topçuoğlu, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Sayı 19(4), 2015, s. 8.

[1043] Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 64.

[1044] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkime Tahkime Elverişlilik**, s. 124.

[1045] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkime Tahkime Elverişlilik,** s. 124.

[1046] Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 64.

f) İptal ve tenfiz[1047] aşamalarında karşılaşılabilecek sorunlar

Yukarıda hakem mahkemesinin rekabet hukuku uygulaması yapabilmesine dair değerlendirmeler, hakem kararı verildikten sonra kararın icra kabiliyeti kazanması aşamasında geçerliliklerini ne ölçüde koruyacaktır? Başka bir deyişle, rekabet hukuku bakımından bir ihlalin varlığı veya yokluğu hakkında hüküm içeren bir hakem kararı, Türkiye'de icra edilebilecek midir?

Bilindiği gibi Türkiye'de MTK uyarınca görülen tahkim yargılamalarında verilen hakem kararlarına karşı 15. maddede sayılan sebeplerle sınırlı olarak iptal davası açılabilmektedir[1048]. Yabancı hakem kararlarının ise tenfizi söz konusu olacaktır. Bu kararlar bakımından ise tenfiz talebinin hangi hallerde reddedilebileceği New York Konvansiyonu'nun V. maddesinde[1049] ve New York Konvansiyonu kapsamı dışında kalan

---

[1047] Tanıma bakımından da aynı esaslar geçerli olduğundan bu bölümde sadece tenfiz prosedürü zikredilmiştir.

[1048] "***İPTAL DAVASI VE HAKEM KARARLARININ İCRA EDİLEBİLİR HALE GELMESİ***

Madde 15 - A*) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür.*

Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:

1. Başvuruyu yapan taraf;

a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini,

d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini,

e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını,

f) Tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu,

g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, İspat ederse veya,

2. Mahkemece;

a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu,

Tespit edilirse."

[1049] "***V. Madde***

1. Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz:

hallerde ise MÖHUK' un 62. maddesinde [1050] düzenlenmiştir. Çalışmamız kapsamında rekabet hukuku uyuşmazlıklarını karara bağlayan hakem kararları bakımından en muhtemel iptal veya tenfizin reddi sebepleri, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kamu düzeninin ihlal edilmesi halleridir [1051]. Belirtmek gerekir ki, bu hallerin varlığı hâkim

---

(a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu; veya

(b) Aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek, imkânını elde edememiş bulunduğu; veya

(c) Hakem kararının hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şümulünü aşan hükümleri muhtevi bulunduğu; bununla beraber hakem kararının hakemliğe tabi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden ayırt edebilecek durumda ise bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir; yahut

(d) Hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı; veya

(e) Hakem kararının taraflar için henüz mecburî olmadığı veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrasının geri bırakılmış bulunduğu.

Hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin selâhiyetli makamı tarafından aşağıdaki hallerin mevcudiyeti müşahede edilecek olursa, tanıma ve icra talebi kezalik reddolunabilir.

(a) Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilâf mevzunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması; veya

(b) Hakem kararının tanınma ve icrasının mezkûr memleketin âmme intizamı kaidelerine aykırı olması."

[1050] "***RET SEBEPLERİ***

Madde 62 –

(1) Mahkeme,

a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,

b) Hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise,

c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse,

ç) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,

d) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise,

e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,

f) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise,

g) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında,

h) Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,

Yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

(2) Birinci fıkranın (ç), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yazılı hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir."

[1051] Bu noktada taraflardan birinin MTK m. 15 (A)(1)(d) kapsamında hakem heyetinin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği gerekçesiyle de iptal davasi açması mümkün olabileceğini ifade etmek gerekir. Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun Türk hukuku olması halinde gündeme gelecek bu iptal sebebi bağlamında da Türk hukuku bağlamında yapılan açıklamalar geçerli olup, bunlar burada tekrar edilmeyecektir.

tarafından re'sen incelenecektir ancak, bu hallerin varlığını tespit ettiği durumda kararı iptal etmek yahut tenfiz talebini reddetmek, hâkimin takdirinde olan bir konudur[1052].

Rekabet hukuku uyuşmazlıklarında ihlal tespiti yapan bir hakem kararının Türkiye'de iptal veya tenfiz aşamalarında akıbetinin ne olabileceği konusunda ikili bir ayrıma gidilecektir. Öncelikle, MTK uyarınca verilmiş bir Türk hakem kararında Kurul'un bu yöndeki görüşü bulunmaksızın söz gelimi RKHK m. 4'e aykırılık bulunduğu yönünde bir tespitte bulunarak tazminata veya iadeye hükmetmesi ve söz konusu hakem kararının iptal davasına konu olması durumunda hâkimin olası tutumu inceleme konusu yapılacaktır. Bu durumda ilk ihtimal, hâkimin konuyu tahkime elverişlilik kapsamında değerlendirmesidir. Hâkim, rekabet hukukuna ilişkin aykırılık tespiti yapılması konusunun tahkime elverişli olmadığı düşüncesiyle kararı iptal edebilecek midir? Kanaatimizce bu mümkün değildir, zira tahkim davasının konusu, Türk hukukunda[1053] tahkime elverişliliğe ilişkin ilgili kriter olan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir borca ilişkindir[1054]. Ayrıca Rekabet Kurumu'na tazminat davalarında geçersizliğin tespiti konusunda münhasır bir yetki ihdas eden – ve bu anlamda iki tarafın iradelerine tâbi olma hükmünü kaldıran- emredici bir kanun hükmü yahut bir içtihadı birleştirme kararı da mevcut değildir. Dolayısıyla, böyle bir hakem kararının tahkime elverişsiz olduğu gerekçesiyle iptal edilmesinin mümkün olmadığı görüşündeyiz.

Peki aynı durumda hâkimin incelemeyi kamu düzeni bakımından yapması mümkün müdür? Başka bir deyişle hakemin rekabet hukukuna aykırılık bulunduğu tespitini yaparak bunun özel hukuk sonuçlarına karar vermesinin tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden bahsedilebilir mi? Kanaatimizce bu da mümkün değildir. Öncelikle, yukarıda

[1052] Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkime Tahkime Elverişlilik**, s. 336-337.

[1053] Bu incelemede hâkim tahkime elverişliliği MTK m. 15(A)(2)(a)'da öngörüldüğü üzere Türk hukuku uyarınca karara bağlayacaktır.

[1054] Bu noktada MTK' nin 1. Maddesinde düzenlenen bu konuya ilişkin ikinci kriter olan "Türkiye'de bulunan taşınmaz mallara ilişkin uyuşmazlıklar" ölçütü çalışmamız kapsamı dışında kaldığından değerlendirmeye alınmamıştır.

belirtildiği üzere[1055] kamu düzeni, devletlerin en temel hukuki ve etik prensiplerini koruyan bir güvenlik mekanizmasıdır. Bu anlamıyla negatif bir etkiye sahiptir ve istisnai bir nitelik taşır. Tarafların serbest iradelerine tâbi bir tazminat davasında hakemin tarafsızlığı gibi yargılamanın temel ilkelerinden birinin ihlal edilmesi yahut rüşvet gibi bir durumun tespit edilmesi halinde söz konusu karara etki tanımanın bu prensiplere zarar vereceği söylenebilir. Bunun yanında, Türk hukuku bakımından emredici nitelikte olan rekabet hükümlerinin açık bir ihlalin varlığına rağmen hakemlerce uygulanmadığının anlaşılması da kanaatimizce kamu düzeni mekanizmasının işletilmesine yol açabilir. Ancak iki tarafın iradesine tâbi olan ve hakkında münhasır yetki tesis edilmemiş bir konuda sadece Yargıtay'ın tahkim bakımından değil adli mahkemeler bakımından bazı davalar bağlamında verdiği görüşlerin aksi yönde bir sonuca ulaşılmış olmasının tek başına ne tahkime elverişsizlik ne de kamu düzeninin ihlali sonucu doğurmayacağı görüşündeyiz. Nitekim Yargıtay'ın 2012 tarihli bir kararında[1056], 1994 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'na atıf yapılarak bu karar uyarınca HMK'ya tâbi olarak görülen tahkimlerde maddi hukukun uygulanmasında doktrindeki görüşler ve Yargıtay'ın uygulamasının da dikkate alınmasının gerektiği, ancak MTK uyarınca hakem kararlarının esastan denetlenmesinin söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir[1057]. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun 2014 tarihli bir kararında RKHK'ya aykırılık tespit eden bir hakem kararının

[1055] Bkz. yukarıda s. 12 vd.

[1056] (Yargıtay 13. HD E. 2011/19737, 2012)

[1057] *"Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki bir tahkimde, taraflar arasındaki tahkim şartında, uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiği öngörülmüşse, artık hakemlerin bu kurallar gereğince karar vermeleri gerektiği, maddi hukuk kurallarının uygulanmasında başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile doktrindeki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulamasının da göz önüne alınması gerektiği, hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadıkları hususunun, taraflarca temyiz nedeni yapılabileceği gibi, bu temyiz isteminin de Yargıtay'ca, mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerektiği 28.1.1994 tarih ve 1994/4-1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile kabul edilmiştir. (YKD C.20, sayı 4, Nisan 1994, sh.519-543)*

MTK.nun uygulanması gereken durumlarda ise, adı geçen kanunun 15. maddesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, hakem kararlarının temyizi mümkün olmayıp (sadece iptal davası sonunda verilen kararın temyizi mümkündür), ancak iptali talep edilebileceğinden hakem kararlarının esastan denetlenmesi söz konusu değildir. (Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, sh.185) Gerçekten de Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamındaki hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu, iptal davası olup, sözü edilen kanunun 15. maddesinde iptal nedenleri açıklanmıştır." (Yargıtay 13. HD E. 2011/19737, 2012).

Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiği de ifade edilmektedir [1058] . Dolayısıyla uygulamada böyle bir tespiti içeren hakem kararlarının icrasının mümkün olduğu söylenebilecektir.

Bu görüşümüzün dayanaklarından bir diğeri de hakemlerin tespitinin genel olarak piyasadaki rekabetçi yapıyı etkilemeye muktedir olmamasıdır, zira Rekabet Kurulu'nun RKHK'ya aykırı bir durum tespit ettiği durumda soruşturma başlatıp gerekli idari ve cezai yaptırımları uygulaması her zaman mümkündür. Yukarıda bahsedildiği üzere hakem mahkemesinin kararı Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki yetkisini hiçbir biçimde etkilemez. Ancak hâkim kamu düzeninin ihlal edilip edilmediğini somut olay bazında incelemek durumundadır. Prensip olarak böyle bir kararın kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal edilemeyeceği söylenebilirse de, hakimin önündeki olay kapsamında bir inceleme yapacağı muhakkaktır. Sonuç olarak kanaatimizce rekabet hukuku bakımından bir ihlalin varlığının tespiti iptal davası bakımından başlı başına bir kamu düzeni engeli oluşturmayacaktır.

Peki Kurul tarafından verilmiş mevcut bir ihlal kararı varsa ve mevcut bir hakem kararı bu karara aykırı yönde bir tespit yaptıysa bu durumda kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilir mi? Kanaatimizce bu durum da başlı başına bir kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir. Öncelikle Rekabet Kurulu kararlarının yürürlükteki hukuk bağlamında hakemler üzerinde bağlayıcılığı bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir. İkinci olarak, kamu düzeninin niteliği gereği somut olay bazında bir değerlendirme yapılması gerekir. Hukukta çoğu durumda her somut olayın tek bir doğru çözümü bulunduğundan bahsedilemez. Bu bağlamda her durumda Rekabet Kurulu'nun yaptığı tespitin doğru, hakem heyetinin vardığı sonucun ise yanlış olduğunu iddia etmek doğru olmayacaktır. Özellikle hakemlerin çoğu durumda konunun uzmanları arasından seçildiği düşünüldüğünde, bu tespit daha çok anlam ifade etmektedir. Burada önemli olan, hakemlerce verilen kararın hukuk

[1058] (Rekabet Kurulu Karar No. 14-22/ 461-203, 2014). Kararın detayı için bkz. yukarıda dipnot

hayatında doğuracağı sonucun, mevcut bir Kurul kararı karşısında kamu düzenini ihlal edip etmediğidir. Dolayısıyla hâkim önüne gelen somut durum bağlamında bir inceleme yapılmalıdır. Ancak bu noktada Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşen ve hakem kararının aksi yönde bir tespiti içeren önceki tarihli bir Kurul kararının varlığı halinde hakem kararının kamu düzenine aykırı kabul edilerek iptal edilmesinin gündeme gelebilecegini ifade etmek gerekir[1059].

Bununla birlikte, Yargıtay'ın kamu düzenini oldukça geniş yorumladığı da bir vakıadır. Yukarıda bahsedilen[1060] ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da onanan[1061] kararda dava konusu, bir mobil telefon sisteminin kurulması ve işletilmesiyle ilgili lisans verilmesine ilişkin bir kamu imtiyaz sözleşmesinde ödenecek hazine payının belirlenmesinde esas alınacak matrah üzerinde çıkan bir uyuşmazlığa ilişkindir. Verilen hakem kararının iptali davası açan davacı İdare'nin iptal talebinin dayanağı, matrah belirlenirken bazı iskontoların matraha dahil edilip, bazılarının edilmemesinin kamu düzenine aykırı olduğu ve yetki aşımı oluşturduğudur. İlk derece mahkemesi, kararda kamu düzenine aykırılık iddiasına ilişkin bir delil elde edilemediği, taraflarca da bu hususta bilgi ve belge temin edilmediği, ispat yükünün davacıda olduğundan bahisle iptal sebeplerinin oluşmadığına ve davanın reddine karar vermiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ise kamu düzenine aykırılığın re'sen araştırılması gereken bir husus olup bu konuda ispat yükünün davacıda olduğunun söylenemeyeceği, bu konuda yeterli inceleme yapılmadığının anlaşıldığından bahisle; kamu düzeninin ihlal edilip edilmediğinin saptanması için, "*taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesinde hazine payının ödenmesi konusundaki işleyiş, sözleşme öncesi ve sonrasındaki davalı şirketin muhasebe*

---

no.1038.

[1059] Aynı yönde bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 480; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, s. 559.

[1060] (Yargıtay 13. HD E. 2011/19737, 2012)

[1061] (Yargıtay HGK E. 2013/ 13-1847, 2015)

uygulaması, hazine payı matrahına esas alınan "brüt satış" kavramı, sözleşmenin uygulanması aşamasında bu matraha dahil edilen veya edilmeyen değerler, distribütörlere, bayilere, üçüncü kişilere ve abonelere yapılan iskontoların neler olduğu, bunların Hazine payı matrahına dahil edilip edilmediği, Tahkim kararında matraha dahil olduğu belirtilen bayi primleri ve bayi stok koruma iskontolarının ve matraha dahil olmadığı belirtilen diğer iskontoların neler olduğu, bunların nihai tüketiciye yansıyıp yansımadığı, Tahkim kararında kabul edilen duruma göre Hazine payının nasıl bir farklılık göstereceği, sözleşme öncesi ve sonrasındaki dönemlerde iskontoların herhangi bir ayrıma tabi tutulup tutulmadığı, "satış öncesi", "satış sonrası", "müşteriye" ve "bayiye"şeklinde bir iskonto ayrımının söz konusu olup olmadığı ve sözleşmenin işleyişi ile ilgili diğer hususlarda, aralarında muhasebe konusunda uzmanın da bulunduğu bilirkişi kurulundan nedenlerini açıklayıcı, gerekçeli, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli ayrı ayrı rapor alınarak, imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ve amacı da göz önünde bulundurulmak suretiyle" kamu düzenine aykırılık incelemesi yapılması gerektiğini ve bu kapsamdaki incelemenin esastan inceleme *sayılmayacağını* hükme bağlamıştır[1062]. Nihayetinde Yargıtay,

> "… *Somut olayda, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ek 36. Maddesinin düzenlenme amacına, maddenin lafzına, imtiyaz sözleşmesinin 8. Maddesine aykırı olarak, distribütörlere toplam satışlarda yapılan iskontoların Hazine payının ödenmesine esas tutulan brüt satış matrahına dahil edilmemesi sonucunda Devletin sürekli bir gelir elde etme amacında olduğu Hazine payının azalmasına, bütçe dengelerinin bozulmasına sebebiyet verileceği, bunun sonucunda da ekonomik dengelerin ve kamu düzeninin bozulacağı ortadadır … Tahkim Kurulu tarafından tarafların gerçek iradelerine, Türk hukuk kurallarına ve bu kuralların ihdas amacına aykırı olacak şekilde, nesnel yorum metoduyla, hazine payını azaltıcı şekilde karar verilmiş olması nedeniyle, söz konusu kararın sonuçları, imtiyaz sözleşmesinin niteliğine,*

[1062] (Yargıtay 13. HD E. 2011/19737, 2012)

Devletin sürekli bir gelir elde etme amacına, emredici kanun hükümlerine, kamu menfaatine, Dolayisiyla Türk kamu düzenine aykırıdır ...." şeklinde bir karar vermiştir[1063].

Bu karar, kamu düzeni istisnasını uluslararası kabullerin tamamıyla dışında olacak şekilde geniş yorumlaması sebebiyle doktrinde ciddi şekilde eleştirilmiştir[1064]. Bu bağlamda özellikle:

"...Burada Daire, hukuk devleti ilkesini tepe-taklak eden, yanlış ve son derece tehlikeli bir 'kamu düzenine aykırılık' kriteri getirmiş bulunmaktadır. ... Daire kararında, devletin gelirleri üzerinden bir 'kamu düzenine aykırılık' kriteri geliştirmiştir. Bu kriter, hukuki bir temele dayanmamakta, sadece devleti koruma ve kollama refleksine dayanmaktadır.[1065]"

şeklindeki eleştiriye biz de katılmaktayız. Gerçekten de kamu düzeninin bu şekilde geniş yorumlanması, hakem kararının nihâîliği ilkesini zedelemekte, tarafların tahkime gitmesini adeta anlamsızlaştırmaktadır. Doktrinde de üzerinde uzlaşılan görüş, milletlerarası ticaretin özel gereksinimleri doğrultusunda ortaya çıkan esnek ve liberal düzenlemeler içeren milletlerarası tahkimin bu nitelikleri göz önünde tutularak kamu düzeni kapsamında ulusal hukuk tarafından yapılan müdahalelerin en aza indirilmesinin zorunlu olduğu yönündedir[1066]. Bu bağlamda ilgili hakem kararının icra edilmesinin Türk hukuk sistemi içerisinde ihlaline tahammül edilemeyecek derecede önemli prensipleri ihlal eden bir etki doğurduğu tespit edilmedikçe, kanaatimizce kamu düzeninin bir iptal sebebi olarak değerlendirilmemesi

[1063] Ibid.

[1064] Ceyda Süral, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan**, 16 (Özel Sayı), 2015, s. 1403.

[1065] Şanlı, Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, s. 592.

[1066] Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 476; Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, s. 145; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)** Kurkela, "Competition Laws in International Arbitration: The May, the Must, the Should and the Should Not", s. 272-273; Yeşilırmak, : **Türkiye'de Ticari Hayatin ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim- Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, s. 129; Mesut Aygün, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu" **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Sayı 8(3), 2007, s. 687; Süral, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", s. 1403.

gerekir. Rekabet hukukunun özel hukuk sonuçları hakkında karar verirken hakemin bir ön sorun olarak ilgili rekabet hukuku kuralının ihlal edilip edilmediğine dair verdiği karar da kanaatimizce kural olarak bu kapsama girmeyecektir. Ancak hakem heyetinin karar verirken RKHK'nın emredici hükümlerini uygulamaması sebebiyle hakem kararı Türkiye'de piyasaların işleyişi üzerinde rekabeti bozucu bir etki doğuracak ise, kanaatimizce kamu düzenine ilişkin iptal sebebi uygulanabilir olacaktır. Yine eğer hakem kararı daha önceden verilmiş ve kesinleşmiş bir Kurul kararında yer alan ihlalin varlığı yahut yokluğuna ilişkin tespiti dikkate almaksızın ve bilhassa buradaki tespite aykırı yönde bir karar verdiyse bu durumun da kamu düzenine aykırılık mekanizmasını harekete geçireceği yönünde görüşler mevcuttur[1067]. Bu durumlarda dahi mahkemenin incelemesinde esasa giremeyeceğini ve incelemesini prensip olarak hakem kararı ve gerekçesi ile sınırlı tutması gereğini[1068] de hatırlatmak gerekir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından ise yukarıdaki analizler *evleviyetle* geçerlidir. Zira yukarıda belirtildiği üzere[1069] yabancı hakem kararları bakımından kamu düzeni çok daha dar kapsamlı olarak yorumlanmaktadır. "Milletlerarası kamu düzeni" denilen ve devletlerin milli kamu düzeni anlayışlarından "damıttıkları" prensiplerden oluştuğu kabul edilen kavramın ortaya çıkış amacı budur. Dolayısıyla yabancı hakem kararına ilişkin

[1067] Aynı yönde bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 480; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, s. 559.

[1068] Bu noktada doktrinde bazı hallerde hakem kararının içeriğine dair hususların (vakıaların) incelenmesi gerekebileceği ifade edilmiş, örnek olarak da sahte belgeye dayanılarak verildiği iddia edilen hakem kararının icrasının kamu düzenine aykırı olduğunun iddia edilmesi durumu verilmiştir. Bu durumda iddianın geçerliliğinin tespiti için ilgili belgenin incelenmesi zorunlu olacaktır. Ancak aynı görüşte bu şekildeki bir incelemenin esastan inceleme anlamına gelmediği, zira esastan incelemenin hakemlerin hukuku doğru uygulayıp uygulamadıklarının ve vakıaları doğru değerlendirip değerlendirmediğinin tetkiki anlamına geldiği, verilen örnekte ise incelemenin kamu düzenine aykırılık iddiası ile sınırlı bir inceleme olduğu ifade edilmiştir. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 478. Bu görüşe katıldığımızı ifade etmek isteriz.

[1069] Bkz. yukarıda s. 25 vd.

uyuşmazlığın Türkiye ile mevcut ilişkisi zayıf olduğu ölçüde kamu düzeni müdahalesi daha sınırlı olmalıdır[1070]. Nitekim Yargıtay da yukarıda eleştirilen kararında:[1071]

> "*Kamu düzeni kavramı, iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı içerikler taşımaktadır. İç hukukta kamu düzeni, Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Bu kurallar iç hukukta tarafların uymaları zorunlu olan, gerek kanun gerekse özel hukuka ait kurallardan oluşur. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ise, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Dolayısıyla iç hukukta kamu düzeni ihlali sayılan bir durum, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni ihlali sayılmayabilir*".

Demek suretiyle, bu prensibi kabul etmiştir. Sonuç olarak gerek New York Konvansiyonu kapsamında, gerek MÖHUK kapsamında tenfiz talebine konu olan bir hakem kararının rekabet hukukunun ihlal edilip edilmediği yönünde bir tespit içermesi kanaatimizce başlı başına tenfizin reddini gerektirmeyecektir.

3.5.4. Türk hukuku bakımından rekabet hukuku ve tahkim ilişkisi: Sonuç ve öneriler

Sonuç olarak, Türkiye'de rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarının hem ihlalin tespitinin yapılması hem de ihlalin sonuçlarına hükmetme bağlamında, Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkisine giren haller hariç olmak üzere, hakemlerce de karara bağlanabileceği kanaatindeyiz[1072]. Hakem heyeti, *kompetenz- kompetenz* prensibi uyarınca somut olaydaki rekabet hukuku uyuşmazlığı konusunda yargılama yetkisinin varlığına, bu bağlamda özellikle tahkim şartının yeteri kadar geniş şekilde kaleme alınmış olduğuna kanaat getirdiği takdirde rekabet hukuku uyuşmazlığının özel hukuk sonuçları hakkında hüküm tesis edebilecektir[1073].

[1070] Akıncı, **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)**, s. 273; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**, s. 176; Demir- Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, s. 159.

[1071] (Yargıtay 13. HD E. 2011/19737, 2012)

[1072] Aynı yönde bkz. Özsunay, "Rekabet Hukukunda Tahkime Elverişlilikle İlgili Yeni Gelişmelerin Işığında Türk Rekabet Hukukunun Durumu", s. 106; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 822.

[1073] Özsunay, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", s. 107. Ayrıca tahkim şartının kapsamı bağlamındaki incelemeler için bkz. aşağıda s. 246 vd.

Bu noktadaki temel endişeler genel itibarıyla rekabet hukuku kurallarının kamuyu ilgilendirmesi, uygulanmasının zor ve karmaşık olması, tahkim yoluna giderek tarafların rekabet hukukunun uygulamasından kaçabilecekleri ve hakem kararlarının içeriğinin denetlenemeyecek olması olarak özetlenebilir. Ancak bu eleştiriler kanaatimizce geçerli değildir. Öncelikle tüm dünyada bir kuralın sadece kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle hakemlerce uygulanamayacağı yönündeki görüşten uzaklaşılmış[1074] ancak bu kuralların hakemlerce uygulanmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. İkinci olarak, rekabet hukukunun uygulanmasının zor olduğu ve hakemlerce etkin şekilde uygulanamayacağı yönündeki endişe de hem hakemlerin uzman kişiler olmaları sebebiyle, hem de sahip oldukları bilirkişi atama ve mahkemeden delillerin toplanması için yardım isteme gibi usulî araçların varlığı göz önüne alındığında geçerli olmaktan uzaktır. Tahkimin rekabet hukuku ihlallerinin gizlenmesi için bir araç olarak kullanılabileceğine dair endişe ise Rekabet Kurulu'nun RKHK'ya aykırılık durumunda her zaman müdahale imkânının bulunması sebebiyle yersizdir. Nihayet hakem kararlarının denetimi bağlamında tüm dünyada açık rekabet hukuku ihlallerinin anlaşılması için çok da detaylı bir analiz gerekmediği, olağan iptal ve tenfiz kapsamındaki incelemede açık aykırılıkların anlaşılabildiği kabul edilmektedir.

Dünyadaki başlıca hukuk sistemlerinde başlangıçta geçerli olan tüm bu endişeler, zaman içerisinde rekabet hukuku uyuşmazlıkları konusunda tahkime olan güven artıp hakemlerce bu kuralların etkin şekilde uygulandığı görüldükçe giderilmiştir. Türk hukuku bakımından da teoride bir engel bulunmamakla birlikte, uygulamada ve doktrinde dile getirilen endişelerin bu konudaki uygulama arttıkça giderileceğine inanıyoruz. Bu aşamada hakemlerin Yargıtay'ın kamu düzenine ilişkin mevcut kararlarını "icrası mümkün bir karar verme" yükümlülükleri bağlamında okuyarak değerlendirecekleri tabiidir. Nitekim Yargıtay bir kararında kesinleşmiş bir vergi mahkemesi kararıyla çelişen hakem mahkemesi kararının

[1074] Münhasır yetkinin tanındığı haller dışında.

tenfizini reddetmiştir[1075]. Öte yandan, yukarıda bahsi geçen Rekabet Kurulu kararında tam da RKHK'nın ihlal edilmediği yönünde bir hüküm içeren hakem kararının –üstelik temyize tâbi olduğu ifade edildiğine göre MTK değil HUMK bağlamında yürütülen bir iç tahkim süreci sonucunda verilmiş olan bir kararın- kesinleştiği ifade edilmektedir[1076]. Bu gelişme konumuz bakımından son derece olumludur. Her hâlükârda, kanaatimizce Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşleri de hakem kararlarının doğru gerekçelendirme ve itinalı incelemeleri sonucu verilen kararların sayısı arttığı ölçüde değişecek ve uluslararası tahkim ile olması gereken bu güven ilişkisi iki taraflı olarak gelişecektir.

Ayrıca, Rekabet Kurumu ile mahkemelerin ilişkisinin, hakemlere de uzanacak şekilde, mevzuatta açıkça düzenlenmesinin ve özellikle özel hukuk sonuçları bakımından ihlale karar verme konusunda nasıl bir yol izleneceğinin belirlenmesinin hukuk güvenliği bağlamında gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Bunun yanında, bireysel muafiyet verilmesinin Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkisinden çıkarılarak AB sisteminde olduğu gibi mahkemelerin ve hakimlerin de bu konuda yetkilendirilmesi kanaatimizce rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarının daha etkin ve yaygın bir şekilde ileri sürülerek karara bağlanmasını sağlayarak son tahlilde rekabet hukukunun daha etkin bir şekilde uygulanmasına hizmet edecektir. Bu durumda mahkeme ve hakemler ile Rekabet Kurulu arasındaki ilişkileri düzenleyen mevzuat hükümlerine ihtiyaç duyulacağı açıktır. Söz konusu sistemin on seneden uzun süredir yürürlükte olduğu Avrupa Birliği uygulaması, zaman içerisinde sistemin zayıf noktalarının da ortaya çıkması sebebiyle bu konuda önemli bir örnek teşkil edecektir.

[1075] (Yargıtay 11. HD E. 2006/7396, 2007). Karar yayımlanmamıştır. Bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", Ed. By İsmail Esin, Ali Yeşilırmak, **Arbitration in Turkey** (s. 211-240), The Hague, Kluwer Law International, 2015, s. 239.

[1076] (Rekabet Kurulu Karar No. 14-22/ 461-203, 2014), para. 32.

III. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET HUKUKU KONULARININ TAHKİME KONU OLMASI BAĞLAMINDA ÖNEMLİ BİR SINIR: HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR TAHKİM ŞARTI KAPSAMINA GİRER Mİ?

Tahkim yargılamasında hakemlerin yetkisi belirlenirken, devletin belirlediği ve yukarıda yer verilen [1077] tahkime elverişlilik sınırı yanında, tahkim şartının objektif kapsamının tespiti büyük önem taşır. Tahkim şartının hangi uyuşmazlıkları kapsadığı konusu, tarafların belirli bir uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmek konusunda anlaşıp anlaşmadıklarını, dolayısıyla hakemlere böyle bir yetkiyi verip vermediklerini ifade etmesi bakımından son derece önemlidir[1078]. Hangi uyuşmazlıkların tahkim şartı kapsamına girdiği ve bu bağlamda tarafların iradesinin ne yönde olduğunun tespiti esasında sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin bir konudur: bu yorum ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk kapsamında yapılabilir.

Tahkim anlaşmaları çoğunlukla ticari işler için akdedilmiş sözleşmelerin içinde bir şart olarak yer alırlar [1079] . Tahkim şartının kural olarak sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsama aldığı kabul edilir[1080]. Rekabet hukuku bakımından da durum farklı değildir. Bir rekabet hukuku uyuşmazlığının belirli bir hukuk çevresinde tahkime elverişli olduğu kabul edilse bile, tahkim yoluyla çözülebilmesi için, taraflar arasında geçerli olarak kurulmuş bir tahkim şartının kapsamına girmesi şarttır[1081]. Ancak rekabet hukuku taleplerinin dayanağı, her zaman sözleşme olmayabilir. Özellikle rekabet hukuku ihlalinden doğan

[1077] Bkz. yukarıda bölüm no. 1.

[1078] Berger, Kellerhals, **International and Domestic Arbitration In Switzerland (2nd ed)**, s. 129.

[1079] Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, s. 297; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)**, s. 98.

[1080] Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, s. 266; Berger, Kellerhals, **International and Domestic Arbitration In Switzerland (2nd ed)**, s. 129; Miriam Driessen Reilly, "Private Damages in EU Competition Law and Arbitration: A Changing Landscape" **Arbitration International**, Vol. 31, 2015, s. 575.

[1081] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 420.

tazminat davalarında borcun kaynağının haksız fiil olduğu genel olarak kabul görmektedir[1082]. Peki bu durumda nasıl bir yol izlenecektir? Haksız fiilden doğan uyuşmazlıkların tahkime konu olmayacağı mı kabul edilmelidir? Haksız fillerin genel olarak tahkim şartı kapsamına girip girmeyeceği belirlendikten sonra[1083], rekabet hukuku bakımından bu çerçevede özel önem taşıyan sorulara cevap aranmaya çalışılacaktır. Rekabet hukukundan doğan tazminat taleplerinin tahkime konu olması, bunun özel bir görünümü olarak da daha önce yetkili rekabet otoritesi tarafından bir ihlal kararı verilmiş olduğu durumda açılan tazminat davalarının (*follow on actions*) tahkim yoluyla görülüp görülemeyeceği incelenecek, bu noktada konu özellikle Avrupa Birliği tarafından 2014 yılında çıkarılan *Tazminat Direktifi*[1084] çerçevesinde ele alınacaktır.

A. Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesi: genel olarak

Günümüzde çoğu hukuk sisteminde esas sözleşmede yer alan tahkim şartının kural olarak haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de yetki sağladığı kabul edilmektedir[1085]. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu'nun 7(1). maddesinde de tahkime konu olabilecek uyuşmazlıkların sözleşmesel veya haksız fiil temelli olabileceği ifade

[1082] Assimakis P. Komninos, Markus Burianski, "Arbitration and Damages Actions Post- White Paper: Four Common Misconceptions" **Global Competition Litigation Review**, Vol. 2(1), 2009, s. 19.

[1083] Tahkim şartının kapsamının belirlenmesi bakımından çok çeşitli durumlar gündeme gelebilmektedir. Örneğin tahkim şartının sadece sözleşmenin ifasından kaynaklanan durumlara atıf yapması durumunda sözleşmenin geçerliliğinin belirlenmesinin de tahkim şartının kapsamına girip girmeyeceği çeşitli ülkelerde mahkeme kararlarına konu olmuştur. Bu konudaki kararlar ve tahkim şartının kapsamına ülke hukuklarının yaklaşımıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, s. 265-266; Christoph Müller, **Swiss Case Law in International Arbitration (2nd ed)**, Geneve, Bruylant, 2010, s. 56-57; Christoph Liebscher, **The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration**, The Hague, Kluwer Law International, 2003, s. 197-207. Ancak çalışmanın kapsamı sebebiyle bu tartışmalara yer verilmeyecektir.

[1084] 2014/104/EU Sayılı AB Tazminat Direktifi, bkz. aşağıda dipnot 1133.

[1085] İngiliz Tahkim Kanunu m. 6(1); Alman Tahkim Kanunu m. 1029(1) ve Avusturya Medeni Usul Kanunu m. 581(1)'de bu hususun açıkça yazıldığı görülmektedir. Ayrıca bkz. Redfern, Hunter, Blackby, et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, s. 155; Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 524; Müller, **Swiss Case Law in International Arbitration (2nd ed)**, s. 57; Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, s. 266.

edilmiştir [1086] . UNCITRAL Model Kanunu'nu temel alan Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun 4(1) maddesi de aynı doğrultudadır[1087]. Nihayet New York Konvansiyonu'nun II (1). Maddesi tahkim anlaşmasının sözleşmesel olan veya olmayan bir hukuki ilişki hakkında yapılabileceğini hükme bağlamaktadır[1088].

Tahkim şartı haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkları prensip olarak kapsamakla birlikte, iki hususun varlığının aranacağını belirtmek gerekir: öncelikle, tahkim şartının lafzının haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkları dışlayıcı şekilde olmaması gerekir. Bu şarta ilişkin olarak, "*işbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar* ("*disputes arising from this contract*")" ifadesinin haksız fiilleri kapsamayacağı, ancak "*işbu sözleşmeden doğan veya işbu sözleşmeyle ilişkili bulunan uyuşmazlıklar* ("*disputes arising out of or in relation to this contract*")" ifadesinin kullanılması halinde haksız fillerin de tahkim şartı kapsamına gireceğinin kabul edileceği ileri sürülmüştür [1089] . ABD'de de yeni tarihli bir karar bu yaklaşımı destekler gözükmektedir. Her ne kadar Amerikan ilk derece mahkemelerinde ağırlıklı eğilim tahkim iradesine öncelik tanımak yönünde olsa da [1090] , *Cape Flattery* davasında Federal İstinaf Mahkemesi Dokuzuncu Dairesi, "*işbu sözleşme tahtında ortaya çıkan her türlü uyuşmazlık ("any dispute arising under this agreement*")" ifadesinin haksız

[1086] "***Madde 1****- 1.Taraflar,* ***sözleşmesel olsun olmasın****, belirli bir hukuki ilişki bakımından aralarındaki uyuşmazlığın UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre çözüme bağlanacağını kararlaştırmış bulunuyorlarsa, söz konusu uyuşmazlıklar, taraflarca kabul edilecek değişikliklere bağlı olarak işbu Kurallara göre çözümlenir."* Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu, **UNCITRAL Model Kanunu (Türkçe Çevirisi)**, (Çev. Ergun Özsunay,) İstanbul, İstanbul Ticaret Odası, 2014 (Vurgu eklenmiştir).

[1087] "***Madde 4 –*** *Tahkim anlaşması, tarafların,* ***sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın*** *aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir*." (Vurgu eklenmiştir.)

[1088] *"****II. Madde- 1****. Âkit devletlerden her biri, tarafların* ***akte dayanan veya akdî olmayan****, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder."* (Vurgu eklenmiştir.)

[1089] Berger, Kellerhals, **International and Domestic Arbitration In Switzerland (2nd ed)**, s. 132; Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, s. 266; Müller, **Swiss Case Law in International Arbitration (2nd ed**, s. 57; Lew, Mistelis, & al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 7-64.

[1090] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 422.

fiilden doğan uyuşmazlıkları kapsamayacağını hüküm altına almıştır[1091]. Bu karar akademik eleştirilere konu olmakla birlikte[1092], Amerikan hukuku söz konusu olduğunda haksız fiillerin tahkim yargılamasına konu olmasının istenmesi durumunda tahkim şartının geniş bir şekilde kaleme alınması konusunda özen gösterilmesi gereğini ifade etmektedir[1093].

Tahkim şartının lafzı bağlamındaki sınırlama İngiliz hukukunda da yakın tarihe kadar geniş olarak kabul görmüştür[1094]. Ancak 2007 tarihli *Fiona Trust* davası bu konuda bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir[1095]. Bu davada İngiliz mahkemesi tahkim yanlısı bir tutum izlemiş ve tahkim şartının kapsamının belirlenmesinde tarafların basiretli tacirler olarak bütün uyuşmazlıklarını tek bir mercide çözmeyi amaçladıkları varsayımından hareket edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır[1096]. Dolayısıyla geleneksel olarak tahkim şartının lafzına çok büyük bir önem atfeden İngiliz yargısı, bu kararla standart bir tahkim şartının haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsama alacağına bir anlamda onay vermiştir[1097]. Aynı doğrultuda Alman Yüksek Mahkemesi de, "*işbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar*" ifadesinin haksız fiil temelli iddiaların da karara bağlanması için yeterli olduğu yönünde kararlar vermiştir[1098]. Fransız[1099] ve İsviçre uygulamaları da aynı yöndedir[1100]. Türk Yargıtayı aynı doğrultuda bir karar vermiş, sözleşme ihlali teşkil eden haksız fiillerin tahkim şartı bağlamında tahkime konu olabileceği hükme bağlanmıştır[1101]. Türk doktrininde de bu yönde görüşler ifade edilmiştir[1102].Netice itibarıyla ağırlıklı kabulün olağan bir tahkim şartının, özel

[1091] (Cape Flattery Ltd. v. Titan Maritime LLC, 2011), s. 922-924.
[1092] Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, s. 1353.
[1093] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 422.
[1094] Bu konuda özellikle *Heyman v. Darwins* davasi onemlidir. Bkz. (Heyman v. Darwins, 1942).
[1095] (Fiona Trust v. Privalov, 2007).
[1096] Ibid. para. 13.
[1097] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 422.
[1098] Kararlar için bkz. (Poudret & Besson, 2007), s. 267.
[1099] Liebscher, **The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration**, s. 203.
[1100] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 524.
[1101] (Yargıtay 19. HD, E. 2006/10027), karar için bkz. Şanlı, Ataman- Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası),** s. 568.
[1102] Ibid**.** s. 568.

olarak sınırlayıcı bir ifade içermediği sürece[1103], haksız fillerden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsama alması yönünde olduğu söylenebilir[1104]. Rekabet hukuku bakımından durum aşağıda ayrıca incelenecektir.

Esas sözleşmedeki –kapsamı daraltılmamış- tahkim şartının haksız fillerden doğan uyuşmazlıkları da kapsaması için ikinci şart ise, bu uyuşmazlıkların esas sözleşme ile alâkalı bulunmasıdır[1105]. Bu durum, haksız fiil kaynaklı talebin esas sözleşmeden doğması, ilişki içerisinde bulunması veya bir şekilde bağlantılı olması hallerinde söz konusu olacaktır[1106]. Haksız fiilin varlığına işaret eden olaylar dizisi sözleşmenin konusu ile hiçbir bağlantı içermiyorsa, haksız fiilin sözleşmedeki tahkim şartının kapsamına girdiğinden bahsedilemeyecektir. O halde söz konusu bağlantı neyi ifade etmektedir? Bir görüşe göre, ancak haksız fiil aynı zamanda esas sözleşmeyi ihlal eden bir fiil olarak ortaya çıktığı veya sözleşmenin ifasıyla bağlantılı olarak işlendiği takdirde bir bağlantının varlığından söz edilebilir[1107]. Yukarıda atıf yapılan Alman mahkeme kararlarından[1108] birinde ve Türk Yargıtayı kararında bu husus dile getirilmiştir. Ancak uluslararası alanda hâkim olan görüşe göre söz konusu bağlantı bu kadar sıkı olmak durumunda değildir: kapsayıcı bir tahkim şartının varlığı şartıyla, haksız fiilin sözleşme ile "*yeterince sıkı bir bağlantısının* ("*sufficiently close connection*")" bulunması yeterlidir[1109]. Gerçekten de ilk görüş kabul edildiği takdirde haksız fiilleri tahkim şartı kapsamına almak çok güçleşecek, Model Kanun ve New York Konvansiyonunun da hareket noktası olan tarafların kural olarak tüm

[1103] Bu bağlamda sadece sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların veya sadece sözleşmenin ifasına ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği gibi bir ifade tahkim şartının kapsamına yönelik kuşku doğurabilecektir.

[1104] Lew, Mistelis, & al., **Comparative International Commercial Arbitration**, para. 7-67.

[1105] Liebscher, **The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration**, s. 200.

[1106] Komninos, Burianski, "Arbitration and Damages Actions Post- White Paper: Four Common Misconceptions", s. 19.

[1107] Berger, Kellerhals, **International and Domestic Arbitration In Switzerland (2nd ed),** s. 132; Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 524.

[1108] Bkz. yukarıda dipnot 1098.

[1109] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 427; Poudret, Besson, **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, s. 267; Komninos, Burianski, "Arbitration and Damages Actions Post- White Paper: Four Common Misconceptions", s. 23.

uyuşmazlıklarını tek bir mercide çözümlemek istedikleri kabulünü uygulamaya geçirmek neredeyse imkânsız hale gelecektir. Bu noktada "*yeterince sıkı bağlantının*" ne şekilde ortaya çıktığının özellikle rekabet hukuku bağlamında incelenmesi kavramın içinin doldurulmasını kolaylaştıracaktır. Aşağıda bu nokta da ele alınacaktır.

Haksız fiillerin tahkimde görülmesi temel olarak iki durumda söz konusu olur. Bunlardan ilkinde, taraflar haksız fiil ortaya çıktıktan sonra tahkim yapma konusunda anlaşmışlardır ("*submission agreements*") [1110] . Ancak bu durum uygulamada çok sık görülmez, zira tarafların bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tahkim üzerinde uzlaşı sağlamaları zordur [1111] . Ancak yine de taraflar tahkim yargılamasını kendileri için daha avantajlı buldukları takdirde her zaman bu yola başvurabilirler[1112]. İkinci durum ise, yukarıda belirtildiği üzere, haksız fiilin mevcut bir tahkim şartı kapsamında ileri sürülmesidir. Bu durumda ilk ihtimal, haksız fiilin tahkim yargılamasında bir savunma olarak ileri sürülmesidir. Genel itibarıyla tahkim yargılamalarında haksız fiil niteliğinde olup da taraflarca savunma olarak en sık dile getirilen konular arasında marka hakkı ihlali, sahtecilik, ticari sırların ihlali, yanıltma, mülkiyet hakkına tecavüz sayılabilir[1113]. Bunun yanında, haksız fiil tahkim yargılamasında başlı başına bir iddia olarak da ileri sürülebilir. Mevcut bir sözleşme – mesela lisans sözleşmesi- kapsamında taraflardan biri haksız rekabet hukukunu ihlal ediyorsa, lisans alanın sözleşmedeki tahkim şartı kapsamında haksız rekabet hukukundan kaynaklanan haksız fiili bir iddia olarak ileri sürmesi mümkün olacaktır[1114]. Her hâlükârda hakem heyeti öncelikle, uyuşmazlığın haksız fiil olup olmadığının vasıflandırmasını yapmak durumundadır. Bu vasıflandırma çoğunlukla esasa uygulanacak

[1110] Gaillard, Savage, **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration**, para. 524.

[1111] Komninos, Burianski, "Arbitration and Damages Actions Post- White Paper: Four Common Misconceptions", s. 20.

[1112] Reilly, "Private Damages in EU Competition Law and Arbitration: A Changing Landscape", s. 576.

[1113] Florian Gonzales, "The Treatment of Tort in ICC Arbitral Awards" **ICC Bulletin**, Vol. 13(2), 2002, para. 2.

[1114] Jan Dalhuisen, "The Arbitrability of Competition Law Issues" **Arbitration International**, Vol. 11, 1995, s. 158; Reilly, "Private Damages in EU Competition Law and Arbitration: A Changing Landscape", s. 576.

hukuk kapsamında yapılacaktır[1115]. Uyuşmazlık haksız fiil olarak vasıflandırıldıktan sonra, söz konusu haksız fiilin tahkime elverişli olup olmadığının incelemesi yapılacak[1116], daha sonra yukarıda belirtilen tahkim şartının kapsamına dair inceleme gerçekleştirilecektir. Bütün bu hususların tespitinin ardından haksız fiilden kaynaklanan iddia ve savunmaların tahkimde görülmesi söz konusu olabilecektir.

B. Rekabet hukukundan doğan haksız fiillerin tahkimde görülebilmesi mümkün müdür?

Yukarıda yapılan değerlendirme, haksız fiillerin belirli şartlar altında kural olarak tahkime konu olabileceğini ifade etmektedir. Peki işin içine rekabet hukuku girdiği durumda mevcut analizler geçerliliğini korumakta mıdır? Bu noktada öncelikle AB üye devletlerinden Avusturya ve İspanya mahkemelerinin verdiği yakın tarihli iki karara değinilecek, sonrasında ise Adalet Divanı'nın kafa karışıklığına sebep olan 2015 tarihli ön kararı ele alınacak ve bir değerlendirme yapılacaktır.

Avusturya Yüksek Mahkemesi 2008 yılında tahkim şartının rekabet hukukundan doğan talepleri kapsayıp kapsamayacağına dair bir karar vermiştir[1117]. Bu davanın konusu Avusturyalı ve Hollandalı iki şirket arasında akdedilen bir dağıtım sözleşmesidir. Söz konusu dağıtım sözleşmesi bir tahkim şartı içermektedir. Buna göre taraflar "*sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklarını ("all disputes resulting from this agreement")*" ICC Kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözme konusunda anlaşmışlar, tahkim yeri olarak da Amsterdam'ı belirlemişlerdir. Avusturyalı şirket, Hollandalı şirketin kendisine hâkim durumunu kötüye kullanarak fiyat ayrımcılığı uyguladığı ve rakibine çok daha avantajlı bir fiyattan satış yaptığı gerekçesiyle Avusturya mahkemesinde dava açmış, fiyat ayrımcılığı sebebiyle uğradığı zararların tazminini talep etmiştir. Ayrıca davacı taleplerinin dayanağının Avusturya Rekabet

[1115] Gonzales, "The Treatment of Tort in ICC Arbitral Awards", para. 9; Komninos, Burianski, "Arbitration and Damages Actions Post- White Paper: Four Common Misconceptions", s. 23.

[1116] Bkz. yukarıda s. 41 vd.

Kanunu olduğundan bahisle tahkim şartının kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Davalı şirket ise tahkim şartına dayanarak mahkemenin yetkisine itiraz etmiştir[1118]. Yüksek Mahkeme kararında, ilk derece mahkemesinin verdiği yetkisizlik kararını kısmen bozmuş, sözleşmeden doğan taleplerin tahkimde ileri sürüleceğini hükme bağlamıştır. Ancak diğer hususlar bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir. Bu analizi yaparken Mahkeme öncelikle genel prensibi belirlemiştir: buna göre *"(bir) sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların*" ifadesi kural olarak sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan zararlarla ilgili talepleri de kapsar; ancak bunun için zarar veren somut fiil ile sözleşmenin ihlalinin "*tek bir vakıalar bütünü*" olması şarttır. Somut olayda davacı iddialarını sadece sözleşmenin ihlaline değil, karşı tarafın sözleşme dışı davranışına (davacının rakibine uygun fiyattan mal satmasına) dayandırmaktadır. Bu ikinci dayanak sadece sözleşmeyi ihlal etmez, aynı zamanda rekabet hukukuna da aykırıdır. Ancak mahkeme davacının iddiaları arasında sadece "*açıklayıcı*" nitelikte bir bağlantının bulunduğuna, dolayısıyla tek bir vakıalar bütününden bahsedilemeyeceğine; bu bağlamda da sözleşme dışı iddiaların tahkimde görülemeyeceğine ve bu bakımdan yetkili olduğuna karar vermiştir[1119].

Mahkemenin vardığı sonuç, Alman mahkemelerinin yukarıda değinilen[1120] haksız fiil ile sözleşme arasında ancak haksız fiilin aynı zamanda esas sözleşmeyi ihlal eden bir fiil olarak ortaya çıktığı durumda yeterli bir bağlantının var sayılabileceğine ilişkin görüşünü çağrıştırmaktadır. Ancak Avusturya Yüksek Mahkemesi bir adım ileriye giderek sözleşmesel temele dayanmayan iddiaların tahkimde görülmesini tümden zorlaştırmıştır. Zira somut olayda haksız fiilin dayandığı olgular, sözleşmeden kaynaklanan taleplerin de temelini oluşturmaktadır. Bu durumda tarafların yargılama yetkisini hakem mahkemesi ile mahkeme arasında paylaştırma niyetleri olduğunu varsaymak mümkün görünmemektedir. Böyle bir

[1117] (Oberster Gerichtshof, 2008)

[1118] Christian Köller, "Scope of Arbitration Agreements- Unfair Competiton and Arbitration Claims Not Covered by the Arbitration Agreement" **International Arbitration Law Review**, Vol. 12(3), 2009, s. 40.

[1119] Ibid. s. 41.

varsayım, usul ekonomisini de hiçe sayacak, birbiri ile çelişen kararların verilmesine zemin hazırlayacaktır. Ayrıca bu yaklaşım tarafların taleplerini sözleşme yerine haksız fiile dayandırmak suretiyle tahkim anlaşmasını işlevsiz kılmalarının korunması sonucunu da doğurabilecektir ki bu, uluslararası tahkimin amaçlarına tamamıyla ters düşmek anlamına gelir[1121].

Barselona İstinaf Mahkemesi ise bu konuya ilişkin yine 2009 yılında Avusturya mahkemesi ile tamamen farklı bir yaklaşım sergilediği bir karar vermiştir[1122]. Dava İtalyan ve İspanyol iki firma arasında yapılmış bir lisans sözleşmesine ilişkindir. Sözleşmede "*işbu* ***sözleşmenin geçerliliği, yorumu, ifası ve sonlandırılmasına*** *ilişkin her türlü uyuşmazlık .... ICC tahkim kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözülecektir. Tahkim yeri Paris, tahkim lisanı ise İngilizcedir. ...*" şeklinde bir tahkim şartı yer almaktadır. İspanyol şirket İspanya mahkemelerinde dava açma yoluna gitmiş, ancak ilk derece mahkemesi tahkim şartının varlığı sebebiyle yetkisiz olduğuna karar vermiştir[1123]. İstinaf Mahkemesi, taleplerin kaynağının haksız rekabete ilişkin hükümler olmasının uyuşmazlığın tahkim yoluyla görülmesine engel olmadığını, somut olayda haksız rekabet fiillerinin aynı zamanda sözleşmeyi de ihlal ettiğini, ancak böyle olmasa da haksız fiilin taraflar arasındaki hukuki ilişki ile ilgili bulunmasının yeterli olduğunu hüküm altına almıştır. Mahkeme bu son çıkarımını özellikle tarafların taleplerini sözleşme dışı hükümlere dayandırarak tahkim şartlarının bağlayıcılığından kurtulma eğilimlerine etki tanınmaması gereği ile ilişkilendirmiştir[1124]. Görüldüğü gibi Mahkeme, haksız fiillerin tahkim şartı kapsamına girmesi konusunda oldukça esnek bir yorum yapmış, somut olay bakımından zaten sıkı bir bağlantı bulunsa da prensipte o kadar sıkı bir bağlantı bulunmasının zorunlu olmadığını

[1120] Bkz. yukarıda dipnot 1098.
[1121] Born, **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, s. 1104.
[1122] (Pirelli &Co SpA v. Licensing Projects SA, 2009)
[1123] Case Comment, "Barcelona Court of Appeal Confirms that Claims For Unfair Competition Fall Within Scope of ICC Arbitration Clause" **Global Competition Litigation Review**, *4*(3), 2011.

ortaya koymuştur. Bu yaklaşım yukarıda ifade edildiği üzere[1125] genel olarak haksız fiiller ve tahkim konusundaki güncel eğilimlerle paralellik göstermektedir.

Yukarıdaki örneklerde rekabet hukukundan doğan tazminat talebi önceden verilmiş bir ihlal kararına dayanmamaktadır ("*stand alone damages"*). Dolayısıyla –tahkim şartı kapsamında kabul edilse dahi- öncelikle bir ihlal olup olmadığı tespit edilecektir. Bu şekilde önceki bir ihlal kararına dayanmayan çok sayıda hakem kararının da verildiği bilinmektedir[1126]. Ancak rekabet hukuku uyuşmazlıkları bakımından bir tazminat davası türü daha bulunmaktadır. Bu da, -AB özelinde- Komisyon veya ulusal rekabet otoritesi tarafından verilen bir ihlal kararını müteakiben açılan tazminat davasıdır ("*follow on damages actions*")[1127]. Bu davalar bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen bir ön karar, rekabet hukukundan doğan tazminat taleplerinin tahkim şartı kapsamına girip girmeyeceği konusunda önemli ölçüde kafa karışıklığına sebep olmuştur. *CDC Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel* ("CDC")[1128] ön kararı, Komisyon'un bir kartelin varlığını tespit

[1124] Albert Jan Van Den Berg, **Yearbook Commercial Arbitration 2010**, (Vol. XXXV). The Hague, Kluwer Law International, 2010, s. 457.

[1125] Bkz. yukarıda s. 246 vd.

[1126] Aren Goldsmith, "Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions" **ASA Bulletin**, Vol. 34(1), 2016, dn. 4.

[1127] AB'de 2001 yılındaki *Courage v. Crehan* kararına kadar rekabet hukukundan kaynaklanan tazminat talepleri konusunda –rekabet hukuku hükümlerine doğrudan etki tanınmış olsa da- genel bir sessizlik hâkimdi. Bu kararla Adalet Divanı rekabeti ihlal eden davranışın mağdurlarının uğradıkları zarara karşılık tazminat talep edebileceklerini teyit etmiştir. Ancak buna rağmen söz konusu taleplerin etkin şekilde yapılamadığı görülmüştür. Nitekim Komisyon 2005 yılında bir Yeşil Kitap, 2008 yılında da bir Beyaz Kitap çıkarmış, bunlarda özellikle söz konusu tazminat haklarının etkin şekilde ileri sürülmesinin önündeki engelleri değerlendirmiştir. Gerçekten de Komisyon, bir rekabet ihlalinin tespit edildiği çoğu davada zarar görenlerin herhangi bir tazminat almadıklarını, bunun da çoğu halde üye ülkelerin hukuklarındaki usulî ve diğer hukuku engellerden kaynaklandığını tespit etmiştir. Söz konusu tazminatların talep edilmesini kolaylaştırmak için de 2014 yılında AB ve Üye Ülke Rekabet Hukuku Hükümlerinin İhlali Bağlamında Ulusal Hukuk Tahtında Açılan Tazminat Davalarına Uygulanacak Kurallar Hakkında Direktif ("AB Tazminat Direktifi") (2014 OJ L.349) çıkarılmıştır. Bu direktif verilen bir ihlal kararı sonrasında açılacak tazminat davalara ilişkin yeknesak düzenlemeler getirmekte, üye ülkelerin de hukuklarını bu doğrultuda uyumlulaştırması beklenmektedir. Direktife ilişkin bazı detaylara aşağıda dipnot 1145'te değinilecektir. Bkz. (Courage Ltd. v. Crehan, 2001)

[1128] (CDC Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel, 2015). Bu davada CDC (Cartel Damages Claim) esasında bir finansman şirketidir. Bu şirketin fonksiyonu, özellikle bahsi geçen ihlal sonrası davaları üçüncü kişi fonlayıcı (third party funder) olarak finanse etmektir. Firma belli finansman modelleri geliştirmekte, kartel faaliyetinden zarar görmüş çok sayıda kişiye bu modelleri önererek aldığı davalar sayesinde yargılama masraflarını talep sahipleri açısından düşürmekte, bu anlamda "ekonomik bariyerleri indirmektedir". Bu anlaşma sonrasında davacı sıfatı CDC şirketine geçmekte, şirket davanın takibini kendi yapmakta ve eğer talebinde başarılı olursa zarar görene ödeme yapmaktadır. Yargılamaların profesyonel üçüncü kişi tarafından finansmanı gitgide yaygınlaşmakta ve Avrupa'da özellikle ihlal sonrası tazminat davalarının sayısının son

ederek verdiği ihlal kararı üzerine Dortmund mahkemesi nezdinde açılan tazminat davasına ilişkindir. Bu davaya bakan Dortmund mahkemesi AB Adalet Divanı'na, AB rekabet hukukunun etkinliğinin sağlanması prensibinin, Brüksel I Tüzüğü uyarınca yetkili mahkemenin yetkisini kaldıran tahkim şartına veya yetki anlaşmasına etki tanınmasına engel olup olmayacağını sormuştur[1129]. Bu başvuruya ilişkin olarak Hukuk Sözcüsü'nün görüşü önemli ipuçları vermektedir. Hukuk Sözcüsü tahkim şartı bağlamında kural olarak TFEU m. 101'in etkinliğinin sağlanmasının bu maddenin ihlaline ilişkin tazminat davalarında tahkim şartının geçersiz kılınmasını gerektirmeyeceğini belirtmiştir. Ancak bunun bir istisnası vardır: Eğer söz konusu tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin kurulması sırasında aleyhine tahkim şartı ileri sürülen kişi rekabete aykırı sözleşmenin varlığından ve hukuka aykırı niteliğinden haberdar değilse ve sözleşmedeki tahkim şartının haksız fiilden doğan zararlardan kaynaklanan talepleri de kapsayacağını öngörecek durumda değilse, bu durumda tahkim şartına dayanılmasına izin verilmesi rekabet hukuku hükümlerinin etkinliğinin sağlanması prensibine aykırı olacaktır[1130].

Hukuk Sözcüsü bu görüşünü iki temele dayandırmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının kartelden doğan zararların karşılanması anlamında hakkın ileri sürülmesini, bu bağlamda da söz konusu rekabet hukuku hükmünün etkinliğinin sağlanmasını zorlaştıracağı düşüncesidir. Zira Hukuk Sözcüsüne göre kartellerle ilgili uyuşmazlıkların genelde çok sayıda taraf içermesi, özellikle de aynı grup şirket yapısı içerisinde çok sayıda farklı tüzel kişi tarafından imzalanan çok sayıda sözleşme yoluyla hayata geçirilmiş olma ihtimali, bu değerlendirmeyi daha etkili bir şekilde yapabilecek devlet yargısını daha uygun bir mecra haline getirmektedir[1131]. İkinci olarak, Brüksel I Tüzüğü'nün 25(1). maddesinde öngörülen yetki anlaşmalarının ancak "*belirli bir hukuki ilişkiyle bağlantılı*" uyuşmazlıklar hakkında

zamanlarda artması bir ölçüde bu gelişmeye bağlanmaktadır. Bkz. Goldsmith, "Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions", s. 16.

[1129] (CDC Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel , 2015), para. 14.

[1130] Ibid. Hukuk Sözcüsü Jääskinen'in görüşü, para. 132.

yapılabileceğine ilişkin hükmü kıyasen tahkim kontekstine uygulamış, kartelden doğan zararlara ilişkin taleplerin Brüksel I Tüzüğü anlamında "*tahkim anlaşmasının üzerine bina edildiği hukuki ilişkiyle bağlantılı*" kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür[1132].

Hukuk Sözcüsünün görüşleri bakımından iki hususa değinmek gerekir. Öncelikle, AB hukuku uyarınca etkinlik prensibinin öncelik kazanabilmesi için AB hukukundan doğan bir hakkın ileri sürülmesinin "*zorlaştırılması*" değil, "*aşırı derecede zorlaştırılması*" veya "*imkânsız hale getirilmesi*" gerekmektedir[1133]. Eğer böyle bir "*aşırı zorlaştırma*" veya "*imkânsız hale getirme*" varsa üye devlet mahkemesi AB hukukunun üstünlüğü ve etkinliği prensibinden hareket ederek milli hukukun tarafların tahkim anlaşması yapma özgürlüğünü tanıyan hükmünü uygulamayabilecektir. Ancak kartel anlaşmalarından doğan zararların tahkimde görülmesi kapsamında "*imkânsız hale getirme*" den bahsedilemeyeceği gibi, "*aşırı zorlaştırma*" dan bahsetmek de mümkün görünmemektedir. Tahkim yolunun daha pahalı olması veya daha zahmetli olması "*aşırı derecede zorlaşma*" anlamına gelmez. Bu anlamda davacının müşterek ve müteselsil sorumluluğu bulunan tüm firmaları tek bir tahkim davasında dava edemiyor olması tek başına yeterli bir gerekçe değildir. Zira davacı bu durumda müşterek ve müteselsil sorumluluk hükümlerinden kaynaklanan hakkını kaybetmez, sadece bu sorumluluk altında bulunan kişileri farklı mecralarda dava etmesi gerekir[1134]. Unutulmamalıdır ki bütün bunlar tahkim yoluna gitmenin doğal sonuçlarıdır. *Mitsubishi* kararında mahkemenin ifade ettiği gibi, tahkime giden taraflar (mahkemelerdeki) detaylı bir yargılama usulü ve kararın tekrar incelenebilmesi imkânına karşılık (tahkimdeki) basitlik, daha az resmiyet ve sürati seçmektedirler[1135]. Dolayısıyla Hukuk Sözcüsü'nün etkinlik prensibine dair incelemesi geçerli görünmemektedir. Hukuk Sözcüsü'nün görüşünün ikinci

[1131] Ibid. para. 126.
[1132] Ibid. para. 129.
[1133] Söz konusu kriterler Adalet Divanı tarafından *Courage* ve *Manfredi* davalarında ortaya konmuştur. Bkz. (Courage Ltd. v. Crehan, 2001); (Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA etc, 2006).
[1134] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 427.
[1135] (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985), s. 629.

dayanağı ise kanaatimizce daha büyük bir yanlışı içermektedir. Hukuk Sözcüsü Brüksel I Tüzüğü'nü tahkim anlaşmaları bakımından da uygulamaya çalışmıştır. Ancak tahkim anlaşmalarının kapsamı ve kurulması konuları AB hukukunun kapsamı dışındadır, bunlar ilgili ulusal hukuk tarafından belirlenir. Dolayısıyla bir tahkim şartının kapsamına hangi uyuşmazlıkların gireceği sorusunun cevabı AB hukukunda değildir, bu anlamda bu soruya AB hukuku uyarınca verilen cevapların tahkim anlaşmaları bakımından bir karşılığı yoktur[1136].

AB Adalet Divanı ise kararında, şaşırtıcı bir şekilde, tahkim şartlarının ileri sürülüp sürülemeyeceği konusuna hiç değinmemiştir[1137]. Ancak yetki anlaşmaları bakımından bir ön karar tesis etmiş, tarafların Brüksel I Tüzüğü uyarınca yaptığı münhasır yetki anlaşmalarının taraflar açıkça dâhil etmedikleri sürece rekabet hukukunun ihlalinden doğan haksız fiil kaynaklı talepleri kapsamına almış sayılmayacağını hükme bağlamıştır[1138]. Divan bu kararını temellendirirken Hukuk Sözcüsü'nün görüşünden hareket etmiş, yetki anlaşmalarının Brüksel I Tüzüğü hükümleri uyarınca sadece esas sözleşmenin üzerine kurulduğu belirli hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklar hakkında geçerli olacağını ortaya koymuştur. Bunun sebebi de, söz konusu yetki anlaşmalarının taraflarının beklemedikleri bir durumla karşılaşmasını engellemektir: yetki anlaşmasını içeren bir dağıtım sözleşmesine imza atan ve karşı tarafın hukuka aykırı bir kartel oluşumunun içerisinde olduğunu bilmeyen bir teşebbüsün bu kartelden haksız fiil temelli bir uyuşmazlığın doğacağını öngörmesi beklenemez. Dolayısıyla bu teşebbüs yetki anlaşması ile bağlı olmayacaktır[1139].

AB Adalet Divanı çok tartışılacak bir karara imza atmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Divan, yetki anlaşmalarının kartel zararlarından doğan taleplere uygulanmamasını AB hukukunun etkinliğinin zarar göreceği gerekçesine dayandırmamıştır. Değerlendirme

[1136] Goldsmith, "Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions", s. 20.
[1137] Wong, "The "Middle Way" Review Standard of Arbitral Awards- Safeguarding Effective EU Competition Law Enforcement: The Theoretical Appraisal, Practical Application and Potential Obstacles", s. 12.
[1138] Ibid. para. 67-72.

bütünüyle Brüksel I Tüzüğü çerçevesinde yapılmıştır. Bu bağlamda AB Adalet Divanı'nın verdiği bu kararın –her ne kadar tahkim anlaşmalarına hiç değinmiyor olsa da- kartel zararlarından doğan taleplerin tahkim anlaşmalarının kapsamına girip girmediği konusunda bir etkisinin olup olmadığı sorusuna cevabın olumsuz olması gerektiği kanaatindeyiz. Yukarıda belirtildiği üzere eğer Divan kararını AB hukukunun etkinliği prensibi üzerine kursa idi, en azından iptal veya tenfiz aşamasında ulusal mahkemenin bu prensibi dikkate almaları zorunlu olduğundan, CDC ön kararının tahkim şartlarının kapsamı konusunda da bir etkisi olacağı düşünülebilirdi. Ancak Brüksel I Tüzüğü tahkim anlaşmalarının kurulması, geçerliliği veya kapsamı hakkında hiçbir etkiye sahip değildir[1140]. Bu anlamda CDC ön kararında AB hukuku bağlamında tahkim anlaşmalarının kartelden kaynaklanan haksız fiil taleplerini kapsamayacağı iddiasını destekleyen hiçbir ifade yer almamaktadır. Her hâlükârda, AB Adalet Divanı'nın tahkim anlaşmasının kurulması sırasında tarafların karteli ve bundan doğan zararların tahkim şartının kapsamına gireceğini bilmemesinin bu tarafın dezavantajına olabileceği yönündeki görüşü de kanaatimizce haklı değildir. Zira uluslararası tahkimde kural olarak tarafların tahkim anlaşmasının kurulması aşamasında hukuka aykırı durumdan mutlaka haberdar olması aranmamaktadır[1141]. Özellikle sahtecilik iddialarının olağan tahkim şartları kapsamında ileri sürülebileceğinin kabulü bu tezi doğrular niteliktedir. Gerçekten de taraflardan birinin diğerinin sahtecilik fiilini sözleşmenin kurulduğu aşamada bilmesi mümkün olmamakla birlikte bu yöndeki iddiasını tahkimde ileri sürebileceği kabul edilmektedir[1142]. Hal böyle iken Divan'ın kararının bu açıdan da tahkim şartlarının kapsamı konusunda geçerli olmayacağı kanaatindeyiz.

Görüldüğü üzere, çeşitli mahkemeler rekabet hukukundan doğan zararların haksız fiil kapsamında tahkime konu olup olmayacağı konusunda farklı yaklaşımlar geliştirmişlerdir. Bu

[1139] Ibid. para. 68-70.
[1140] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 425.
[1141] Wong, "The "Middle Way" Review Standard of Arbitral Awards- Safeguarding Effective EU Competition Law Enforcement: The Theoretical Appraisal, Practical Application and Potential Obstacles", s. 13.

bağlamda rekabet hukuku özelinde durumun genel olarak haksız fillerin tahkime konu olması bağlamındaki esnek ve kapsayıcı yaklaşımla tam bir paralellik içerisinde olduğu konusunda şüpheler bulunmaktadır. Özellikle kartel zararları bakımından daha katı bir yaklaşım sergilenmiştir. Mahkemelerin incelemelerinde genel itibarıyla tahkim şartının lafzından ziyade, rekabet hukukundan kaynaklanan haksız fiil ile esas sözleşme arasındaki bağı incelemeye yoğunlaştıkları görülmektedir. Bu noktada yukarıda bahsi geçen haksız fiil ile sözleşme arasında "*yeterince sıkı bir bağlantının* ("*sufficiently close connection*")" ölçüsünün ne olması gerektiği konusunda yeniden bir değerlendirme yapılmalıdır. Bir başka deyişle, hangi halde rekabet hukukundan doğan haksız fiil ile taraflar arasındaki sözleşme arasında "*yeterince sıkı bir bağlantının*" ortaya çıktığı kabul edilmelidir? Kanaatimizce, bir satım sözleşmesinde, satıcının, üçüncü kişilerle akdettiği yatay anlaşmaların veya uyumlu eylemlerin sonucu olarak, alıcıya çok yüksek bir bedelle mal satması veya hizmet sunması halinde yeterince sıkı bir bağlantı oluşmuştur. Bunun iki sebebi vardır. İlki, satım sözleşmesi akdedilmemiş olsa alıcının böyle bir haksız fiile maruz kalmayacağının açık olmasıdır. İkincisi ise, esasında satım sözleşmesinin hukuka aykırı olan yatay anlaşmanın veya uyumlu eylemin hayata geçirilmesinin ve dolayısıyla zararın ortaya çıkmasının aracı olmasıdır[1143].

Her halde, tahkim şartının lafzı ve rekabete aykırı fiille bağlantısı incelenirken, genel olarak haksız fiillerin tahkime konu olması bağlamındaki yaklaşımda görüldüğü üzere, mahkemelerce tarafların tahkim iradelerine geçerlilik tanıma ve bu bağlamda tüm uyuşmazlıklarını tek bir mercide çözmek istemek prensiplerine öncelik verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu durum, özellikle kartel zararlarını konu alan ihlal sonrası tazminat davalarının tahkimde görülmesinin mahkeme yargısına göre daha avantajlı olduğu anlamına gelmez. Gerçekten de kartel zararları genellikle çok sayıda taraf ve hukuki ilişkiyi içerirler. Kartel zararının failleri AB Tazminat Direktifi bağlamında da kural olarak müşterek ve

[1142] Goldsmith, "Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions", s. 23.

müteselsil sorumluluk altındadırlar[1144]. Ancak tahkimde elde edilen hüküm sadece tahkim sözleşmesinin taraflarını bağlayacaktır. Bu durum davacılar tarafından bir dezavantaj –farklı yargı mercilerinde hak arama- oluşturabileceği gibi, davalılar bakımından da tahkimde haklı bulunsa dahi başka yargı mercilerinde aynı iddia ile tekrar karşılaşma riski doğurabilecektir. Bu sorunu gidermek için tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yahut üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına davet edilmesi de pratikte her zaman mümkün olmayabilir. 2014 tarihli Tazminat Direktifi bu konuda bazı çözümler sunmaktadır[1145]. Özellikle Direktif' in 19(2). Maddesi –tahkimin de bir türünü teşkil ettiği- "rızai uzlaşma" yoluna gitmeyen davalıların –bu durumda kartel taraflarının- bu yola giden davalılardan müşterek ve müteselsil sorumluluk bağlamında rızai uzlaşma yoluna giden davacının arta kalan talepleri bakımından katkı isteyemeyeceklerini düzenlemektedir. Dolayısıyla davalının hakem kararı sonucunda ödediği

[1143] Nazzini, **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, s. 427.

[1144] AB Tazminat Direktifi m. 11 ve 19.

[1145] 2014 tarihli Tazminat Direktifi açıkça tahkime atıf yapmaktadır. Direktif, "rızai uyuşmazlık çözümü" diye bir kavramdan bahsetmekte ve mahkeme dışı uzlaşma, tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma yollarının bu kavrama dahil olduğunu ilan etmektedir. Direktife göre rızai uyuşmazlık çözümü "tarafların zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıklarını mahkeme dışında çözümüne olanak tanıyan her türlü mekanizma" olarak tanımlamaktadır (m. 4, para. 21). Direktif, yukarıda sayılanlar haricinde, rızai uyuşmazlık çözümüne ilişkin şu özel hükümleri getirmektedir: taraflar arasında yürüyen bir rızai uyuşmazlık çözümü mekanizması varsa zamanaşımının durması; yine mahkeme önündeki davalarda yürüyen rızai uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bekletici mesele yapılması; rızai uyuşmazlık çözümü sonucu ödenen miktarların rekabet otoritelerinin vereceği idari para cezalarının belirlenmesi aşamasında dikkate alınması. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reilly, "Private Damages in EU Competition Law and Arbitration: A Changing Landscape", s. 578-582. Direktif' in bunlar dışındaki hükümlerinin tahkim kapsamında uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışma konusudur. Nazzini' ye göre bu hükümlerden esasa ilişkin olanlar hakemlerce uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanacak, ancak usule ilişkin olanlar sadece devlet mahkemeleri bakımından geçerli olacaktır. Goldsmith'e göre ise usule ilişkin hükümler ancak tahkim yeri veya muhtemel tenfiz yeri hukukuna göre kamu düzeninin bir parçası olarak algılandığı ölçüde hakem heyetini bağlayacaktır. Reilly de aynı görüştedir. Bkz. Renato Nazzini, **Arbitration, Competition Law and EU Damages Directive** (n.d.) (Çevrimiçi) www.uianet.org 10.03.2017, slayt no. 12; Goldsmith, "Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions", dn.3; Reilly, "Private Damages in EU Competition Law and Arbitration: A Changing Landscape", s. 584-585. Ayrıca Direktif aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin de önemli çözümler getirmektedir. Direktif ile AB rekabet hukukunda rekabet hukuku ihlali ile fiyat artışına maruz kalan ilk alıcılar eğer bu artışı kendi alıcılarına yansıttılar ise ileri sürdükleri rekabet hukuku ihlalinde ihlalcinin ilk alıcının bu durumunu (zarara uğramadığını) bir savunma olarak ileri sürmesi ("aktarma savunması/ passing on defence") kabul edilmiştir. Aynı zamanda bu aktarmaya maruz kalan dolaylı alıcıların da rekabet hukuku ihlaline karşı tazminat talebinde bulunabileceği ("dolaylı alıcı kuralı") de Direktif ile kabul edilmiştir. Bunun sonuçları ve Türk rekabet hukuku hakkında değerlendirmeler için bkz. Erdem Büyüksağiş, Tuğçe Koyuncu, "Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesinde Yer Alan Aktarma (Passing On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı" **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Sayı 32(1), 2016; Kadir Baş, "Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing- On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler" **Rekabet Dergisi**, Sayı 12(4), 2011.

bedeli başka yargılama makamları nezdinde verilen bir başka yargı kararı uyarınca tekrar ödemesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Tazminat Direktifi' nin 19(4). maddesi ise, devlet mahkemelerine davalının önceki rızai uzlaşma prosedürleri bağlamında ödediği tazminat miktarlarını dikkate alma yükümlülüğü getirmektedir. Bunun yanı sıra, tahkimdeki bu risklerin değişik üye devlet mahkemeleri bakımından da geçerli olduğunu ifade etmek gerekir. Gerçekten de birden fazla devlet mahkemesi nezdinde farklı davalar açılması durumunda bunların da birleştirilmesi konusunda bir usul söz konusu değildir. Dolayısıyla paralel yargılamaların veya birbiri ile çelişen kararların önüne geçmek tahkim şartının söz konusu olmadığı hallerde de mümkün olmayabilir[1146].

Bütün bu veriler ışığında, söz konusu ihlal sonrası davalar bakımından tahkim yoluna gidip gitmemenin mahkemenin tahkim şartının kapsamına ilişkin yaptığı bir yoruma bağlı olmaktan ziyade tarafların basiretli tacirler olarak kendilerinin verdiği bir karar olması, eğer taraflar bu tip uyuşmazlıkların tahkimde görülmesini istemiyorlarsa tarafların iradelerini o yönde kullanmalarına imkân tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu noktada şu hususu da hatırlatmak gerekir: her ne kadar AB Adalet Divanı'nın kararı tahkim hakkında herhangi bir hüküm içermese de, üye devlet mahkemelerinin bu kararı tahkim anlaşmalarının kapsamı bakımından da etki tanımaları yönünde bir ihtimalden de bahsedilebilir[1147]. Bu durumda, AB devletlerinin tahkim veya muhtemel tenfiz yeri olması olasılığının yüksek olduğu hallerde tarafların tahkim şartı akdederken açıkça kartel zararlarından doğan uyuşmazlıkların da tahkim şartı kapsamına gireceğini belirtmeleri daha ihtiyatlı bir yaklaşım teşkil edecektir[1148].

[1146] Goldsmith, "Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions", s. 227.

[1147] Nitekim Amsterdam İstinaf Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta AB Adalet Divanı'nın bu davadaki görüşünden hareketle ihlal kararını takip eden tazminat davaları bakımından tahkim anlaşması ile yetki anlaşması arasında ayrım gözetmeksizin bir karar tesis etmiştir. Bkz. Gordon Blanke, "The CJEU's Ruling in CDC v. Akzo Nobel and Its Implications for Arbitrating Cartel Disputes" **Global Competition Litigation Review,** Vol, (3), 2015, s. 67.

[1148] Wong, "The "Middle Way" Review Standard of Arbitral Awards- Safeguarding Effective EU Competition Law Enforcement: The Theoretical Appraisal, Practical Application and Potential Obstacles", s. 13.

IV. DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

"SUPRANASYONEL" BİR TAHKİM Mİ? - BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA BİR İZLEME YÖNTEMİ OLARAK TAHKİMİN KULLANILMASI[1149]

Yukarıda rekabet hukukunun tahkime konu olması rekabet hukukunun klasik fonksiyonlarından olan rekabetin anlaşma ve uyumlu eylemler yoluyla sınırlanması ile hâkim durumun kötüye kullanılması açısından ele alınmıştır. Peki rekabet hukukunun bir diğer unsuru olan birleşme- devralmalar bakımından tahkimin durumu nedir? Bu konu hakkında özellikle Avrupa'da son yıllarda çok ilginç gelişmeler yaşanmaktadır. AB Komisyonu tahkimi birleşme ve devralma taahhütlerinin etkinliğini izlemekte bir araç olarak kullanmakta ve bu noktada uluslararası tahkimin yaygın olarak kabul görmüş "*taraf iradesi*", "*sözleşmeye dayanma*" ve "*gizlilik*" gibi geleneksel prensipleriyle örtüşmediği ileri sürülen; tek taraflı irade beyanına dayanıp, Komisyon'un müdahalesine açık olan ve nihayetinde verilen kararın da Komisyon'a bildirilerek bu kararın Komisyon tarafından yayımlandığı bir tahkim sistemi ortaya çıkmaktadır. Bu tahkim sistemi "*sui generis tahkim*", "*düzenleyici tahkim*[1150]" ve hatta "*supranasyonel tahkim*[1151]" olarak isimlendirilmiştir.

Bu bölümde, bahsi geçen adlandırmaların ne ölçüde geçerli olduğu incelenecektir. Bunun için öncelikle AB bağlamında birleşme ve devralma sistemi kısaca ele alınacak, daha sonra Komisyon tarafından geliştirilen bu "yeni" tahkimin nitelikleri Komisyon kararları çerçevesinde masaya yatırılacaktır. Konuya sırasıyla Amerikan hukukunun ve Türk hukukunun yaklaşımı ele alındıktan sonra nihayet, birleşme ve devralmalarda bir izleme aracı

[1149] Esasında birleşmeler anlamında tahkim taahhütleri dışında, TFEU m. 101/3 uyarınca verilen muafiyet kararları (ve özellikle blok muafiyetler) ve 1/2003 sayılı Tüzüğün 9. maddesi uyarınca TFEU m. 101 ve 102'ye aykırılık durumunda yürütülen soruşturmalarda verilen taahhütlere de tahkim şartı konulmaktadır. Ancak bunların nitelikleri ve hareket ettiği prensipler birleşme alanında kullanılanlarla neredeyse aynı olduğundan ve Komisyon'un ilk grup bakımından daha yoğun bir uygulaması olduğundan, muafiyetler ve TFEU m. 101 ve 102. madde ihlalleri bağlamındaki taahhütlerde öngörülen tahkim şartları ayrıca incelenmeyecektir. Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Blanke, "International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU".

[1150] Blessing, **Arbitrating Merger Control Issues**, s. 170.

olarak tahkimin klasik uluslararası tahkimle farkları ve bu farkların bu iki kavramı ne derecede ayrıştırdığı konusunda değerlendirmelerde bulunulacaktır.

A. AB'de birleşme ve devralmalarda bir izleme yöntemi olarak tahkimin kullanılması

1. AB birleşme ve devralma kontrolü sistemine genel bir bakış ve konunun gelişimi

AB'de birleşme ve devralmalar bakımından hâlihazırda yürürlükte olan temel yasal düzenleme 2004 tarihli Birleşme Tüzüğü'dür[1152]. Bunun yanında yine 2004 tarihli Uygulama Tüzüğü[1153] de Birleşme Tüzüğü'nün tamamlayıcısı niteliğindedir. Bunun yanında, bağlayıcı hukuk statüsünde olmamakla birlikte, Komisyon'un konuya ilişkin görüşlerini yansıtan ve taraflarda Komisyon'un tavrı konusunda haklı bir beklenti oluşturduğu ölçüde bağlayıcı olan[1154] gözden geçirilmiş[1155] Çözümler Hakkında Komisyon Duyurusu[1156] da konuya ilişkin metinlerden bir diğeridir. Söz konusu metinlerin yürütülmesinden ise AB Komisyonu sorumludur[1157].

AB birleşme rejiminin temel amacı, Ortak Pazar'ın tamamında veya önemli bir kısmında rekabeti önemli ölçüde sınırlama yahut bozma etkisi doğurması muhtemel birleşme faaliyetlerinin engellenmesidir[1158]. Bu anlamda Tüzüğün uygulanma alanı bakımından da

---

[1151] Gordon Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, Gröningen, Europa Law Publishing, 2006, s. 184.

[1152] Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 139/2004 sayı ve 20 Ocak 2004 Tarihli Konsey Tüzüğü ("Birleşme Tüzüğü"), OJ 2004 L24/1.

[1153] Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 139/2004 sayı ve 20 Ocak 2004 Tarihli Konsey Tüzüğü'nün Uygulamasına Dair Komisyon Tüzüğü ("Uygulama Tüzüğü"), OJ 2004 L133. Bu Tüzük en son 2013 yılında değişikliklere uğramıştır.

[1154] Gordon Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1605-1724), The Hague, Kluwer Law International, 2011.), para. 46-011.

[1155] Orijinal Duyuru 2004 tarihli olup, en son 2008 yılında gözden geçirilmiş metin yayınlanmıştır.

[1156] 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü Tahtında Kabul Edilebilir Çözümler Hakkında Komisyon Duyurusu, O.J. 2008, C267/1.

[1157] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 8.

[1158] Birleşme Tüzüğü m. 2/2 ve 2/3.

TFEU'daki rekabet hukuku hükümleri gibi[1159] ülkesellik prensibi söz konusu değildir. Dolayısıyla ilgili teşebbüslerin AB dışında bulunması yahut birleşme devralma konusu işlemin AB dışındaki bir ülke hukukuna tâbi olması önem taşımaz[1160]. Bu etkiye sahip birleşmeleri[1161] tespit edebilmek için bu birleşmelerden belirlenen ciro eşiğini[1162] aşanların Komisyon'a bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Komisyon'un yaptığı değerlendirme kural olarak sadece rekabete ilişkindir: innovasyon, etkinliğin sağlanması gibi faktörler dikkate alınmaz[1163]. Bu değerlendirme iki aşamalıdır. İlk aşama, bildirimlerin çoğunun değerlendirildiği aşamadır ve tamamlanması için oldukça kısa ve katı süre limitleri öngörülmüştür[1164]. İlk aşamanın sonunda, eğer Komisyon bildirim konusu birleşme işleminin Ortak Pazar'a uygunluğu bakımından ciddi ve giderilmemiş şüpheler bulunduğu sonucuna varırsa, daha derinlikli bir incelemenin söz konusu olduğu ikinci aşamaya geçilir[1165]. İkinci aşama birinciye göre oldukça uzun sürebilir[1166]. Her iki aşama sonucunda da eğer Komisyon bildirim konusu birleşmenin Ortak Pazar içindeki rekabete olumsuz bir etkisi olmayacağını tespit ederse, bir izin kararı verecektir[1167]. AB içerisinde birleşme rejiminin ilk kabul edildiği

[1159] Bkz. yukarıda s. 144 vd.

[1160] John Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1563-1604), The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 45-006.

[1161] Esasında Tüzükte kullanılan ifade "yoğunlaşma" dir. Yoğunlaşma, birleşme ve devralmalardan daha geniş bir kavram olup, Tüzükte "Tanımlar" başlığı altında i) daha evvel bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün veya bir bölümünün birleşmesi; ii) hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya birkaç kişi tarafından veya bir veya birkaç teşebbüs tarafından, teminat veya varlıkların satın alınmasıyla, sözleşme veya başka bir yolla, bir veya birkaç teşebbüsün tamamının veya bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün devralınması sonucunda kalıcı şekilde kontrol değişikliği meydana gelmesi halinde ortaya çıkacak bir durum olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda yoğunlaşma, birleşme ve devralmalar yanında örneğin joint venture'ları da kapsayacaktır. Bkz. Gönenç Gürkaynak, Öznur İnanılır, Ceren Yıldız, et al., "2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi" **Rekabet Dergisi**, Sayı 13(4), 2012 s. 100-101. Ancak Türk rekabet hukuku bakımından ve AB literatürünün de önemli bir kısmında "birleşme" kavramına ağırlık verildiği için bu kavram tercih edilmiştir. Ancak bu ifadeden ve "birleşme devralma" ifadesinden AB kontekstinde yoğunlaşma ifadesi anlaşılmalıdır.

[1162] Tüzüğün 1/2. Maddesinde bu esikler detaylı olarak belirlenmiştir. Çalışmanın kapsamı gereği bunlara değinilmeyecektir.

[1163] Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners", para. 45-003; Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 10.

[1164] Birleşme Tüzüğü m. 4/4 ve 10/1.

[1165] Ibid. m. 6(1)(c).

[1166] Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners", dn. 10.

[1167] Birleşme Tüzüğü m. 2/2.

yıl olan 1990'dan Mart 2017'ye kadar geçen sürede, Birleşme Tüzüğü uyarınca Komisyon'a yapılan toplam 6493 bildirimin 5707'si hakkında birinci aşama sonunda[1168], 58'i hakkında ise ikinci aşama sonunda[1169] herhangi bir şarta tâbi kılınmaksızın izin kararı verilmiştir[1170].

Birleşme için bildirimde bulunan tarafların bu şekilde bir izin kararı alabilmek, dolayısıyla Komisyon'un rekabet hakkındaki potansiyel endişelerini gidermek için belirli taahhütlerde bulunmaları da mümkündür[1171]. Bu taahhütler Komisyon tarafından kabul edildiği takdirde izin kararı söz konusu taahhütler çerçevesinde şartlı olarak verilmiş olacaktır. Taahhütlerin yasal dayanağı Birleşme Tüzüğü'nün birinci aşama inceleme bakımından 6/2 ve ikinci aşama inceleme bakımından 8/2. maddeleridir. Her iki maddede de izin kararı almak isteyen teşebbüsler tarafından bildirim konusu birleşme devralmanın "modifikasyonundan" ve böylece rekabete aykırılıkla ilgili endişelerin giderilmesinden bahsedilmektedir. Ancak "birleşme devralmanın modifikasyonu" ifadesi oldukça geniş yorumlanmakta ve bildirim konusu birleşme devralmanın kapsamı dışında kalan taahhütler de Komisyon tarafından kabul görmektedir[1172]. Taahhütlerin Komisyon'un rekabete aykırılık konusundaki endişelerini giderdiğinin kabul edilebilmesi için belirli kriterler öngörülmüştür. Bunlar, önerilen çözümün rekabete aykırılığa ilişkin endişeleri bütünüyle ortadan kaldırıyor olması, bu endişeleri kendi başına (Komisyon'un ek bir idari süreç başlatmasına gerek kalmaksızın) gidermesine yeterli olması, kısa süre içerisinde hayata geçirilebilir olması, kesin bir çözüm niteliği taşıması –bu anlamda çözümün pratikte uygulanabilir olduğunun

[1168] Birleşme Tüzüğü'nün 6/2. maddesi uyarınca.
[1169] Birleşme Tüzüğü'nün 8/2. maddesi uyarınca.
[1170] Istatistik için kaynak: EC Commission Web Page (n.d.) http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf 15.03.2017
[1171] Manuel Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control" **Common Market Law Review**, Vol. 49, 2012, s. 1915.
[1172] Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners", para. 45-016.

ispatlanması [1173] -, söz konusu taahhüde uyulup uyulmadığının izlenebilir olması gibi kriterlerdir[1174].

Komisyon'un rekabete aykırılık konusundaki endişelerini gidermek için birleşme devralma işleminin taraflarınca önerilen taahhütlerin yapısal ("*structural*") veya davranışsal ("*behavioural*") olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Bildirim yapan taraflarca bir iş biriminin elden çıkarılarak üçüncü kişi rakibe satılması yapısal nitelikte bir taahhüt olarak kabul edilirken, üçüncü kişi rakiplere karşı gelecekteki ticari ilişkiler kapsamında belirli bir şekilde davranılması vaadi davranışsal nitelikte bir çözümdür[1175]. Dolayısıyla yapısal çözümler rekabete dair endişeyi doğrudan pazarı yeniden şekillendirme yoluyla çözmeyi hedeflerken, davranışsal çözümler bireysel olarak teşebbüslerin pazarın rekabete aykırı hale gelmesine yol açabilecek davranışlarda bulunmalarını engelleme düşüncesiyle tarafların ticari tutumlarını kontrol altına almayı amaçlar[1176]. En yaygın görülen davranışsal taahhütler şunlardır: birleşen tarafın tekel pozisyonunda olduğu teknolojik veya fiziksel altyapıya erişim hakkı vermesi; birleşen taraf ile üçüncü kişi rakip arasında satış veya tedarik ilişkileri kurulması, var olanların devam ettirilmesi; birleşen tarafın üçüncü kişi rakip lehine mevcut münhasır yahut uzun süreli sözleşme ilişkilerini sonlandırması veya birleşen taraf ile müşterileri arasında birleşen tarafın rakibinin zararına olan dağıtım anlaşmalarının sonlandırılması.[1177] Davranışsal taahhütler, doğrudan etkili olan ve derhal uygulanabilen yapısal taahhütlerin aksine, uzun süreli izleme mekanizmalarının varlığını

[1173] Örneğin ilgili teşebbüsler bir işletmenin satışını önermişlerse bu satışın gerçekten alıcı bulabileceğinin ortaya konması gerekir. Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners", para. 45-026.

[1174] Çözümler Hakkında Komisyon Duyurusu, para. 9-17.

[1175] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-004.

[1176] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 14.

[1177] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-005.

gerektirmektedir[1178]. Gerçekten de bildirim yapan tarafların belirli bir yönde davranma taahhütlerine orta- uzun vadede uyup uymadıklarının tespiti, bu taahhütlerin etkinliği bakımından çok büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple Komisyon, tarihsel olarak yapısal taahhütleri her zaman tercih etmiş, uzun süreli izleme masraflarına katlanmak yerine kısa vadede piyasayı şekillendirerek endişelerini gidermeyi daha uygun bulmuştur[1179]. Ancak bu taahhüt biçimi özellikle uluslararası iş dünyası tarafından çıkarlarına ters düştüğü için eleştirilmiş, bir iş kurmak için bir diğer işten vazgeçme düşüncesine sıcak bakılmamıştır[1180]. Komisyon'un yapısal taahhütleri her koşulda tercih etme yönündeki bu tutumu, Avrupa İlk Derece Mahkemesi[1181]'nin *Gencor*[1182] kararıyla değişmiştir.

Gencor kararında İlk Derece Mahkemesi, taahhütler bakımından kritik noktanın bunların bildirim konusu işlemi Ortak Pazar'a uygun hale getirip getirmediği olduğunu; dolayısıyla bir taahhüdün yapısal veya davranışsal olmasının tek başına bir önemi bulunmadığını; her ne kadar yapısal çözümlerin izleme gerektirmemesi ve çabuk uygulanabilmesi sebebiyle avantajları bulunsa da, ilk bakışta davranışsal olarak değerlendirilen erişim hakkı sağlanması gibi bir çözümün da pekâlâ rekabetin zarar görmesi kaynaklı endişeleri giderebileceğini hükme bağlamıştır[1183]. İlk Derece Mahkemesi *easyjet v. Commission*[1184] kararında bu görüşünü tekrarlamıştır. Bu yaklaşım daha sonra *Tetra Laval*[1185] kararı ile AB Adalet Divanı tarafından da onaylanmıştır. Gerçekten de özellikle yüksek teknoloji gibi piyasalarda pazar koşulları çok sık değiştiğinden, davranışsal çözümlerin bu

[1178] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1916.
[1179] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 15.
[1180] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-007.
[1181] Şimdiki adıyla Genel Mahkeme.
[1182] (Gencor v. Commission , 1999).
[1183] Ibid. para. 318-319.
[1184] (easyJet v. Commission, 2006)
[1185] (Commission v. Tetra Laval BV, 2005)

değişimlere daha rahat ayak uydurabileceği de düşünülebilir[1186]. Ancak yine de bu durum, davranışsal taahhütlere uyulup uyulmadığının orta-uzun vadede izlenmesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Komisyon, farklı vesilelerle böyle bir izlemeyi yapabilecek gerek maddi gerek personel kaynağına sahip olmadığını belirtmiştir[1187]. Ancak İlk Derece Mahkemesi *ARD v. Commission* [1188] kararında bu konudaki görüşünü de ortaya koymuş, izleme gereksiniminin – eğer izleme konusu taahhüt rekabet sorunlarına etkin bir çözüm getiriyorsa- başlı başına bir olumsuzluk olarak değerlendirilemeyeceğini hüküm altına almıştır[1189].

Bu gelişmeler üzerine Komisyon, davranışsal taahhütlerin izlenmesinde üçüncü kişilerden destek alma yoluna gitmeye başlamıştır. Bu bağlamda bazı hallerde söz konusu izleme fonksiyonu ulusal düzenleyici otoritelere emanet edilmiştir[1190]. Ancak çoğu halde Komisyon orta uzun vadeli izlemek için tahkim şartını yeterli kabul etmiştir. 1992 yılındaki ilk karardan[1191] bu yana tahkim, davranışsal taahhütler bağlamında bir izleme aracı olarak kullanılmaktadır[1192]. Ancak 2008 yılındaki Çözümler Hakkında Komisyon Duyurusunda davranışsal çözümlerin kabulünden ve izleme konusunda tahkimin rolünden açıkça bahsedilmektedir. Duyuru yapısal nitelikteki elden çıkarmaların en etkili yol olduğunu belirttikten sonra[1193], "diğer çözüm türlerinin" de kabul edilebileceğini açıkça ifade etmiş, ancak bunu bir şarta bağlamıştır: bu şart, bu çözüm türlerinin uygulamasının orta- uzun vadede etkin bir şekilde izlenmesi için bir mekanizma öngörülmesidir[1194]. Söz konusu "diğer çözüm türleri", etki bakımından yapısal çözümlerle denk bir çözüm üretmeleri, bu anlamda

[1186] Katri Paas, "Non Structural Remedies in EC Merger Control" **European Competition Law Review**, Vol. 27(5), 2006, s. 215.
[1187] Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners" para. 45-133.
[1188] (ARD v. Commission, 2003)
[1189] Ibid. para. 211 ve 295-297.
[1190] *Verbund/ Energie Allianz* ve *T- Mobile Austria/ Tele.Ring* kararlarında Avusturya'da enerji konusunda düzenleyici otorite olan E- Control izleme fonksiyonunu üstlenmeyi kabul etmistir. Bkz. (Verbund/ Energie Allianz, 2003; (T- Mobile Austria/ Tele.Ring, 2006).
[1191] (Elf Aquitane- Thyssen v. Minol, 1992)
[1192] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-155.
[1193] Çözümler Hakkında Komisyon Duyurusu, para. 15.
[1194] Ibid. para. 13-16.

"yarı- yapısal" etki doğurmaları durumunda kabul edileceklerdir [1195] . Bu etkiyi doğurabilmeleri için söz konusu davranışsal çözümlerin etkin şekilde izlenmelerinin gerekliliği ve taahhütten yararlanmak isteyen pazar katılımcılarının bu izlemeyi kendilerinin yapmalarının önemi vurgulanmış, bunun ise hızlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim yolu ile yapılabileceği ifade edilmiştir. Böylece çözümlerde önerilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediği pazar dinamikleri içerisinde değerlendirilecek, Komisyon'un ayrıca bir izleme yapmasına gerek kalmayacak, Komisyon'un ancak tarafların uyuşmazlık çözüm yolu sonucunda verilen karara uymamaları halinde müdahale etmesi gerekecektir[1196].

Bu noktada bir parantez açmak ve AB birleşme devralma sisteminde uzmanların ("*trustee*" [1197]) rolüne değinmek gerekir. Özellikle yapısal nitelikte olan elden çıkarma taahhütleri bağlamında uzmanlar kilit bir rol oynamaktadır. Bunlar genel olarak yapısal taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğini denetleyen veya kimi zaman bunları tarafların yerine hayata geçiren, taraflarca önerilen ancak taraflardan bağımsız, Komisyon'un onayına tâbi ve bir nevi yardımcısı olarak görev yapacak ancak masrafları taraflarca karşılanan uzmanlar olarak tarif edilebilir[1198]. İlk olarak denetleyici uzman ("*monitoring trustee*"), elden çıkarma sürecinde Komisyon'un gözü kulağı gibi hareket ederek süreçle ilgili olarak Komisyon'a düzenli olarak –aylık- rapor verecek, elden çıkarılan işkısmının mallarının ve kilit personelinin, dolayısıyla ekonomik rekabet gücünün korunup korunmadığıyla ilgili Komisyon'u bilgilendirecektir [1199] . Bunun yanında potansiyel alıcılarla ilgili olarak Komisyon'u bilgilendirmek, bunlarla ilgili görüşlerini sunmak ve bu kişilerle iletişim noktası olarak hareket etmek de denetleyici uzmanın görevleri arasındadır [1200] . Uygulamada

[1195] Çözümler Hakkında Komisyon Duyurusu, para. 61.
[1196] Ibid. para. 66.
[1197] "Trustee" kavramının rekabet hukuku bağlamındaki karşılığı olarak Türk Medeni Kanunu'nun Üçüncü Kısmında (m. 396-492) tanımlanan hukuki kavram ile birebir örtüşmemesinden dolayı "kayyum" ifadesi yerine "uzman" ifadesi tercih edilmiştir.
[1198] Nazlı Varol, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezleri No. 101, 2009, s. 41.
[1199] Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners", para. 45-108.
[1200] Varol, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler**, s. 42.

denetleyici uzman denetim yahut danışmanlık firmalarının denetleyici uzmanlık görevine getirilmeleri Komisyon tarafından tercih edilmektedir. Ancak Komisyon birleşen şirketlerin kendi denetmenlerinin veya bunlarla iş ilişkisi içerisinde olan – örneğin vergi konusunda danışmanlık sağlayan- yatırım bankaları yahut denetim şirketlerinin denetleyici uzman olarak görev yapmalarına onay vermemektedir[1201]. İkinci olarak Komisyon, münhasıran –tarafların elden çıkaramadığı- iş kısmını minimum satış bedeli olmaksızın ve uygun göreceği koşullarda elden çıkarma yetkisine sahip bir elden çıkarma uzmanının ("*divestiture trustee*") belirlenmesini de bildirimde bulunan taraflardan bekleyebilir. Elden çıkarma uzmanı da aynı şekilde Komisyon'a bilgi verecek ve elden çıkarmayı Komisyon'un onayı ile yapacaktır. Neredeyse tüm elden çıkarma taahhütlerinde elden çıkarma uzmanına dair bir hükmün varlığının beklendiği bilinmektedir[1202]. Denetleyici uzman ile elden çıkarma uzmanı farklı kişiler de olabilir, ancak uygulamada genelde bir kişi veya kurumun bu iki ayrı fonksiyonu icra ettikleri görülmektedir[1203]. Her hâlükârda bu iki uzmanın görev ve yetkilerinin sınırları taahhütlerle belirlenecektir[1204]. Ancak bu yetkilerin bir yargılama yetkisini kapsamadığı söylenebilir[1205].

Peki söz konusu uzmanların davranışsal taahhütler bakımından rolü ve bu bağlamda tahkimle ilişkisi nedir? Çözümler Hakkında Duyuru' da elden çıkarma taahhütleri bağlamında ortaya konan ilkelerin uygun düştüğü ölçüde diğer taahhütler bağlamında da uygulanabileceği belirtildikten sonra, davranışsal nitelikteki taahhütlerin beklenen sonuçları doğurup doğurmadığı bağlamında uzun süreli izleme gerektirdiği tekrarlanmış, böyle bir izlemenin ise iki şekilde yapılabileceği ortaya konulmuştur: Denetleyici uzman atanması veya

[1201] Cook, "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners", para. 45-107.
[1202] Varol, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler**, s. 43.
[1203] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, dn. 22.
[1204] Çözümler Hakkında Duyuru, para. 126.
[1205] Ibid. s. 60.

hızlandırılmış bir tahkim yargılaması öngören bir şartı eklenmesi[1206]. Komisyon'un geçmişte bu iki seçeneği birlikte kullandığına da dikkat çekilen Duyuru'da, böyle bir durumda denetleyici uzmanın hem taahhütlere uyulup uyulmadığını genel olarak denetleyeceği, hem de tahkim sürecinin hızlı bir şekilde tamamlanmasını teminen hakem heyetine "*yardımcı olacağını ("assist")*" belirtmiştir. Dolayısıyla tahkim şartının varlığı halinde tahkim sürecinde uzmanın rolü tâlî nitelikte olacaktır. Gerçekten de denetleyici uzmanın hakem heyetini somut olayda birleşme mekanizmasının ne şekilde işlediği ve taahhüdün kapsamı ile bu bağlamda hakem heyetini çözümünü bekleyen konular hakkında bilgilendirmesi, özellikle de piyasa koşulları ve pazar özellikleri hakkında bilgisini paylaşması tahkimin hızlı bir şekilde ilerlemesini kolaylaştıracaktır. Ancak uzmanın rolünün bununla sınırlı olarak kalması ve yetkilerinin hakemin yargısal yetkileri ile bütünüyle ayrı olduğunun anlaşılması çok önemlidir. Aksi halde tahkimin işleyişi tehlikeye girebileceği gibi, denetleyici uzmanın rolü de hukuki açıdan tartışmaya açık hale gelecektir[1207]. Taahhütteki tahkim şartı kaleme alınırken bu hususun da göz önünde bulundurulması son derece önemlidir[1208].

[1206] Çözümler Hakkında Duyuru, para. 127 ve 130.

[1207] Bu noktada Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin *Microsoft* kararı büyük önem taşımaktadır. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki bu karar esasında birleşme kontrolü süreçlerine değil, EC m. 82'nin ihlali durumunda denetleyici uzmanın rolüne ilişkindir. Ancak denetleyici uzmanın görev alanının belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir karardır. Karar konusu olayda Komisyon Microsoft'un EC m. 82'yi ihlal ettiği yönünde bir karar vermiş, çeşitli yaptırımlar öngörmüş, ayrıca Microsoft'un bu yaptırımlara uyup uymadığını izlemek için Microsoft'un belirlenen sürede Komisyon'a yardımcı olacak bir izleme mekanizması oluşturması gerektiğine hükmetmiş, bu mekanizmanın Microsoft'tan bağımsız ancak masrafları Komisyon tarafından karşılanacak bir denetleyici uzmanı içereceğini karara bağlamış ve eğer Komisyon Microsoft'un önerdiği mekanizmayı uygun bulmazsa bir başka karar almak suretiyle kendisinin bir mekanizma tesis edeceğini ifade etmiştir. Buna karşılık Microsoft, bu kararın iptali için dava açmış, gerekçe olarak da Komisyon'un EC m. 82'den kaynaklanan soruşturma yürütme ve uygulama haklarının devredilemeyeceğini, ancak kararda uzmana tanınan geniş hakların böyle bir devir anlamına geldiğini, ayrıca Komisyon'un para cezası dışında bir ödemeye –uzmanın masrafları- bahsi geçen yasal düzenlemeler uyarınca karar veremeyeceğini ileri sürmüştür. Komisyon ise kararda bahsi geçen mekanizmanın herhangi bir yetki devrini içermediğini, sadece –tahkimde olduğu gibi- Komisyon'a –somut olayda ihlalin etkin bir izlemeyi zorunlu kılması sebebiyle- izlemede yardımcı olacak bir sisteme atıf yapıldığını savunmuştur. Mahkeme ise kararında, Komisyon kararında yer alan i) uzmana tanınan (Microsoft'un kaynak koduna erişim dahil) çok geniş yetkiler; ii) uzmanın Komisyon'dan bağımsız olarak ve hatta re'sen hareket edebilmesi; iii) uzmanın görevi için bir süre sınırı konulmamış olması, gibi hususlar sebebiyle Komisyon'un yetki devri yapmış olduğuna karar vermiş; böyle bir yetki devrinin yasal temeli olmaması; ayrıca uzmanın maliyetine ihlal eden tarafın katlanmasının beklenmesinin rekabet hukuku hükümlerinin etkin şekilde uygulanması prensibini gölgeleyebileceği gerekçesiyle de kararı iptal etmiştir. Ancak kararda, EC m. 82 bağlamında da teknik konularda tavsiye verme ve ihlal eden tarafın karar uygunluğunu izleme bağlamında uzmanlara başvurulabileceği vurgulanmıştır. Dolayısıyla denetleyici uzmanlara çok geniş yetkiler verilmesi hukuki açıdan sıkıntı yaratabilecektir. Peki davranışsal çözümler bakımından

2. Davranışsal taahhütlere uygunluğun izlenmesi bağlamında bir izleme aracı olarak tahkim

a) Genel olarak

Yukarıda belirtildiği üzere taraflar, birleşmenin muhtemel rekabete aykırı sonuçları hakkında Komisyon'un endişelerini giderebilmek için davranışsal çözüm önerileri getirdiği takdirde bunların orta-uzun vadede izlenmesi ve taahhütlere uygun davranılıp davranılmadığının denetlenmesi meselesi ortaya çıkmaktadır. İşte tahkim bu noktada söz konusu denetimin bizzat pazar aktörleri tarafından yapılmasına imkân verdiği [1209] ve Komisyon bakımından izleme maliyeti getirmediği için tahkimin kullanılabileceğinin açıkça zikredildiği Çözümler Hakkında Duyuru'dan önce dahi Komisyon tarafından "çözüm paketinin" bir parçası olarak kullanılmakta idi[1210]. Bu bağlamda 1998 tarihli *Alcatel/Thomson*

izlemek amacıyla tahkim şartı öngörülmesi de böyle bir yetki devri olarak yorumlanabilecek midir? Bilindiği gibi tahkim sürecinde hakem heyetinin de soruşturma yapma konusunda oldukça geniş yetkileri bulunmaktadır. Hakem heyetinin tarafları zorlamaya yetkili bulunmadıkları hallerde dahi tarafların aleyhlerinde çıkacak bir karar korkusuyla hakem heyetinin kararlarına uydukları da bir vakıadır. Bunun yanında hakemler de Komisyon'dan bağımsız olarak hareket etmektedirler. Ayrıca genelde bunlar için de bir süre sınırı olmadığı gibi, masrafları da taraflarca karşılanmaktadır. Bu durumda Komisyon'un izleme amacıyla hakem heyetine yetki devri yapmış olduğundan bahisle tahkim şartlarının geçersiz olduğu söylenebilir mi? Bu soruya olumsuz olarak cevap verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle, Microsoft kararı birleşme taahhütlerine ilişkin değil, ihlalin varlığını tespit eden bir Komisyon kararına ilişkindir. Birleşme taahhütlerinde Komisyon'un taraflara bir hükmü empoze etmesi söz konusu değildir, taraflar önerileri kendileri getirmektedir. Dolayısıyla tahkim şartı da taraflarca önerilmekte ve Komisyon tarafından şartın uygunluğu değerlendirilmektedir. Ayrıca yine taraflar istedikleri takdirde tahkim prosedürünü başlatmaktadırlar, Komisyon'un tarafları buna zorlaması da söz konusu değildir. İkinci olarak Microsoft davasında mahkemenin şüpheyle baktığı husus Komisyon'un idari yetkilerinin devridir. Hâlbuki tahkimde hakemlerin rolü idari değil yargısal niteliktedir. Dolayısıyla Microsoft kararının tahkim şartı bakımından bu sebeple de geçerli olmayacağı düşüncesindeyiz. Her hâlükârda, Çözümler Hakkında Duyuru'da –teknik olarak bağlayıcı bir hukuk metni olmasa da- Komisyon'un bir izleme aracı olarak tahkimden bahsetmiş olması kanaatimizce olumlu olmuştur. Ancak, yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı, denetleyici uzmanın görev tanımı ve bu bağlamda tahkim süreciyle ilişkisi bağlamında taahhüt metinlerinde azami dikkat gösterilmesi gerektiği söylenebilir. Bkz. (Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities, 2007); ayrıca Microsoft davasının detaylı incelemesi için bkz. Jean Claude Najar, "Arbitrating Competition Law: The User's Perspective" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 119-154), The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 4-024- 4-032.

[1208] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-169.

[1209] OECD Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, **Remedies in Merger Cases**, OECD, 2012, s. 25.

[1210] Tahkimin çözüm paketinin bir parçası olarak kullanılması istisnai olarak yapısal taahhütlerde de görülmüştür. Ancak bu durumda, aşağıda görüleceği üzere, tahkim şartı birleşme için bildirimde bulunan taraflar ile üçüncü kişiler arasında değil, bizzat birleşen taraflar için öngörülmüştür. Bkz. (Pernod Richard/Diageo/Seagram Spirits, 2000) ve (Dow Chemical/Union Carbide, 2001) kararları. Bu kullanım istisnai

CSF-SCS[1211] kararında Komisyon, Alcatel ve Thomson'ın birleşmesi konusunda izin kararı vermesinde kilit noktanın bir tahkim şartının taahhütte yer alması olduğunu açıkça ifade etmiştir[1212]. Yine 2002 tarihli *Telia/Sonera*[1213] kararında Komisyon, ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün hızlandırılmış bir uyuşmazlık çözüm mekanizması ile güçlendirilmesi durumunda üçüncü kişilere ayrımcı uygulamaları tespit etme ve bunlara tepki gösterme konusunda yeterli araçların sağlanmış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur[1214]. Yukarıda bahsi geçen[1215] *ARD v. Commission* davasında İlk Derece Mahkemesi de birleşmelerde tahkimin bir izleme yöntemi olarak taahhütlerde kullanılmasına onay vermiş, tahkimin taahhütlerin yerine getirilmesi bağlamında ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için uygun bir çözüm aracı olduğunu doğrulamıştır[1216].

Peki tahkimin davranışsal taahhütlere entegre edilmesi en sık hangi uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olmaktadır? Erişim sağlama taahhüdü olarak genellenebilecek davranışsal çözümlerden[1217], havacılık sektörü bakımından slot transferleri ile intermodal[1218] ve interlining[1219] anlaşmaları akdetme taahhütlerinde[1220]; teknoloji lisanslarının verilmesinde[1221] ve farklı sağlayıcıların teknik araçlarının interaktif kullanımına imkân veren

---

nitelikte olduğu ve ele alacağımız "supranasyonel" olduğu iddia edilen tahkim tipiyle bağlantılı olmadığı için bu konuya ayrıca değinilmeyecektir.

[1211] (Alcatel/Thomson CSF-SCS, 1998)

[1212] Hakemin genişletilmiş yetkileri ve tahkim sürecinin hızının tahkim şartına olağan yargı prosedüründen daha fazla bir caydırıcılık sağladığı yönünde bkz. Ibid. para. 40.

[1213] (Telia/Sonera, 2002)

[1214] Ibid. para. 143 vd.

[1215] Bkz. yukarıda dipnot 1188.

[1216] (ARD v. Commission, 2003), para. 352.

[1217] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-155.

[1218] İntermodal (modlar arası) taşımacılık, birden fazla taşımacılık modunun bir arada kullanıldığı ve modlar arası değişim sırasında taşınan yüklerin değil, yüklerin içinde bulunduğu taşıt ya da kapların elleçlendiği karma taşımacılık sistemidir. Bkz. Metin Korkmaz, Mehmet Tanyas, **Viking Karma Taşımacılık Projesi ve Samsun İli Üzerindeki Etkileri**, Eylül 2014, (Çevrimiçi) Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Elektronik Dergisi: http://sbedergi.gumushane.edu.tr/Makaleler/260727908_VII.pdf 20.02.2017, s. 143.

[1219] Interlining anlaşmalar, yolcuların tek bir biletle birden fazla havayolundan hizmet alabilmelerini, bu anlamda küçük-orta ölçekli havayollarının büyük ölçekli havayollarının hizmet ağından yararlanmasını sağlayan anlaşmalardır. Bkz. Muhammed Gündoğdu, **Rekabet Hukuku Perspektifinden Havayolu Taşımacılığında Stratejik İttifaklar**, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, 2010., s. 20.

[1220] (Lufthansa/Swiss, 2005); (Air France/KLM, 2004); (Lufthansa/ Eurowings, 2005); (Iberia/ Vueling/ Clickair, 2009); (Lufthansa/ SNAH, 2009); (Lufthansa/ Austrian Airlines, 2009) kararları bunlara örnektir.

[1221] (Alcan/ Pechiney (II), 2003) kararı buna örnektir.

birlikte çalışabilirlik (interoperability) şartı içeren[1222] taahhütlerde tahkim şartının önemli bir rol oynayacağını söylemek mümkündür. Bunlar dışında kalan davranışsal taahhütlerde de tahkim şartına sıkça yer verilmektedir.

b) Davranışsal taahhütlere uygunluğun izlenmesi bağlamında tahkim[1223]in özellikleri

(1) Tek taraflı tahkim önerisi

Birleşme kontrolü bağlamında önerilen tahkim şartları, birleşme için bildirimde bulunan taraflarca yapılır, ancak o anda bir muhatabı yoktur; yani tek taraflıdır ("*erga omnes*"). Dolayısıyla, birleşmenin taraflarının Komisyon'a verdikleri taahhütlerine uymadığını düşünen üçüncü kişiler[1224], tahkim şartını ileri sürerek tahkim sürecini başlatabilmektedirler[1225]. Bu üçüncü kişilere tanınmış bir hak niteliğindedir: Üçüncü kişiler isterlerse tahkim şartı uyarınca tahkim sürecini başlatabilirler, ancak dilerlerse taahhüdün ihlaline ilişkin olarak Komisyon'a yahut ulusal mahkemelere başvuruda bulunabilirler[1226].

[1222] (GE/ Instrumentarium, 2003); (BSkyB/ Kirch Pay TV, 2000); (Allied Signal/ Honeywell, 2000) kararları bu gruba örnek niteliğindedir.

[1223] Aşağıda bu ifadenin karşılığı olarak yer yer "birleşme kontrolü tahkimi" ifadesi kullanılacaktır.

[1224] Burada "üçüncü kişi"nin kim olduğuna ve ne şekilde belirleneceğine değinmek gerekir. Taahhütte öngörülen haklardan ve bu anlamda tahkim şartından yararlanacak üçüncü kişiler esasında ilgili izin kararı uyarınca belirlenmektedir. Bunlar, genellikle bildirimde bulunan tarafların yahut birleşme sonucunda ortaya çıkacak yeni teşebbüsün rakipleri yahut müşterileridir. Bu kişiler sınırlı sayıda olmadıklarından, tahkim yargılamasında da önerilen çözümler bakımından meşru bir menfaatleri bulunduğunu göstermek durumundadırlar. Elbette aşağıda görüleceği üzere kendilerine tahkim şartı bildirilen taraflar bakımından böyle bir meşru menfaatin varlığı kabul edilir. Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-046. Bunun dışında olağan bir rekabet hukuku ihlalinden zarar gören kişiden beklenen ispat standardının burada da kullanılacağı söylenebilir. Bu son durumda AB rekabet hukuku bakımından ispat standardı için bkz. Vivien Rose, David Bailey, **Bellamy& Child: European Community Law of Competition (7th ed.)**, Oxford, Oxford University Press, 2013.

[1225] Blessing, **Arbitrating Merger Control Issues**, s. 164; Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions"; para. 46-045; Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1917; Luca Radicati Di Brozolo, "Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle?" (Ed. By Gordon Blanke) **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues**, Vol. *19*(1), 2008 (s. 7-15), The Hague: Kluwer Law International, 2008, s. 11.

[1226] Bu noktada birleşen taraflar bakımından aynı taahhüde ilişkin olarak üçüncü kişilerden bazıları tarafından tahkim yoluyla, bazıları tarafından mahkeme yoluyla dava edilmesi ihtimalinin olacağı ve bunun da çelişen kararların ortaya çıkmasına yol açabileceğini ifade etmek gerekir. Özellikle birden fazla tahkim davası açılma ihtimaline karşılık bunların birleştirilebileceğini ve birleştirme şartlarını açıkça düzenleyen tahkim şartlarının taahhüde eklenmesi, bu sıkıntıların bir nebze de olsa önüne geçebilecektir. Bkz. Ferdinando Emanuele, Milo Molfa, D'Elia Pierantonio, "EU Merger Remedy Arbitration: Key Features and Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award" **International Business Law Journal**, Vol. *5*, 2013, s. 451.

Dolayısıyla üçüncü kişiler kural olarak taahhütte öngörülen tahkim şartı ile bağlı değildirler[1227].

Ancak birleşmenin tarafları bu tahkim şartı ile –üçüncü taraf tahkim iradesini ortaya koyduğu durumda- bağlıdırlar[1228]. Bu noktada, üçüncü kişilerin tahkim şartının varlığından ne şekilde haberdar olacakları sorusu akla gelmektedir. Gerçekten de söz konusu davranışsal taahhütlerin etkin şekilde izlenebilmesi için, bu izleme araçlarından en önemlilerinden olan tahkim şartının varlığından üçüncü kişilerin haberdar olması gerekir[1229]. İşte bu noktada tahkim şartının potansiyel yararlanan üçüncü kişilere bildiriminin Komisyon kararında bir yükümlülük olarak öngörülmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. *Alcatel/ Finmeccanica*[1230] kararında birleşmenin taraflarından altuydu sistemleri için gerekli teçhizatın satışına ilişkin genel sözleşme şartlarına açıkça tahkime gitme olanağının eklenmesi talep edilmiştir. Yine *Piaggio/ Aprilia*[1231] kararında Piaggio'nun ana rakiplerini Komisyon'un birleşmeye ilişkin izin kararından itibaren beş işgünü içerisinde, bu karardan ve karara dayanak olan –tahkim şartını içeren- taahhütten haberdar edeceği öngörülmüştür. *Carrrefour/ Promodès*[1232] kararında da Carrefour'un izin kararından itibaren iki ay içerisinde tüm tedarikçilerine tahkim sürecinin ana prensiplerini ve işleyişini anlatan bir bilgi notu göndermesi kararlaştırılmıştır. Son olarak *Matra/ Aérospatiale*[1233] kararında uydular için anten reflektörleri ve ana tüp siparişlerinin teslimat emri sonrasında gönderilen teyit belgesinde tahkim seçeneğinin açıkça yazılması şart koşulmuştur.

[1227] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-056. Ancak taahhüt sonucu birleşen taraf ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme imzalanmış ve tahkim şartı bu sözleşmede de öngörülmüş ise artık üçüncü kişi bu tahkim şartı ile bağlı olacaktır. Bu duruma aşağıda değinilecektir.

[1228] Birleşmenin tarafları üçüncü kişiye bir talep yöneltmek istemeleri durumunda bunu ulusal mahkemeler nezdinde yapabilirler. Bkz. Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1937.

[1229] Christoph Liebscher, "Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control" **Journal of International Arbitration**, Vol. 21(1), 2004, s. 81; Gordon Blanke, "The Transfomation of International Arbitration and the Emergence of the Supranational Arbitrator: Lessons From EC Merger Control" **International Arbitration Law Review**, Vol. 8(6), 2005, s. 212.

[1230] (Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, 2005)

[1231] (Piaggio/ Aprilia, 2004)

Son yıllarda bu yükümlülük, özellikle izin kararı verilmesi aşamasında halen belirlenemeyen üçüncü kişi yararlananlara da ulaşılabilmesini teminen, taahhütte öngörülen yükümlülükleri –tahkim şartı dâhil- ve iletişim bilgilerini birleşen tarafların internet sitesinde açıkça ilan etmesi yoluyla yerine getirilmektedir[1234]. Her hâlükârda Komisyon, taahhütte öngörülen tahkim şartını aynen izin kararına işleyip, izin kararını ve taahhüdün tam metnini Komisyon'un internet sayfasına koyarak ilgili üçüncü kişilere bilgi sağlama işlevini yerine getirmektedir[1235]. Ancak tahkim şartına ve taahhüdün esaslarına ilişkin bilgilendirmenin mümkün olduğunca belirlenebilen üçüncü kişi yararlananlara doğrudan yapılması her hâlükârda daha çok tercih edilmesi gereken bir yaklaşımdır. Zira üçüncü kişi yararlananın tahkime gidebilme imkânından haberdar olmaması, tahkim taahhüdünü anlamsızlaştıracak, bu bağlamda davranışsal taahhüdün etkin şekilde izlenebilmesini de ciddi şekilde engelleyecektir[1236].

(2) Birleşme kontrolü tahkimlerinde üçüncü kişi bakımından tahkimin avantajları

Bu noktada tahkim şartı ile bağlı olmayan üçüncü kişinin neden Komisyon'a veya mahkemelere başvurmak yerine tahkim yolunu tercih edeceği sorusu akla gelmektedir. Öncelikle Komisyon, taahhüdün ihlal edildiği her durumda müdahale etmeyi gerekli bulmayabilir: ilk etapta ihlalin, Komisyon'un müdahalesini gerektirecek kadar ciddi olmasını arayacaktır.

Daha önemlisi, taahhüdün ihlali sonucunda doğan özel hukuk uyuşmazlıklarını çözmeye yetkili değildir. Bu bağlamda Komisyon, üçüncü kişinin çözümler bağlamında

---

[1232] (Carrefour/ Promodès, 2000)
[1233] (Matra/ Aérospatiale, 1999)
[1234] Örneğin *Axalto/ Gemplus* kararında böyle bir yükümlülük öngörülmüştür. Bkz. (Axalto/ Gemplus, 2006).
[1235] Blessing, **Arbitrating Merger Control Issues**, s. 165; Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 74.
[1236] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-079.

önerilen taahhüdün "yararlanıcısı" olup olmadığı; erişim sağlama taahhüdü bağlamında erişimin koşulları yahut fiyatı; erişimin kapsamı yahut taahhüdün yerine getirilmemesinin özel hukuk yaptırımları gibi konularda karar veremeyecektir[1237]. Halbuki bu uyuşmazlıkların hızlı ve yetkin bir şekilde çözümü, taahhütten doğan hakların etkin şekilde kullanılabilmesi bakımından son derece önemlidir. Dolayısıyla üçüncü kişi özellikle taahhüdün yerine getirilmemesinden kaynaklanan tazminat taleplerini ileri sürmek ve aynen ifa[1238] talep edebilmek için tahkime gitme yolunu tercih edecektir[1239]. Tahkimin klasik avantajlarından hızlı bir yargılama, konu ve sektör hakkında uzman hakemlerin seçilebilme imkânı; yansız bir merci tarafından yargılama yapılması[1240] ve New York Konvansiyonu bağlamında kolay tenfiz olanağı[1241] gibi avantajları da üçüncü kişi yararlananın mahkemeye gitmek yerine tahkim yargılamasını tercih etmesine neden olacak etmenlerdir[1242].

(3) Birleşme kontrolü tahkimlerinde tahkim şartına işlerlik kazandırılması

Üçüncü kişi yararlanan taahhüde uyulmadığı gerekçesiyle tahkime gitme kararı verdiğinde, tahkim şartına ne şekilde işlerlik kazandırılacağı konusu gündeme gelmektedir. Üçüncü kişi yararlananın ilk seçeneği, doğrudan birleşen tarafın sunduğu çözüm mektubundaki haliyle tahkim taahhüdünün kendisine yahut –çoğunlukla bu taahhüde aynen yer veren- Komisyon'un izin kararına dayanmaktır[1243]. Bu karar uyarınca birleşen tarafın tahkime gitme yükümlülüğünün hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur. Kural olarak bu

[1237] Di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look", s. 35.

[1238] Burada aynen ifa, taahhüt sonucu imzalanan sözleşmenin aynen ifası; yahut böyle bir sözleşme henüz imzalanmamışsa birleşen tarafı taahhütte öngörülen şartlar kapsamında böyle bir sözleşme imzalamaya zorlama anlamına gelmektedir. Bkz. Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-044.

[1239] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-156.

[1240] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 162.

[1241] Emanuele, Molfa, Pierantonio, "EU Merger Remedy Arbitration: Key Features and Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award", s. 447; Gordon Blanke, "Arbitration Commitments in EU Merger Control: An Introductory Overview" **Arbitration**, Vol. 82(1), 2016, s. 85.

[1242] Ibid. para. 46-043.

[1243] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 165.

şekilde birleşen tarafın izin kararında öngörülen çözümün etkin şekilde uygulanması bağlamında üçüncü kişi lehine taahhüt ettiği tahkim şartına uyma "yükümlülüğü[1244]" bulunduğu ileri sürülmüştür. Başka bir deyişle AB birleşme süreçleri bağlamında çoğunlukla tahkim taahhüdünün esas taahhütlerin yerine getirilmesini kolaylaştıran ve bu bağlamda tâlî nitelikte olan bir yükümlülük olduğu kabul edilir[1245] [1246]. Bu anlamda tahkim taahhüdüne uyulmaması halinde Komisyon'un izin kararından dönme kararı verip vermemek konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte, uygulamada genelde bu yolu izlemediği görülmektedir[1247]. Bunun yerine Komisyon, taahhütlere uygunlukla ilgili olarak kendi soruşturmasını başlatma ve para cezası uygulama yöntemlerine başvurmaktadır[1248]. Burada altı çizilmesi gereken husus, Komisyon'un mahkeme gibi tarafları tahkim şartı hükmünü aynen ifaya zorlama yetkisinin bulunmadığıdır[1249]. Bu şekilde Komisyon'un kararına yahut doğrudan tarafların taahhüdüne dayanarak üçüncü kişi yararlananın tahkim iradesini açıklamasıyla tahkim hukuku bakımından uyuşmazlık sonrası bir tahkim sözleşmesi kurulmuş olur. Ancak bu tahkim sözleşmesi taraflar arasındaki görüşmeler ve pazarlıklar sonucu kurulmamaktadır:

[1244] AB birleşme sistemi bakımından ikili bir ayrıma dikkati çekmek gerekir. Bir birleşmeye izin kararı kural olarak hem "yükümlülükler *("obligations")*" hem de "şartlar *("conditions")*" içerir. Çözümler Hakkında Duyuru, çözümlerde öngörülen taahhütlerin ihlalinin sonuçları bakımından böyle bir ayrım öngörmüştür. Duyuru'nun 19. paragrafında şart, pazardaki yapısal değişikliğin sağlanması için gerekli olan –elden çıkarma gibi- koşul; yükümlülük ise yapısal değişikliğin sağlanması için gerekli olan–uzman atanması gibi- uygulama basamakları olarak tanımlanmıştır. Bu ikisinin ihlaline ise farklı sonuçlar bağlanmıştır: izin kararında yer alan "şart" niteliğinde bir taahhüde uymamanın yaptırımı, birleşmenin kendiliğinden –Komisyon'un ayrıca bir karar vermesine gerek kalmaksızın- hükümsüz olmasıdır. "Yükümlülük" niteliğinde bir taahhüde uyulmaması durumunda ise Komisyon izin kararından dönebilir, bu bağlamda Komisyon'un takdir yetkisi bulunmaktadır. Bkz. Cook, Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners", para. 45-140- 45-143.

[1245] *SEB/ Moulinex* kararında bu yaklaşımın izleri görülmektedir. Bkz. (SEB/ Moulinex, 2002), para. 148.

[1246] Aksi yöndeki bir görüşe göre tahkim taahhüdü de bir "şart" niteliğindedir. Bu yönde verilmiş Komisyon kararları da mevcuttur. Ancak bu yaklaşımın hukuken meşrulaştırılması zordur, zira uyuşmazlık çözümüne dair maddeler hemen hemen her hukuk sisteminde sözleşmeye dair esaslı olmayan unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm (6. Bası)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014., s. 176. Bu durumda –üstelik diğer hukuki imkânlar halen kullanılabilir durumda iken- birleşmeyi hükümsüz ilan etmek kanaatimizce orantılı bir yaptırım değildir. Aynı yönde görüş için bkz. Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-053; bahsi geçen Komisyon kararına bir örnek olarak bkz. (Axalto/ Gemplus, 2006) (94. Paragrafta şart olarak kabul edilen taahhütler arasında uyuşmazlık çözüm maddesi de sayılmıştır.)

[1247] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-053.

[1248] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 18.

taraflardan biri, diğerinin önerdiği çerçeve dâhilinde tahkime gitmeyi kabul etmek durumundadır[1250]. Yine de bu durumda, üçüncü kişi tarafından tahkim süreci başlatıldığında, hakemlerin tarafların tümünün imzalarını taşıyacak şekilde tahkim iradesini yazılı hâle getirmeleri, bu bağlamda örneğin kısa bir görev belgesi hazırlayarak bunu tarafların onayına sunmaları tavsiye edilmektedir[1251].

Üçüncü kişi yararlananın tahkim şartına işlerlik kazandırması sürecinde ikinci ihtimal, tarafların birleşen tarafın taahhüdü bağlamında bir sözleşme akdetmiş olması ve bu sözleşmeye tahkim taahhüdü bağlamında öngörülen tahkim şartının entegre edilmiş olmasıdır[1252] [1253]. Gerçekten de davranışsal nitelikteki taahhütlerin çoğu üçüncü kişi yararlanan ile, örneğin, lisans verilmesi yahut altyapıya erişim sağlanması gibi hususları öngören bir sözleşme yapılmasını gerektirecektir[1254]. Bu sözleşmeler bir anlamda ilgili taahhüdün ne şekilde yerine getirileceğine dair bir çerçeve teşkil edecek ve bu sözleşme ile sözleşmeye dayanak olan taahhütten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesini teminen de orijinal taahhütte öngörülen tahkim şartını içerecektir[1255] [1256]. Bu şekilde tahkim şartının sözleşmenin bir parçası olması durumunda, tahkim şartı bir ilk itiraz olarak ileri sürülebilecektir. Böyle bir sözleşme imzalanmışsa, üçüncü kişinin Komisyon'a başvurma

[1249] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-053.

[1250] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1918.

[1251] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 165.

[1252] Bu noktada özellikle taahhütler kapsamında sözleşme kurulmasını gerektiren bir durum yoksa yahut bu sözleşmelere tahkim şartı entegre edilmediyse, birinci ihtimal geçerli kalmaya devam edecektir.

[1253] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1919.

[1254] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-017.

[1255] Mesela *Reuters/ Telerate* kararında lisans sözleşmesi izin kararının eki olarak yer almaktadır. Bkz. (Reuters/ Telerate, 2005), s. 10. Ancak böyle bir durumda üçüncü kişi yararlananın taahhüdün eki olan sözleşmenin esasa dair hükümlerini kabul edip tahkim şartını kabul etmeme gibi bir seçeneğinin bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Tahkimin rızai temeli gereği buna imkân verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. (Penadés Fons, 2012), dn. 20. Yine *Danone/ Numico* kararında Danone'nin ve elden çıkarılan Numico'nun yeni sahiplerinin imzalayacağı tedarik sözleşmelerinde tahkim şartına yer verileceği öngörülmüştür. Bkz. (Danone/ Numico, 2007), para. 27. *Schneider Electric/ APC* kararında da taahhütler bağlamında imzalanacak marka lisans sözleşmelerine standart bir tahkim şartının da ekleneceği hükme bağlanmıştır. Bkz. (Schneider Electric/ APC, 2007), taahhüt mektubunun 9(c) paragrafı.

hakkı saklı kalacaktır, zira bu durumda tahkim süreci ile Komisyon'un kamu hukuku bağlamında sahip olduğu yetkiler birbirlerinin tamamlayıcısı niteliğindedir[1257]. Ayrıca, böyle bir sözleşme mevcutsa birleşen tarafın da tahkim şartına dayanabileceğine şüphe yoktur, zira bu durumda artık tahkim şartının tek taraflı olduğundan bahsedilemeyecektir[1258].

(4) Birleşme kontrolü tahkimlerinde hakemin rolü ve incelemesinin kapsamı

Bu noktada davranışsal taahhütler bağlamında izleme metodu olarak tahkimin öngörülmesi halinde hakemin rolünün ve incelemesinin kapsamının ne olacağına değinmek gerekmektedir. Birleşme taahhütleri bağlamındaki tahkimde hakemin esas rolünün birleşen taraflarca sunulan çözümlerin yanlış uygulanması veya uygulanmamasının özel hukuk sonuçları hakkında karar vermek olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır[1259]. Bu kapsamda özellikle sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanan zararların tazmini konusunda hakem heyetinin yargılama yetkisi bulunmaktadır. Ancak, hakemin bunun yanında söz konusu çözümlerin izlenmesi konusunda kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerinin bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, Komisyon'un taahhüt bağlamında verdiği izin kararına uygunluğun denetlenmesi, süreçte bir kamu hukuku yararının varlığı anlamına gelmektedir; dolayısıyla hakemlerin kamu hukukundan kaynaklanan ve özel hukuktan kaynaklanan olmak üzere ikili bir rolü olduğundan

[1257] Patolojik bir tahkim şartı bulunması sebebiyle tahkim sürecinin işletilememesi halinde de yine Komisyon'a gidileceği muhakkaktır, zira son tahlilde taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğini izlemek Komisyon'un görevidir. Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-055.

[1258] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", dn. 19.

[1259] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-058.

bahsedilebilir. Bu anlamda izleme süreçlerinde tahkimin bir "*düzenleyici ("regulatory")*" tahkim türü olduğu iddia edilmiştir[1260].

Buna karşılık diğer bir görüş ise, bir izleme aracı olarak tahkimin taahhüde uygunluğun idari anlamda denetlenmesinden farklı olduğu yönündedir. Bu görüş uyarınca, Komisyon'un idari olarak kamu hukuku bağlamında sahip olduğu yetkileri üçüncü kişilere devretme yetkisi bulunmamaktadır. Bunun yanında hakemin kararı tek başına taahhüdün – kamu hukuku anlamında- ihlal edildiğine dair bir delil teşkil etmeyeceği gibi, sadece hakem kararına dayanarak Komisyon'un taahhüdün ihlal edildiğine dair kamu hukukundan doğan yaptırımları uygulaması yahut izin kararından dönmesi de mümkün değildir[1261]. Dolayısıyla tahkimde hakemin kamu hukukuna dair bir işlevi bulunmamaktadır[1262]. Gerçekten de birleşme taahhütlerinin izlenmesinde Komisyon'un rolü ile hakemlerin rolü birbirleriyle çakışmamaktadır[1263]. Komisyon, Birleşme Tüzüğü uyarınca taahhütlere uygun davranılıp davranılmadığının nihaî denetleyicisi durumundadır. Yukarıda ifade edildiği üzere bu bağlamda ancak hakem heyeti ile Komisyon'un rollerinin birbirlerini tamamladığından bahsedilebilir. Bu durum, bir Komisyon görevlisi tarafından da teyit edilmiş, Komisyon'un taahhütleri – bu bağlamda tahkim taahhüdünü- kabul etmesinin yetkilerini devrettiği anlamına gelmediğini; tahkim şartının getirilmesinin Komisyon'un taahhütlere uygunluğu sağlamak için sahip olduğu yasal araçları kullanmasına engel oluşturmadığını; ancak tahkimin izleme mekanizmasının esaslı bir kısmını teşkil ettiğini; bu anlamda Komisyon ile hakem heyeti arasında 'paralel sorumluluklar'dan bahsedilebileceğini; hakem heyetinin

[1260] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 170; aynı yönde bkz. Siegfried H. Elsing, Denis Gebhart, Regulatory Arbitrations Supporting Effective Merger Control" **Journal of International Dispute Resolution**, Vol. 1(5),2005, s. 3.

[1261] Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-155.

[1262] Di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look"", s. 35.

[1263] OECD Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, OECD Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, **Remedies in Merger Cases**, s. 24.

dolaylı olarak taahhütlerin yerine getirilmesini sağlasa da süreçte Komisyon'un "temsilcisi" olmadığını vurgulamıştır[1264].

Komisyon ile hakemin rollerindeki farklılığa dikkati çektikten sonra, hakemin yetkisinin kapsamının ne olduğu incelenmelidir. Davranışsal taahhütlerin çoğu üçüncü kişiyle bir sözleşme kurulmasını ("*uygulama anlaşması*") gerektirmektedir. Dolayısıyla davranışsal taahhütlerde tahkim şartının öngörülmesi durumunda hakem çoğunlukla iki grup uyuşmazlığı karara bağlayacaktır:

a) Bütünüyle uygulama anlaşmasından kaynaklanan ve genel uluslararası ticari tahkim prensipleri (ve kanunlar ihtilafı prensipleri uyarınca belirlenecek ilgili ulusal hukuk) çerçevesinde çözülecek olan uyuşmazlıklar[1265];
b) Birleşen tarafın izin kararında yer verilen taahhütlerini ifasından kaynaklanan ve tahkim taahhüdünün usule ve esasa ilişkin hükümleri uyarınca çözülecek olan uyuşmazlıklar[1266].

İkinci grup uyuşmazlıklar bakımından davranışsal taahhütler bağlamında tahkim yargılaması yapacak olan hakem heyeti ilk olarak uygulama anlaşmasının kendisine dair yorum gerektiren hususları inceleyecek, ikinci olarak ise uygulama anlaşmasının bu yorumunun olgusal sonuçlarının [1267] taahhüde uygun olup olmadığını -Komisyon'un taahhütlerden beklediği rekabetçi etkiyi göz önünde tutarak- değerlendirecektir[1268]. Hakem heyeti Komisyon'un beklediği rekabetçi etkiyi tespit etmek için Komisyon'un izin kararının

[1264] Johannes Lübking, "The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues" (Ed. By Gordon Blanke) **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues**, Vol. *19*(1), (s. 77-87), The Hague, Kluwer Law International, 2008., s. 79-80.

[1265] Di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look"", s. 35.

[1266] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 66.

[1267] Erişim veya fiyatlandırma koşulları gibi.

[1268] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-062.

gerekçesini dikkate almalıdır[1269]. Aksi halde Komisyon taahhütlere uygunluğu sağlamak adına kendi idari süreçlerini başlatabileceği gibi, Komisyon'un izin kararının gerekçesi dikkate alınmadan verilen bir hakem kararının AB üye ülke mahkemeleri nezdinde AB hukukunun ulusal hukuka üstünlüğü ve doğrudan etki prensipleri nedeniyle[1270] tenfizi mümkün olmayacaktır[1271]. Nihayetinde uygulama anlaşması taahhüt kararına göre hiyerarşik olarak altta yer almaktadır, dolayısıyla inceleme de öncelikle uygulama anlaşması bağlamında, daha sonra bunun taahhüde uygunluğu bağlamında yapılmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki uygulama anlaşması kural olarak birleşen tarafı ve üçüncü kişiyi bağladığı halde taahhüt kararı birleşen taraf ile Komisyon'u bağlar[1272].

(5) Birleşme kontrolü tahkimlerinde usulî konular ve ispat yükü

Genel olarak rekabet hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde, bu uyuşmazlıkların karmaşık yapısından dolayı, çok sayıda bilgi ve belgeye ulaşılabilmesi sağlıklı bir yargılama yapılabilmesini teminen son derece önemlidir. Birleşme taahhütleri bağlamında önerilen tahkim şartlarının bazılarında, hakemin geniş soruşturma yetkilerine sahip olacağı açıkça düzenlenmiştir. *Alcatel/ Finmeccanica* kararında, hakemin çalışma saatleri içerisinde gerekli gördüğü her türlü kitap, kayıt, belge, personel, teknik bilgi yahut alana erişiminin sağlanacağı açıkça düzenlenmiştir[1273]. Bunun yanında hakemin tahkim taahhüdü uyarınca kendisine verilen yükümlülükleri yerine getirebilmek için soruşturma ve denetim yapabileceği de

[1269] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1917.

[1270] AB rekabet hukuku alanında verilmiş Komisyon kararları da doğrudan etkiye sahiptir. Bkz. Josh Holmes, "Modernisation: Using EC Competition Law in the UK Courts" Ed. By Tim Ward, Kassie Smith, **Competition Litigation in the UK** (s. 367-397), London, Sweet& Maxwell, 2005, s. 375.

[1271] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-062.

[1272] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 68.

[1273] (Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, 2005) kararı ekinin D bölümünün 55. Paragrafında bu husus açıkça zikredilmektedir.

tahkim şartında yer alan bir diğer hususdur[1274]. Bu kadar detay içermeyen taahhütlerde de hakem heyetinin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için "uygun her türlü aracı" kullanmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir[1275]. Gerçekten de geniş soruşturma yetkileri, hakem heyetinin taraflardan birinin ortaya koyduğu yanlı bilgiler uyarınca bir karar vermesi tehlikesini bertaraf edecektir. Böylece hakem heyeti somut olay hakkında tüm verileri objektif bir şekilde değerlendirerek taahhüde uygun davranılıp davranılmadığını doğru bir şekilde değerlendirme imkânına sahip olacaktır. Yine bazı tahkim şartlarında hakem heyetinin bilirkişiye başvurma[1276] ve taraflardan görevini yerine getirebilmek için yönetsel anlamda destek isteme imkânı bulunduğuna[1277] açıkça yer verilmiştir[1278]. Ancak özellikle yukarıda değinilen[1279] *Microsoft* kararı sonrasında hakemlere tanınan geniş soruşturma yetkilerinin Komisyon'un yetkilerinin devri olarak yorumlanabileceği göz önünde bulundurularak buna uygun davranılması büyük önem taşımaktadır[1280].

Birleşme taahhütlerinde bir izleme yolu olarak tahkim yargılaması usulü bakımından esas ayırıcı olan husus, bu tahkim şartlarında çoğunlukla ispat yükü bakımından özel hükümlere yer verilmesidir[1281]. Bu bağlamda yaygın olarak kullanılan usul, davacı davasını

[1274] Ibid.

[1275] (Axalto/ Gemplus, 2006); (Gaz de France/ Suez, 2006); (Evraz/ Highveld, 2007) ve (Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), 2007) kararlarında yer verilen tahkim şartında bu ifade yer almaktadır.

[1276] (Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, 2005); (Axalto/ Gemplus, 2006); (Gaz de France/ Suez, 2006); (Evraz/ Highveld, 2007) ve (Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), 2007) kararları bu yaklaşıma örnektir.

[1277] (Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, 2005) kararında kararın ekinin D bölümünün 56. paragrafında bu husus açıkça zikredilmektedir.

[1278] Tahkim şartında bu husus açıkça yazılmasa da uluslararası tahkimin genel kuralları ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk bağlamında hakem heyeti bu yetkilerin bir kısmına zaten sahiptir. Ancak uluslararası ticari tahkimde temel prensip taraflarca getirilme olduğundan ve hakemler kural olarak bununla bağlı bulunduklarından, rekabet hukuku incelemesinin gerektirdiği usulî inceleme yetkileri olağan bir tahkim sürecinde gerekli olandan daha fazladır. Dolayısıyla olağan uluslararası tahkim standardını bu bağlamda aşan yetkilerin tahkim şartında açıkça yazılması hakem heyetinin usulî yetkilerine sonraki itirazları önleme etkisi bakımından olumludur. Bkz. Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1941.

[1279] Bkz. yukarıda dipnot 1207.

[1280] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1942.

[1281] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 127.

prima facie (ilk görünüş) olarak ispat ettikten sonra ispat yükünün davalıya geçmesidir[1282]. Dolayısıyla iddiasını prima facie olarak ispatlayan davacı lehine bir karine tesis edilmekte, davalı eğer bu iddiayı çürütemezse hakem heyeti davacı lehine karar vermektedir[1283]. Hatta bir kararda ispat yükü bütünüyle ters çevrilmiş, üçüncü kişinin taahhütte dayanarak ileri sürdüğü taleplerin karşılanmaması durumunda ispat yükü doğrudan birleşen tarafa yüklenmiştir[1284].

İspat yüküne dair bu şekilde özel düzenlemelerin getirilmesinin sebebi, taraflar arasında genellikle var olan güç dengesizliğinin üçüncü kişinin aleyhine sonuç doğurmasını engellemektir[1285]. Gerçekten de çoğu halde üçüncü kişinin davasını ispata yarayan araç ve bilgiler piyasanın güçlü aktörleri durumunda olan birleşen tarafın kontrolünde bulunmaktadır[1286]. Bu da üçüncü kişiyi tahkimde davasını ispat noktasında güç durumda bırakmakta, hatta üçüncü kişinin tahkime mesafeli yaklaşmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda ispat yüküne dair bu şekilde özel bir hüküm getirilmesi, üçüncü kişinin tahkimi mahkeme yargısına tercih etmesinde önemli bir rol oynayacaktır[1287]. Bununla birlikte böyle bir düzenleme aynı zamanda hakeme geniş soruşturma yetkileri verilmesini de gereksiz kılacak, yukarıda bahsedilen Komisyon'un yetkilerinin devri konusundaki şüpheler de giderilmiş olacaktır[1288]. Bazı yazarlar, somut olayda birleşen tarafın niteliklerinin ve potansiyel üçüncü kişilerin bilgiye ulaşmalarındaki zorluğun dikkate alınarak, ispat yükünün

[1282] OECD Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, **Remedies in Merger Case**s, s. 25.

[1283] Bkz. (IAG/ BMI, 2012); (TLP/ ERMEWA, 2010); (Lufthansa/ Austrian Airlines, 2009); (Danone/ Numico, 2007); (Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), 2007); (Evraz/ Highveld, 2007); (Gaz de France/ Suez, 2006); (Axalto/ Gemplus, 2006); (Air France/KLM, 2004); (Alcan/ Pechiney (II), 2003) ve (GE/ Instrumentarium, 2003) kararlarında bu şekilde bir ispat yükü düzenlenmiştir.

[1284] (BSkyB/ Kirch Pay TV, 2000).

[1285] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1941.

[1286] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-139.

[1287] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 175.

[1288] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1941.

tersine çevrilmesinin amaca daha uygun olabileceğini ileri sürmüşlerdir[1289]. Kanaatimizce de bu çözüm özellikle piyasanın çok büyük kısmını ve know- how'ı elinde tutan şirketlerin dahil olduğu birleşmelerdeki taahhütlerin etkin şekilde izlenebilmesi ve tahkim şartının işlevsel bir izleme metodu olarak kullanılabilmesi bakımından yerinde olacaktır. Ancak elbette bu durumda usul hukuku anlamında genel ispat kurallarından keskin bir ayrılış söz konusu olacağı için, tahkim şartına bu hususun herhangi bir karışıklığa sebep vermeyecek kadar açık şekilde yazılması son derece önemlidir.

(6) Birleşme kontrolü tahkimlerinde tahkim süresi, hakemin verebileceği kararlar ve bunların etkileri

Birleşme kontrolü tahkimlerinin en önemli ortak özelliklerinden biri, bu tahkimler bakımından çoğunlukla çok kısa yargılama süreleri öngörülmüş olmasıdır[1290]. Komisyon bazı kararlarında bu tahkim süreçlerini "*hızlandırılmış (fast track)*" olarak isimlendirmiştir[1291]. Kural olarak tahkim yargılaması için öngörülen süreler bir ay[1292] ila üç ay[1293] arasında değişmekte, her halde altı ayı aşmamaktadır[1294]. Gerçekten de rekabet ihlallerinin bir an önce giderilmesini amaçlayan bir sistem için tahkim bu bakımdan da büyük avantajlar sağlamakta, devlet mahkemelerinde ulaşılamayacak bir hızda uyuşmazlıkların çözümüne imkân vermektedir. Ancak bu noktada tahkim bakımından sürenin yargılama yetkisi üzerindeki etkisini ve bu bağlamda yargılama süresi sona erince hakemlerin de dava üzerindeki

[1289] Liebscher, "Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control", s. 78; Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 128; Blanke, "The Transformation of International Arbitration and the Emergence of the Supranational Arbitrator: Lessons From EC Merger Control", s. 217.

[1290] OECD Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, **Remedies in Merger Cases**, s. 25.

[1291] Bkz. (Lufthansa/ Eurowings, 2005), taahhüt mektubunun 12. Madde başlığı; (Johnson& Johnson/ Guidant, 2005), taahhüt mektubunun 36. Paragrafı.

[1292] (Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, 2005); (GE/ Instrumentarium, 2003); (Telia/Sonera, 2002) kararları buna örnektir.

[1293] (Carrefour/ Promodès, 2000); (Matra/ Aérospatiale, 1999) (iki ay); (Piaggio/ Aprilia, 2004) (45 iş günü) kararları buna örnektir.

yargılama yetkilerinin sona erdiğini [1295] hatırlatmak gerekir. Böyle bir durumun önüne geçmek için bu şekilde kısa süre sınırları konulsa dahi taraflara veya hakemlere mutlaka süre dolmadan bu süreyi uzatma imkânı getirilmeli[1296] yahut kanaatimizce daha uygun bir çözüm olarak süre sınırları dosya üzerindeki görüşmelerin bitmesinden itibaren konulmalıdır[1297]. Böylece tarafların süre sınırlamasıyla bağlantılı olarak davalarını etkin şekilde sunamadıkları iddiasıyla yapabilecekleri iptal taleplerinin de önüne geçmek mümkün olacaktır.

Birleşme kontrolü bağlamında tahkim yargılamalarında hakemlerin verebilecekleri kararları da iki başlık altında incelemenin uygun olacağı kanaatindeyiz: bir uygulama anlaşmasının imzalanmış olması ve bir uygulama anlaşmasının var olmaması durumu. İlk ihtimalde, hakem heyeti eğer birleşen tarafın taahhütlerini ihlal ettiği sonucuna varırsa, aynen ifa ve zararların tazminine karar verebilecektir. Eğer hakem heyeti uygulama anlaşmasının Komisyon'a yapılan taahhütleri yerine getirmekten ve bu anlamda Komisyon'un beklediği rekabetçi etkileri doğurmaktan uzak olduğu sonucuna varırsa, tarafların anlaşmayı bu sayılan hususlar bağlamında değiştirmesine karar verebilir. Eğer doğru bir şekilde uygulandığı halde, taahhütlerin değişen koşullarda artık beklenen rekabetçi etkileri doğurmadığı kanaatine varırsa çözümleri yeniden incelenmek üzere Komisyon'a geri gönderebilir[1298]. Son olarak taahhütler bakımından bir eksikliğin söz konusu olmaması ve birleşen tarafın da bunu uygun davranması durumunda hakem heyeti birleşen taraf lehine davayı reddedecektir[1299].

Üçüncü kişi ile birleşen taraflar arasında bir uygulama anlaşması imzalanmamış olması durumunda da hakem şu kararları verebilir: Öncelikle, birleşen tarafın üçüncü kişiye

---

[1294] Blanke, "Arbitration Commitments in EU Merger Control: An Introductory Overview", s. 85.

[1295] Redfern, Hunter, Blackby et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 9-162.

[1296] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 114.

[1297] Redfern, Hunter, Blackby et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, para. 9-166.

[1298] Komisyon bu noktada incelemeyi Çözümler Hakkında Duyuru'nun 12. Paragrafı ve Birleşme Tüzüğü'nün 8(4). Maddesi bağlamında yapacaktır.

[1299] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-066.

taahhüde uygun bir sözleşme önerisi yapmasına hükmedebilir. İkinci olarak, uygulama anlaşmasının kurulma aşamasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları karara bağlayabilir[1300]. Son olarak, taahhüdün sonraki inceleme sonucunda beklenen etkileri doğurmaktan uzak olduğu kanaatine varırsa yine Komisyon'a taahhüdü gözden geçirilmesi için geri gönderebilir[1301].

Peki hakemin bu kararlarının sonuçları ne olacaktır? Birleşme için bildirimde bulunan tarafın taahhütlerini ihlal etmesinin izin kararının geri alınması dahil pek çok yaptırımı bulunmaktadır. Ancak hakem kararının bu noktada etkisi nedir? Yukarıda da değinildiği üzere hakem heyeti ile Komisyon'un rolleri ve görev alanları birbirinden farklıdır. Hakem heyeti kararları kural olarak sadece yargılamanın tarafları üzerinde sonuç doğurur. Bu bağlamda hakem heyetinin verdiği bir ihlal kararı –bu karar üye devlet mahkemeleri tarafından tenfiz edilse dahi- Komisyon üzerinde bağlayıcı bir etkiye sahip değildir[1302]. Ancak aşağıda görüleceği üzere birleşme kontrolü tahkimlerinde Komisyon'un ağırlıklı rolü ve hakem heyetinin görev alanının Komisyon tarafından belirlenmesi, bu konudaki genel prensibin gözden geçirilmesi için bir sebep teşkil etmektedir. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, her hâlükârda Komisyon'un hakem kararlarını doğrudan bağlayıcı olarak kabul etmesine yarayacak usulî bir hüküm mevcut değildir[1303]. Dolayısıyla Komisyon'un hakem kararını en iyi ihtimalle bir delil veya bilirkişi görüşü olarak değerlendirebileceği düşünülmektedir. Ayrıca, tahkim yargılamasına katılmamak yahut verilen hakem kararına uymamak aynı zamanda taahhüdün ihlal edilmesi anlamına geleceğinden, Komisyon'un taahhüdü ihlal

[1300] Taahhütte bunu yapacak ayrı bir kişi (örneğin izleme uzmanı) belirlenmişse, bu durumda hakemin bu aşamadaki uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisi bulunmayacaktır.

[1301] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-067.

[1302] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1944.

[1303] Ibid.

bağlamında ve kamu hukuku kapsamında sahip olduğu yetkileri kullanabileceği konusunda da şüphe bulunmamaktadır[1304].

Tahkim taahhütlerinin bazılarında hakem kararlarına karşı kanun yollarından feragat edileceğine dair bir hükmün yer aldığı görülmektedir[1305]. Kanaatimizce bu hükmün konulması özellikle iki açıdan sakıncalıdır. İlk olarak, birleşme kontrolü tahkim şartları tahkimin tek bir tarafınca belirlendiğinden ve üçüncü kişiler bu hükümler üzerinde bir pazarlık yapma imkânına sahip olmadıklarından, üçüncü kişinin kanun yoluna başvurma gibi çok önemli bir usulî haktan açık rızası olmaksızın yararlanmasının engellenmesi adil değildir[1306]. İkinci ve daha önemli olarak, tahkim sürecinin en önemli usulî garantilerinden olan böyle bir imkândan önceden vazgeçme *lex arbitri* bakımından hükümsüz olabilir[1307].

Yine bazı tahkim taahhütlerinde Komisyon'un verilen hakem kararını ticari açıdan hassas bilgileri çıkarmak suretiyle yayınlayabileceğine dair bir hükme yer verilmiştir[1308]. Olağan ticari tahkimlerde kural olarak hakem kararlarının yayınlanması istisnaidir[1309]. Ancak yeni ortaya çıkan bu tahkim türünde içtihat hukukuna benzer bir yapının oluşmasına[1310], tarafların konu hakkında öngörülebilirliklerinin artmasına ve uygulamada yeknesaklaşmaya hizmet edeceği için[1311] kanımızca Komisyon'a yayınlama hakkı getirilmesi –tüm taraf ve

[1304] Gordon Blanke, Borzu Sabahi, "The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control" **Arbitration**, Vol. 74(3), 2008, s. 223; Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 181.

[1305] (SEB/ Moulinex, 2002); (Carrefour/ Promodès, 2000); (Allied Signal/ Honeywell, 2000).

[1306] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 182.

[1307] Stephen Bond, "How to Draft An Arbitration Clause" **Journal of International Arbitration**, *Vol. 2*, 1989, s. 77.

[1308] (Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), 2007); (Evraz/ Highveld, 2007); (Gaz de France/ Suez, 2006); (Axalto/ Gemplus, 2006).

[1309] OECD Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, **Remedies in Merger Cases**, s. 26.

[1310] Bir Komisyon görevlisi de aynı görüştedir. Bkz. Lübking, "The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues", s. 84.

[1311] Nitekim tahkim kurumları arasında ağırlıklı güncel eğilim –özet olarak da olsa- tahkim kararlarını yayınlamak yönündedir. Konuya ilişkin New York Barosu'nun raporu için bkz. New York City Bar Committee on International Commercial Disputes, **Publication of International Arbitration Awards and Decisions**, 2014, New York City Bar: http://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf 24.03.2017.

ticari bilgiler çıkarılmak şartıyla- olumlu olarak değerlendirilebilir[1312]. Nihayet bazı tahkim taahhütlerinde üçüncü kişinin verilen hakem kararına belirli bir süre içerisinde uymaması durumunda birleşen tarafa söz konusu taahhütlerden kurtulmak için Komisyon'a başvuru yapma hakkı tanınmıştır[1313]. Bu hüküm, tahkim sürecinin üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılmasını engellemeyi hedeflemektedir[1314]. Kanaatimizce bu çözüm genelde üçüncü kişi lehine düzenlemeler içeren birleşme kontrolü tahkimlerinde birleşen tarafın pozisyonunu korumak bağlamında olumludur.

(7) Birleşme kontrolü tahkimlerinde Komisyon'un rolü

Birleşme kontrolü tahkimleri bakımından en tartışmalı hususlardan biri de, Komisyon'un tahkim sürecine dahli ve bunun sınırlarıdır. Daha önce belirtildiği üzere, taahhütlere uygun davranılıp davranılmadığının nihai denetimi Komisyon'un yetkisindedir. Hakem heyeti somut olayda taahhüde uygun davranılıp davranılmadığını denetlerken taahhütlerin altında yatan ve Komisyon'un benimsediği rekabetçi amaçları da dikkate almak durumundadır[1315]. Bu bağlamda Komisyon ile hakem heyeti arasında birleşme kontrolü tahkimleri bakımından yakın bir iş birliğine ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir[1316]. Ancak bilindiği gibi kural olarak olağan uluslararası ticari tahkimlerde bu şekilde iş birliklerinin taraflarca açıkça kararlaştırılmadığı takdirde taraf iradesi ve gizlilik prensiplerine aykırı olduğu ve yapılamayacağı kabul edilir[1317]. Peki bu durumda Komisyon'un müdahalesi ne

[1312] Aynı yönde bkz. Blanke, "The Use of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments", s. 687.

[1313] (Alcan/ Pechiney (II), 2003); (Tetra Laval/ Sidel, 2003).

[1314] Blanke, "The Transformation of International Arbitration and the Emergence of the Supranational Arbitrator: Lessons From EC Merger Control", s. 218; Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 182.

[1315] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 135.

[1316] Lübking, "The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues", s. 81.

[1317] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1931.

ölçüde mümkündür? Birleşme kontrolü tahkimlerinin kendine özgü niteliği Komisyon'un müdahalesini tek başına meşrulaştırabilir mi? Müdahalenin sınırı ne olmalıdır?

Bu konuda uygulamalar gözden geçirildiğinde, ilk olarak tahkim taahhütlerinde Komisyon'un tarafların[1318] ya da hakemlerin[1319] talebi üzerine taahhütler hakkında bağlayıcı yorum verme yahut tahkim yargılaması sırasında bilgi sunmaya yetkili olduğunun [1320] düzenlendiği görülmektedir[1321]. Bazı Komisyon kararlarında ise[1322] açıkça bağlayıcı yorum yapacağından bahsedilmemiş, ancak hakemlerin taraflar arasında taahhüdün yorumuna ilişkin anlaşmazlığa düştükleri takdirde bu durumun Komisyon'a bildirileceği düzenlenmiş, bunun yanında Komisyon'un re'sen tahkim yargılamasına bilgi sunabileceği de hükme bağlanmıştır. Bu da Komisyon'un tahkim süreci bakımından bağlayıcı olacak yorum yapabileceği anlamına gelmektedir[1323].

İkinci olarak Komisyon'un süreçle ilgili olarak kendisine bilgi verileceğini öngördüğü tahkim taahhütlerine rastlanmaktadır. Söz konusu bilgilendirilme yükümlülüğü, Komisyon'a tahkim başvurusunun [1324] , geçici [1325] yahut nihai [1326] hakem kararının gecikmeksizin gönderilmesi; tahkim başvurusunda sunulan tüm evrakların Komisyon'a da gönderilmesi[1327]

[1318] (GE/ Instrumentarium, 2003)

[1319] (Piaggio/ Aprilia, 2004); (Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), 2007); (Evraz/ Highveld, 2007); (Gaz de France/ Suez, 2006); (Axalto/ Gemplus, 2006); (Air France/KLM, 2004); (Lufthansa/Swiss, 2005); (Lufthansa/ Eurowings, 2005).

[1320] (Lufthansa/ Austrian Airlines, 2009); (Lufthansa/ SNAH, 2009); (Iberia/ Vueling/ Clickair, 2009); (Air France/KLM, 2004); (Piaggio/ Aprilia, 2004); (Lufthansa/ Eurowings, 2005); (Lufthansa/Swiss, 2005).

[1321] Bu noktada hakemin görev sınırları taahhütteki tahkim şartı tarafından çizilmiş olduğundan, hakem söz konusu bağlayıcı yorumun tahkimin doğası ile bağdaşmayacağını düşündüğü takdirde görevi kabul etmeme hakkına her zaman sahiptir. Aynı durum üçüncü kişiler bakımından da geçerlidir: tahkim anlaşmasını kabul etmekle üçüncü kişi, taahhütte yazılan şartlarda bir tahkimi kabul etmiş olur. Ancak üçüncü kişinin bu noktada bir pazarlık gücünün bulunmadığını da hatırlamak gerekir.

[1322] (Yara/ Kemira Growhow, 2007); (Schering- Plough/ Organon Biosciences, 2007); (Johnson& Johnson/ Pfizer Consumer Healthcare, 2006); (Lufthansa/ Eurowings, 2005); (Johnson& Johnson/ Guidant, 2005).

[1323] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-125.

[1324] (Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, 2005); (Piaggio/ Aprilia, 2004); (Allied Signal/ Honeywell, 2000); (Matra/ Aérospatiale, 1999); (Alcatel/Thomson CSF-SCS, 1998).

[1325] (Allied Signal/ Honeywell, 2000)

[1326] (Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, 2005); (Piaggio/ Aprilia, 2004); (Allied Signal/ Honeywell, 2000); (Matra/ Aérospatiale, 1999); (Alcatel/Thomson CSF-SCS, 1998).

[1327] (Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), 2007); (Evraz/ Highveld, 2007); (Gaz de France/ Suez, 2006); (Axalto/ Gemplus, 2006).

yahut taahhütlere uygunluk bağlamında taraflara yıllık olarak dâhil oldukları tahkim süreçleri ve bunlar sonucunda verilen hakem kararlarına uymak için yerine getirdikleri yükümlülüklere ilişkin rapor sunma yükümlülüğü getirilmesi[1328] gibi şekillerde tezahür etmektedir. Üçüncü olarak Komisyon kimi zaman hakem seçimi veya tahkim süreci konusunda da kendisine başvurulmasını öngörmüş, bu bağlamda bazen taraflarca seçilen tek hakemi onaylama görevini üstlenmiş[1329], bazen doğrudan hakemlerin isimlerinin kendisine bildirilmesini istemiş[1330], bazen de tarafların belirleyemediği durumda tahkim usulünün kendisi tarafından belirleneceğini[1331] ifade etmiştir. Nihayet daha yakın tarihli kararlarda Komisyon'un tahkim yargılaması sırasında amicus curiae[1332] [1333] olarak bilgi verme, duruşmalara katılma yahut olgu tanıkları ve uzmanlara soru sorma gibi usulî hakları bulunduğuna dair şartlar tahkim taahhüdünde yer almaktadır[1334].

Uygulamadaki bu örnekler ışığında Komisyon'un tahkim yargılamasına dâhil olduğu halleri iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, Komisyon'un tahkim yargılamasında re'sen yazılı olarak bilgi sunması yahut duruşmalara katılmasının, bunun yanında tahkimdeki tüm dokümanların Komisyon'a da sunulmasının öngörüldüğü taahhütlerdir. Bu durumda müdahalenin uluslararası tahkimde amici curiae için öngörülen genel standartları aştığı kabul edilir; dolayısıyla her bir yetkinin tahkim şartında yer alması zorunludur, aksi halde Komisyon'un bu müdahaleleri yapması mümkün olmayacaktır[1335]. İkinci olarak Komisyon'un amicus curiae olarak hakem heyeti veya taraflarca talep edildiği durumda bağlayıcı yorumlar vereceğinin öngörüldüğü kararlara rastlanmaktadır. Bu

[1328] (Allied Signal/ Honeywell, 2000); (Alcatel/Thomson CSF-SCS, 1998).
[1329] (Sanitec/ Sphinx, 2000)
[1330] (Piaggio/ Aprilia, 2004)
[1331] (BSkyB/ Kirch Pay TV, 2000)
[1332] Amicus curiae kavramı için bkz. yukarıda dipnot 533.
[1333] (IAG/ BMI, 2012); (Intel/ Mc Afee, 2011); (TLP/ ERMEWA, 2010); (Iberia/ Vueling/ Clickair, 2009); (Piaggio/ Aprilia, 2004)
[1334] (Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), 2007); (Evraz/ Highveld, 2007); (Gaz de France/ Suez, 2006); (Axalto/ Gemplus, 2006).
[1335] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1933. Tarafların sonradan yetki vermesi halinde de bu yetkiler kullanılabilecektir.

kategoriye Komisyon'un teknik anlamda bilgi sağladığı halleri de dahil etmek mümkündür. Bu şekilde taahhüdün kendisinde Komisyon'un amicus curiae olarak müdahil olacağı düzenlenmiş ise, hakem heyetinin Komisyon'un bulgu ve görüşleriyle bağlı olacağı muhakkaktır[1336]. Zira taahhütte Komisyon kararının bağlayıcı olacağının öngörülmesi, bunun aynı zamanda izin kararının geçerliliğinin devamı için bir şart olduğu anlamına gelir, dolayısıyla buna uygunsuzluk, izin kararının kendisinin akıbeti bakımından sonuç doğurabilir[1337].

Peki eğer taahhütte Komisyon'un amicus curiae olarak müdahil olabileceği açıkça belirtilmemişse ancak hakem heyeti veya taraflarca Komisyon'dan böyle bir talepte bulunulmuşsa, birleşme kontrolü tahkimleri bakımından yine de böyle bir ihtimalden bahsedilebilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Öncelikle, izin kararlarına eklenen tahkim şartlarının birleşme çözümlerinin etkin şekilde denetlenmesini sağlamaya dönük ve içinde kamu hukukuna dair yaptırımların da olduğu bir paketin parçası olması sebebiyle, taahhütlerin doğru şekilde anlaşılıp uygulanmasının bu süreç bakımından çok önemli olduğunun göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda tahkimin söz konusu paketin bütünlüğünü bozmaması ve rekabet hukukunun parçalanmış ve birbiriyle çelişen bir şekilde uygulanmaması elzemdir[1338].

Ancak kamu hukukunun bu gereklerinin tahkimin taraf iradesine dayanması ve gizlilik prensipleriyle örtüşmesi ölçüsünde dikkate alınacağını da belirtmek gerekir. Gizlilik bakımından kural olarak bir çelişkiden bahsedilmez, zira tahkim şartı ve bunun işletilmesine yol açabilecek rekabet hukuku sorunları taahhüdü onaylayan Komisyon tarafından zaten bilinmektedir[1339]. Taraf iradesi bakımından da şöyle bir durum söz konusudur: birleşen tarafın

[1336] Lübking, "The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues", s. 85.
[1337] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1935.
[1338] Ibid.
[1339] Blanke, "The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies", s. 159.

birleşme işlemiyle ilgili Komisyon'a tahkim taahhüdünde bulunmakla, üçüncü tarafın da tahkim sürecini başlatarak bir "birleşme kontrolü tahkimine" gitmeyi kabul etmekle, Komisyon'un hakemlerce talep edildiği takdirde müdahale edebileceğine zımnen onay verdiği kabul edilebilir[1340]. Elbette bu, tarafların bu yöndeki isteğinden daha düşük bir standardı temsil eder. Ancak Komisyon'un görüşlerine uygun bir hakem kararı verilmesi, taahhütlerin yer aldığı Komisyon kararına uygunluğu bir anlamda garanti ederek hakem kararının tenfiz edilme ihtimalini arttırıp[1341]; Komisyon'un paralel soruşturma[1342] yapma ihtimalini azaltacağından, böyle bir müdahaleye rıza gösterdiklerinin varsayılması gerekir. Aynı paralelde, her ne kadar hakemler Komisyon'un amicus curiae görüşleriyle kural olarak bağlı olmasalar da[1343], Komisyon'un sürece müdahil olabilmesi yukarıdaki sebeplerle hakemler bakımından da olumlu bir durumdur. Ayrıca hakem heyetlerinin AB Adalet Divanı'na ön karar için başvuru imkânının bulunmadığı göz önüne alındığında[1344] Komisyon'un tahkim sürecine dahil olmasının hakem heyetinin taahhütleri doğru şekilde yorumlayarak tahkim sürecini etkin yürütmesine kolaylık sağlayacağı ve taahhütlerin de etkin şekilde izlenmesini mümkün kılacağı söylenebilir.

Sonuç olarak, hakem heyeti görevinde taahhütlerin doğru bir şekilde uygulanmasını sağladığı ölçüde bağımsız olduğu ve Komisyon taahhütlerin uygulanmasından nihai olarak sorumlu olan merci olduğu için hakem heyeti ile Komisyon arasında yakın bir iş birliği ilişkisi kurulması gerektiği açıktır[1345]. Bu bağlamda olağan uluslararası ticari tahkimin aksine, birleşme kontrolü tahkimlerinde Komisyon'un tarafların veya hakemlerin talebi üzerine amicus curiae olarak görüş verebileceğini –bu yönde taahhütte açıklık bulunmasa dahi- kabul

[1340] Ibid. s. 160.

[1341] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1935.

[1342] Yukarıda ele alındığı üzere hakem kararları Komisyon bakımından res judicata etkisine sahip değildir, dolayısıyla Komisyon her aşamada konuya ilişkin kendi soruşturmasını başlatabilir.

[1343] Renato Nazzini, **Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies**, Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 331.

[1344] Konuya ilişkin olarak bkz. yukarıda dipnot 754.

[1345] Lübking, "The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues", s. 180.

etmek gerekir. Kural olarak bu görüşün, bağlayıcı olmamakla birlikte[1346], dikkate alınması sürecin sağlıklı şekilde işleyebilmesi ve tüm paydaşlar bakımından birleşme kontrolü tahkimlerinden beklenen faydanın sağlanabilmesi için son derece–olağan tahkimlerden çok daha fazla- önemlidir[1347]. Bunun dışında kalan müdahale hallerinin -bilhassa Komisyon'un re'sen müdahil olabileceğini öngören hükümlerin- açıkça tahkim taahhüdünde yer alması da dikkat edilmesi gereken bir husustur[1348]. Böylelikle hakemler hangi şartlar altında bir yargılama yapacaklarını önceden bilebilecek, üçüncü taraf yararlanan da seçeneklerini değerlendirirken tahkim usulüne dair detaylı fikir sahibi olarak bunlara rıza gösteriyorsa tahkime başvuracaktır[1349]. Her halükârda, Komisyon'un müdahalesi konusunda tam bir uygulama birliğinden söz etmek mümkün olmadığı gibi, bu konuda resmi görüşleri yansıtan bir metin de mevcut değildir. Müdahalenin yoğunluğu konusunda birbirinden çok farklı uygulamalar vardır. Bu bağlamda ICC'nin Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi Çalışma Komisyonu AB Komisyonu'nun rekabet hukukunu konu alan tahkimlerde amicus curiae olarak müdahalesi konusunda "en iyi uygulama" rehberi üzerinde çalışmış[1350], metin yeterli sayıda paydaşın onayını alamadığı için ICC tarafından yayımlanmamıştır[1351]. Ancak Komisyon'un da konuya ilişkin uygulamalarına yeknesaklık

[1346] Nazzini, **Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies**, s. 365.

[1347] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1935.

[1348] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-166; Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control", s. 1932.

[1349] Blanke, "International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions", para. 46-166.

[1350] Bu rehberi hazırlayanlar tarafından yapılan ayrıntılı şerh için bkz. Gordon Blanke, Carl Nisser, ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting As Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings" Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (Vol. 19) (s. 198-217), The Hague, Kluwer Law International, 2008.

[1351] Metin üzerinde uzlaşılamamasının sebebi Komisyon ile hakem heyeti arasında öngörülen ilişkinin uluslararası tahkim çevreleri tarafından tepkiyle karşılanmasıdır. Bu yönde görüş için bkz. Alexis Mourre, "Dissenting Opinion on a Dangerous Project" Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (Vol. 19, s. 198-217), The Hague, Kluwer Law International, 2008, s. 220.

kazandıracak rehber niteliğinde bir metin hazırlaması kullanıcılar bakımından son derece faydalı olacaktır.

(8) Birleşme kontrolü tahkiminin uygulaması: Reti Televisive Italiane (RTI) v. Sky Italia kararı[1352]

AB birleşme süreçleri bağlamında bir izleme aracı olarak konulan tahkim şartına bağlı olarak hâlihazırda karara bağlanarak rapor edilen bir adet hakem kararı bulunmaktadır. Birleşme kontrolü tahkimlerinin hakemler tarafından ne şekilde değerlendirildiğini göstermesi açısından *RTI v. Sky Italia* kararı oldukça önemlidir. Özellikle yargılama yetkisi bağlamında hakem heyetinin yaptığı analiz, konunun hakemlerce ne kadar ciddiye alındığını göstermesi açısından kayda değerdir. Aşağıda bu kararın ana unsurlarına değinilecektir.

2003 yılında The News Corporation Limited (*Newscorp*) şirketi AB Komisyonu'na Telepiù SpA (*Telepiù*) şirketinin devrine ve sonrasında Stream SpA ile (*Stream*) ile birleşmesine dair bildirimde bulunmuştur[1353]. *Newscorp*'un bu yoğunlaşmaları yaparken hedefi, İtalya'da tamamına sahip olduğu *Sky Italia* şirketi tarafından işletilmek üzere paralı doğrudan eve (direct to home- DTH) uydu platformu kurmaktır[1354]. Soruşturma sırasında Komisyon, birleşmenin özellikle "*milli takımların katılımıyla yıllık olarak gerçekleşen futbol etkinlikleri (özellikle ulusal lig, ulusal kupa, UEFA Kupa ve UEFA Şampiyonlar Ligi Maçları)"* ile "*diğer spor etkinlikleri*" pazarları bakımından münhasır haklara sahip olmak suretiyle hâkim durum yaratabileceğini değerlendirmiştir[1355]. *Newscorp*, Komisyon'un "*diğer spor etkinlikleri*" pazarında gerçekleşebilecek rekabete aykırılıklar konusundaki endişelerini giderebilmek için *Sky Italia*'nın gelecekte "*dünya geneli spor haklarına ilişkin kurulacak*

[1352] Hakem kararının tam metnine ulaşılamamış olup, Di Brozolo ile Emanuele ve diğerleri tarafından yapılan incelemeler esas alınmıştır. Bkz. Luca Radicati Di Brozolo "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia" **Arbitration International**, Vol. 29(2), 2013; Emanuele, Molfa, Pierantonio, "EU Merger Remedy Arbitration: Key Features and Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award".

[1353] (Newscorp/ Telepiù, 2003).

[1354] Ibid. para. 1 ve 10-15.

[1355] (Newscorp/ Telepiù, 2003), para. 55.

sözleşmelerde DTH dışındaki araçlarla iletilmek üzere münhasır yayın haklarını satın almayacağını" taahhüt etmiş[1356], "*dünya geneli spor hakları*" nı da "*yayın haklarını veren sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla İtalyan takımları ve/veya sporcularına etkin şekilde rol veren büyük uluslararası spor etkinlikleri*" olarak tanımlamıştır[1357]. Bu yükümlülük Aralık 2011'e kadar 8 yıl boyunca yürürlükte kalacaktır.

Newscorp ayrıca taahhütlerin "yerine getirilmesi" bağlamında ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlığın ICC Kuralları uyarınca Milano'da üç hakem önünde tahkim yoluyla çözüleceğine dair bir tahkim şartını taahhütlerine eklemiştir. Tahkim şartında ispat yüküne dair prima facie ispat olarak özel bir hüküm öngörülmüş, ayrıca tahkimin başlatılmasına ve usulüne ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir[1358]. Esasa uygulanacak hukuka ilişkin olarak tahkim şartında özel bir hüküm yer almamakla birlikte, taahhüdün 3. maddesinde uygulanacak hukukun İtalyan hukuku ve AB hukuku olduğu ifade edilmiştir. Taahhüt kapsamında tahkimin süresine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca Komisyon müdahalesine ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir.

2010 yılında Sky Italia'nın İtalyan paralı televizyon sektöründeki en büyük rakibi olan RTI Italia SpA (*RTI*), *Sky Italia* aleyhine *Newscorp*'un taahhütlerine dayanarak tahkim başvurusunda bulunmuştur. *RTI* özetle, Sky Italia'nın 2010 FIFA Dünya Kupası yayın haklarını "*dünya geneli spor haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından bunların DTH dışındaki araçlarla iletilmek üzere münhasır yayın haklarını satın almayacağı"* taahhüdüne rağmen aldığını, FIFA Dünya Kupasının da "*yayın haklarını veren sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla İtalyan takımları ve/veya sporcularına etkin şekilde rol veren büyük uluslararası spor etkinliği"* olması sebebiyle "*dünya geneli spor hakkı*" olduğunu, dolayısıyla Newscorp tarafından Komisyon'a yapılan taahhütlere aykırı davranıldığını iddia ederek

[1356] Ibid., taahhütler madde II. 8.1.
[1357] Ibid. madde I. 1.
[1358] Ibid. madde II. 15. 1(b).

tazminat talebinde bulunmuştur[1359]. *Newscorp* ise savunmasında hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiş ve bu itirazını iki noktaya dayandırmıştır: İlki, *RTI*'ın talebinin tahkim şartı kapsamı dışında kalmış olması: ikincisi ise iddiaların konunun Komisyon'un münhasır yetkisinde olması sebebiyle tahkime elverişli olmamasıdır.

Hakem heyeti öncelikle yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığını incelemiştir. İlk olarak *RTI*'in talebinin tahkim şartı kapsamına girip girmediğini irdeleyen hakem heyeti, davalının tahkim şartındaki "taahhütlerin yerine getirilmesi" bağlamındaki uyuşmazlıkların tahkimde görüleceğine dair ifadenin "hak sahibi üçüncü kişilere yönelik taahhütlerine uymaması sonucu ortaya çıkan özel uyuşmazlıkları" işaret ettiğine; ancak iddiaların üçüncü kişiye tanınan belirli bir hakka dayanmadığına ve *RTI*' in da hak sahibi bir üçüncü kişi sayılmayacağına dair savunmasının geçerliliğini sorgulamıştır. Bu kapsamda Komisyon'un münhasır yetkisine girmeyen ve özellikle açıkça Komisyon'un kendi uhdesine almadığı uyuşmazlıkların tahkimde görüleceğine hükmedilmiştir. Hakem heyeti bu analizi yaparken taahhütlerin "izleme" fonksiyonunun Komisyon tarafından çizilen sınırlar içerisinde tahkim prosedürü bağlamında yerine getirileceği kanaatinde olduğunu, ancak bu noktada Komisyon ile hakem heyetinin yetkilerinin birbirleri ile çelişmeyip birbirlerini tamamladıklarını da ifade etmiştir[1360]. Nihayet hakem heyeti taahhütte öngörülen tahkim şartının sadece belirli bir üçüncü kişiye bahşedilmiş belirli haklardan doğan uyuşmazlıklar hakkında geçerli olmayıp, genel olarak *Newscorp* tarafından yapılan taahhütlerden herhangi birinin ihlal edilmesi halinde herhangi bir hak sahibi üçüncü kişi tarafından ileri sürülmesi halinde kullanılabileceğini hüküm altına almıştır. Hakem heyetine bu sonuca, önlemlerin Komisyon müdahalesi olmaksızın uygulanabilmesi ve bu anlamda tahkimin etkili bir izleme metodu olması için gerekli olduğu düşüncesinden yola çıkarak ulaşmıştır. Özetle hakem heyeti

[1359] Emanuele, Molfa, Pierantonio, "EU Merger Remedy Arbitration: Key Features and Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award", s. 448.

[1360] Di Brozolo, "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia", s. 230.

taahhütlerin öngörülmesinin ve birleşme sisteminin amaçlarını göz önüne alarak tahkim şartının taahhütlerde yer alan her bir yükümlülüğün ihlali durumunda her bir ilgili üçüncü kişi tarafından ileri sürülecek talepleri kapsadığını kabul etmiştir[1361].

Yargılama yetkisinin yokluğu savunması bağlamında ikinci dayanak, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmamasıdır. Bu iddianın ilk ayağı, konu üzerinde Komisyon'un münhasır yetkisi bulunması sebebiyle tahkime elverişsizliktir. Davalıya göre taahhütlerin uygulanması dışında kalan (taahhütlerin ihlali dahil) hususlar, münhasıran Komisyon'un yetkisindedir. Komisyon da taahhütlerin ihlal edilip edilmediğinin tespiti konusundaki yetkiyi- bunun bir kamusal yetki olmasından dolayı- hakem heyetleri de dahil olmak üzere üçüncü kişilere devredemez. Hakem heyeti bu konudaki savunmayı da reddetmiş, tahkim şartının kapsamıyla ilgili yaptığı analizlerle bağlantılı olarak Komisyon ile hakem heyetinin görev alanlarının birbirinden farklı olduğunu, hakem heyetinin sadece taraflar arasında hüküm doğurmak üzere böyle bir ihlalin varlığına karar verebileceğini ve Komisyon'un kamu hukukuna dair yetkilerinin bundan etkilenmeyeceğini hükme bağlamıştır[1362].

Yargılama yetkisinin bulunduğuna hükmeden hakem heyeti, sonrasında esas hakkındaki iddiaları değerlendirmiştir. Hakem heyeti ilk olarak FIFA Dünya Kupası'nın taahhüt kapsamına girip girmeyeceğini incelemiş ve her ne kadar ilk bakışta FIFA Dünya Kupası taahhütte tarif edilen "dünya geneli spor hakları" kapsamına giriyor olsa da bunun yeterli olmadığını, taahhütte yapılan tanımın Komisyon'un kararından bağımsız düşünülemeyeceğini, bu noktada sonuca ancak Komisyon'un yaptığı ilgili pazar analizi ve beklediği rekabetçi faydaları göz önüne alarak varılabileceğini hüküm altına almıştır. *RTI*'ın söz konusu taahhüdün yorumlanmasında Komisyon kararından ziyade esasa uygulanacak hukuk olan İtalyan hukuku ve AB hukukundan hareket edilmesi yönündeki görüşünü de reddetmiş, Komisyon'un izin kararının da zaten AB hukukunun bir parçası olduğunu

[1361] Di Brozolo, "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky

vurgulamıştır. İzin kararının amaçları ve rekabete ilişkin analizlerini göz önüne alarak FIFA Dünya Kupası'nın taahhütler kapsamında sayılıp sayılmadığı konusunda yaptığı inceleme sonucunda da hakem heyeti olumsuz bir sonuca ulaşmıştır[1363]. Bunun gerekçesi de, FIFA Dünya Kupası'nın izin kararında birleşmenin rekabete aykırı etki doğuracağının öngörüldüğü pazara dahil olmadığı ("yıllık olmayan futbol etkinlikleri" pazarına dâhil olduğu) sonucuna varılmasıdır. Hakem heyetine göre izin kararında genel olarak spor müsabakaları gibi geniş bir pazar belirlenmediğinden, her türlü büyük spor olayının taahhüdün kapsamına gireceği gibi bir yorum yapılamaz. Bu noktada *RTI*'ın taahhütlerin beklenen rekabetçi etkiyi doğurmaları için değişen koşullara göre esnek yorumlanması gerektiğine dair iddiası da kabul görmemiş, taahhütleri değiştirme yetkisinin münhasıran Komisyon'a ait olduğu, hakem heyetinin böyle bir yetkisinin bulunmadığı vurgulanmıştır[1364]. Sonuç olarak *RTI*'ın talepleri esastan reddedilmiştir.

Birleşme kontrolü tahkimleri bakımından rapor edilen bu ilk hakem kararı gerçekten de çok önemli tespitleri barındırmaktadır. Hakem heyeti yetkili olup olmadığını belirlerken izleme fonksiyonuna atıf yapmış, ancak Komisyon ile yetkilerinin ayrıştığına ve birbirini tamamladığına dikkati çekmiştir. Bu bağlamda kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi için tahkim şartının geniş şekilde yorumlanması ve bu yorum yapılırken katı bir lafzî yorumdan kaçınılması gerektiği de hakem heyeti tarafından ortaya konmuştur. Ayrıca Komisyon ile yetkilerinin ayrıştığı düşüncesiyle bağlantılı olarak hakem heyeti taahhütlerin genişletilerek yorumlanmasına da sıcak bakmamıştır. Hakem heyetine göre bu yetki münhasıran Komisyon'a aittir. Esasa ilişkin varılan sonuçlar da oldukça ilginçtir. Öncelikle hakem heyetinin rekabet hukuku bakımından derinlemesine bir analiz yaptığı ve konuyu çok

Italia", s. 232.

[1362] Ibid. s. 233.

[1363] Emanuele, Molfa, Pierantonio, "EU Merger Remedy Arbitration: Key Features and Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award", s. 448.

[1364] Di Brozolo, "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia", s. 237.

boyutlu olarak ele aldığı aşikârdır. Vardığı sonuçların rekabet hukuku bakımından tam manasıyla doğru olup olmadığına ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılırsa[1365], hakem heyetinin taahhüdü izin kararından bağımsız olarak yorumlamaması doğru bir tercihtir. Gerçekten de bu kararda yer alan tespit, endişe ve beklentiler dikkate alınmaksızın sadece esasa uygulanacak hukuk bağlamında bir yorum yapılması, tahkim kararının Komisyon kararına aykırı olması ve bu bağlamda özellikle AB üye devletlerinde tenfiz edilememesi sonucunu doğurabilecektir[1366].

Netice itibarıyla, rapor edilen bu ilk hakem kararı, birleşmeler bakımından tahkimin etkin bir izleme yolu olarak kullanılabileceğine dair kanaatleri pekiştirmektedir. Hakemler Komisyon'un görüş ve değerlendirmelerine azami ölçüde dikkat göstererek olağan ticari tahkimden farklı hassasiyetler gerektiren bu tahkimi benimsediklerini ortaya koymaktadırlar. Bununla birlikte hakemlerin kendi yetkileri ve Komisyon'un yetkileri konusunda net bir tavırları olmasının, Komisyon nezdinde de tahkime duyulan güveni arttıracağı şüphesizdir. Bu tahkim bakımından Komisyon'un müdahalesi konusunda tahkim şartında bir düzenleme yer almamış, ancak Komisyon tarafından bir müdahalede bulunulduğuna dair de bir emareye de rastlanmamıştır[1367]. Bu durum, Komisyon bakımından da tahkimin bağımsızlığı ve kendi gereksinimlerinin dikkate alındığı şeklinde yorumlanabilir. Her hâlükârda bu kararın, davranışsal taahhütler bakımından tahkimin kullanımı konusunda doğru yolda bulunulduğuna dair ipuçları verdiği söylenebilir.

[1365] Özellikle FIFA Dünya Kupasının izin kararında ifade edilen "diğer spor etkinlikleri" pazarına neden dâhil sayılmadığı konusunda bir eleştiri mevcuttur. Bkz. Di Brozolo, "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia", dn. 34.

[1366] AB üye devletleri mahkemeleri AB hukukunun üstünlüğü, doğrudan etki ve işbirliği prensipleri uyarınca Komisyon kararına etki tanımak zorundadırlar. Bu anlamda Komisyon kararına aykırı bir hakem kararı kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfiz edilmeyecektir.

[1367] Di Brozolo, "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia", s. 240.

B. Amerikan hukukunda birleşmeler bağlamında tahkimin kullanımı

Görüldüğü üzere AB bakımından birleşmeler kapsamında verilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediği bağlamında tahkimin bir izleme aracı olarak kullanımı artık sistematik bir hal almıştır. Peki Amerikan hukuku bakımından durum nasıldır? Öncelikle Amerikan birleşme devralma sisteminin özelliklerine kısaca değinilecek, sonrasında tahkimin bu sistemde önemli bir yeri olup olmadığı incelenecektir.

Amerikan rekabet hukukunda birleşmeler hakkındaki temel hüküm, Clayton Act'in 7. maddesidir[1368]. Bu madde rekabeti esaslı şekilde sınırlama veya tekel oluşturma sonucu doğuracak birleşmeleri yasaklamaktadır. Aynı kanunun 7A maddesi[1369] ise her sene yeniden belirlenen limitleri aşan birleşme ve devralmalarla ilgili Adalet Bakanlığı Rekabet Dairesi'ne ve Federal Ticaret Komisyonu'na önceden bildirim yapılmasını öngörmektedir. Böylece hükûmet bu anlaşmaları hayata geçirilmeden önce inceleme ve rekabete aykırı olacağını düşündüğü birleşme ve devralmalara onay vermeme hakkına sahip olmaktadır. Yetkili kurum eğer yaptığı ilk inceleme sonucunda rekabete aykırılık konusunda bir kanıya varırsa, taraflardan detaylı bilgi ister. Bu istekten kısa bir süre sonra yetkililer taraflarla bir araya gelerek rekabetle ilgili endişelerini açıklar ve ek bilgi sunulmasını talep ederler. Bir isteğin kapsamı hakkında endişeleri bulunan taraflar kurum içerisinde üst düzeyde bulunan personelle görüşle gerçekleştirebilirler. Tüm bu görüşmelerin sonunda bir plan üzerinde uzlaşma gerçekleştirilir[1370]. Bu plan kapsamında çoğu zaman planda öngörülen çözümlere uygun davranılıp davranılmadığı ile ilgili olarak izleme uzmanları yahut denetçiler görevlendirilmektedir. Ancak bunların yetkisinin özellikle ilgili otoritenin bir ihlal bulunup

[1368] §7 Clayton Act, 15 U.S.C. § 18.
[1369] § 7A Clayton Act, 15 U.S.C. § 18a.
[1370] William Blumenthal, James Hurwitz, "Alternative Dispute Resolution and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust**

bulunmadığı ve eğer ihlal varsa gerekli yaptırımlar konularına uzanmaması konusuna azami dikkat gösterilmektedir[1371].

ABD birleşme sisteminin uygulayıcısı kural olarak hem Federal Ticaret Komisyonu, hem de Adalet Bakanlığı'dır. Federal Ticaret Komisyonu (FTC) yarı- yargısal nitelikte bir bağımsız düzenleyici kurumdur. Adalet Bakanlığı Rekabet Dairesi (DOJ) ise idari yapının bir parçasıdır. Bu ikisinin görev alanları zaman zaman birbiriyle çakışsa da, genel itibarıyla aralarında uzmanlık alanları itibarıyla bir ayrım söz konusudur: DOJ tipik olarak finans, telekomünikasyon ve tarım sektörlerindeki birleşmeler konusunda devreye girerken, FTC bakımından bu sektörler savunma, ilaç ve perakende olarak sayılabilir[1372]. İkinci olarak, yukarıda bahsi geçen uzlaşma prosedürleri bağlamında, DOJ'un mahkeme nezdinde dava açarak taraflarla vardıkları anlaşmayı mahkemeye bir sulh anlaşması olarak sunma ve mahkemenin onayını alma zorunluluğu varken, FTC bakımından bu zorunluluktan bahsedilemez: varılan anlaşma doğrudan FTC tarafından bir karar olarak formüle edilebilir[1373].

Peki Amerikan uygulamasında birleşmelere izin sistemde tahkimin bir yeri var mıdır? Öncelikle, ABD'de tahkimin birleşmeler bağlamında çok nadir olarak kullanıldığını söylemek gerekir. Bu anlamda da FTC'nin, ne de DOJ'un bu konuda yerleşmiş bir

---

Arbitration: A Handbook for Practitioners (s. 1501 - 1532), The Hague, Kluwer Law International, 2011, para. 42-044.

[1371] Örneğin bazen elden çıkarma konusunda bir anlaşma sağlandığı durumda elden çıkarılacak iş kısmının elden çıkarma gerçekleşene kadar ticari olarak rekabet gücünün yüksek tutulması konusunda önlemler öngörülmektedir. İşte bu önlemlerin yerine getirilip getirilmediği konusunda rapor sunacak bir uzman atanabilmektedir. Yahut söz konusu önlemlere uyulmadığında elden çıkarmayı önlemler çerçevesinde yerine getirecek bir anlamda "elden çıkarma uzmanı" olarak görev yapacak bir görevlinin atanmasına karar verilebilmektedir. Ancak her hâlükârda bu kişilerin yetkilerinin uygulayıcı kurumun karar verme konusundaki yetkileri ile karışmamasına azami ölçüde dikkat edilmektedir. Bkz. Blumenthal, Hurwitz, "Alternative Dispute Resolution and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement", para. 42-048.

[1372] Todd N. Hutchinson, **Understanding the Differences Between the DOJ and the FTC**., n.d., American Bar Association: http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/understanding_differences.html 28.03.2017, para. 4.

[1373] Daniel H. Margolis, Kenneth Vorrasi, "Arbitration in US Antitrust Enforcement" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners** (s. 1745-1760), The Hague, Kluwer Law International, 2011., dn. 1.

uygulaması olduğundan bahsetmek mümkün değildir[1374]. Ancak prensipte uzmanların atanmasına ilişkin uygulamaya paralel olarak rekabet otoritesi, elden çıkarma ve buna bağlı olarak bazı davranışsal önlemlerin öngörülmüş olduğu durumda, başvuran tarafın sözleşmelerine karşı tarafın da istemesi durumunda tahkim şartı eklemesine karar verebilir. Dolayısıyla tahkim şartı kural olarak kararda yer almaz; karar uyarınca yapılacak sözleşmeye bu şart eklenir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hakemin rekabet otoritesinin kararına uygun davranılıp davranılmadığını tespit etme konusunda yetkili olmamasıdır. Bu anlamda tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlık sadece sözleşmeye uygunluğa ilişkin olup, önlemlerin yer aldığı karara uygunluk hakem heyetinin yetki alanı dışında kalmaktadır[1375]. Bu konu rekabet otoritelerinin yetki devri yapamayacağı ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir[1376].

Bu temel ilke ortaya konulduktan sonra, uygulamada tahkimin ne şekilde kullanıldığına değinmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere, tahkim birleşmeler kapsamında yapılan öneriler bağlamında çok seyrek olarak kullanılmış olup, bir uygulama birliği de sağlanmamıştır. Temelde elden çıkarma önlemlerine eşlik eden davranışsal nitelikteki önlemler bağlamında kurulması öngörülen sözleşmelere tahkim şartının da ekleneceğine dair ifadelere rastlanmaktadır[1377]. Ancak genel olarak tahkim usulüne dair bir

[1374] Ibid. para. 48-001.

[1375] (re America Online, Inc., 2001), para. 851.

[1376] Esasında rekabet otoritesinin birleşmeye dair verdiği karara uygun davranılıp davranılmadığı son tahlilde mahkeme tarafından belirlenecektir. İlgili rekabet otoritesi, bu yöndeki kanaati çerçevesinde mahkemeye bir başvuru yapıp yapmamaya karar verir. Hakemin karara uyulmadığı konusundaki görüşünü açıklaması halinde bunun rekabet otoritesini etkileyeceği, kurumun kendi değerlendirmesini yapması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Blumenthal, Hurwitz, "Alternative Dispute Resolution and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement", para. 42-049. Bu noktada ABD'de AB uygulamasında olduğu gibi uygulama anlaşması olmaksızın kararın kendisine dayanarak tahkime gitmenin mümkün olmadığını hatırlatmak gerekir. Dolayısıyla hakem heyeti sadece sözleşme bağlamında bir inceleme yapacaktır.

[1377] Data Card kararında, Data Card firmasının üretim hatlarından birini devredeceği öngörülmüş, ayrıca bu devirle bağlantılı olarak alıcının talep etmesi halinde tecrübeli bir personelin devir konusu üretim hattının işletilmesi konusunda yardımcı olacağı, buna ek olarak alıcı tarafından satılacak olan ürünlere dair Data Card tarafından ayrımcı olmayan koşullarda servis hizmeti verileceği; tüm bu hususlara ilişkin yapılacak sözleşmeye bir tahkim şartı eklenmesi öngörülmüştür. Bkz. (United States v. Data Card Corp., 1987). Dow Chemical kararında da Dow Chemical firmasının şeffaf bromin sıvısına dair işlerini üçüncü bir kişiye devretmesine ve Dow Chemical firmasının bromin işlerini devralacak Ethyl firmasının da bu devrin alıcısı üçüncü kişi ile tedarik sözleşmesi imzalamasına karar verilmiş, bu kapsamda her iki firma aleyhine ileri

belirleme çok sınırlı hallerde yapılmıştır. Kararların hiçbirinde delillerin toplanmasına dair bir hükme yer verilmemiş, sadece bir kararda tahkim yargılaması için bir süre öngörülmüştür[1378]. Yine *Imetal* kararı haricinde hiçbir kararda FTC veya DOJ'un tahkim sürecine dâhil olması öngörülmemiştir. *Imetal* kararında ise DOJ'a hakemi onaylama, tahkim sürecine destek verme ve delil sunma gibi usulî yetkiler tanınmıştır[1379]. Hakem kararının iptali hakkından feragat etme veya kararın yayımlanması gibi konular da düzenlenmeyen hususlar arasındadır. Ancak bazı kararlarda tahkimin başladığının ve hakem kararının FTC veya DOJ'a bildirileceği öngörülmüştür[1380]. Sadece bir kararda da hakemin kararına uyulmamasının FTC'nin kararının ihlali anlamına geleceği açıkça düzenlenmiştir[1381].

Görüldüğü gibi Amerikan birleşme sisteminde tahkimin sistematik olarak bir izleme aracı olarak kullanıldığından bahsedilememektedir. Yakın tarihli iki kararda[1382] arka arkaya iki kez birleşme çözümleri bağlamında oldukça detaylı bir tahkim şartına yer verilmiş, ancak bu bir uygulama hâline gelmemiştir. Bunlar dışında tahkimin öngörüldüğü durumlarda da tahkim şartının ve tahkim usulünün belirlenmesi çoğunlukla bütünüyle taraflara bırakılmakta

---

sürülebilecek bir tahkim şartı formüle edilmesi öngörülmüştür. Bkz. (United States v. The Dow Chemical Co., 1987). Imetal kararında bildirimde bulunan taraflar bakımından elden çıkarma önlemleri getirilmiş, bunların satışıyla ilgili uyuşmazlık çıkması halinde ise alıcının talep etmesi durumunda birleşen tarafların makul bir tahkim sözleşmesi kurmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Bkz. (United States v. Imetal SA, 2000). Cargill kararında ise, Cargill' in elden çıkarma yükümlülükleri çerçevesinde bir uyuşmazlık çıkması halinde üçüncü kişi alıcı ile müştereken kararlaştırdıkları tahkim kurallarına göre tahkime gitmesi öngörülmüştür. Bkz. (United States v. Cargill, Inc., 2000). Tüm bu kararlar DOJ nezdindeki birleşme bildirimlerine ilişkindir. Tahkimin öngörüldüğü FTC kararları ise şunlardır: re Ciba kararında birleşen taraflardan Sandoz'un belirli elden çıkarma yükümlülükleri altına girmesi ve gen terapisi konusunda lisans vermesi, lisans sözleşmelerine tahkim şartı eklenmesi öngörülmüştür. Bkz. (re Ciba- Geigy Ltd., 1997) El Paso kararında ise El Paso'ya dolaylı olarak kontrol ettiği Viosca Knoll firması üzerinden ayrımcı olmayan şartlarda erişim sağlama yükümlülüğü ve üçüncü kişilerin talebi halinde bu erişime ilişkin olarak tahkim şartı akdetme yükümü getirilmiştir. Bkz. (re El Paso Energy Corp., 2000). re America Online kararında ise birleşen taraflardan Time Warner hakkında bağımsız internet servis sağlayıcıları ile rakip kablo genişağ internet hizmeti sunabilmelerini teminen sözleşme kurma yükümlülüğü ve bu sözleşmeye söz konusu servis sağlayıcıları tarafından talep edilmesi halinde tahkim şartı ekleme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bkz. (re America Online, Inc., 2001). Nihayet 2008 tarihli Evanston Northwestern Healthcare (ENH) kararında ENH bakımından mülkiyetinde bulunan hastanelerde bakım hizmetleri sözleşmelerini yapacak bağımsız birimler oluşturma yükümlülüğü getirilmiş, yine üçüncü kişinin bu sözleşmelerle ilgili talep etmesi halinde tahkime başvurabilmesini sağlayacak bir tahkim şartı formüle etmesi kararlaştırılmıştır. Bkz. (re Evanston Northwestern Healthcare Corp., 2008)

[1378] (United States v. Imetal SA, 2000)

[1379] Ibid. para. 87-845.

[1380] (United States v. Data Card Corp., 1987); (United States v. The Dow Chemical Co., 1987); (United States v. Imetal SA, 2000).

[1381] (re El Paso Energy Corp., 2000).

ve rekabet otoritesinin tahkim sürecine hemen hemen hiçbir müdahalesi olmamaktadır. Bu sebeple birleşmeler bakımından doktrinde ifade edildiği sekliyle "idari" yahut "supranasyonel" bir tahkim bulunup bulunmadığı konusunda yapılacak analizlerde Amerikan örneği bir veri olarak ele alınmayacaktır.

C. Türk hukukunda birleşmelerin izlenmesi bağlamında tahkimin bir izleme aracı olarak kullanılması mümkün mü?

Türk rekabet hukuku bakımından birleşme çözümlerinde yer alan taahhütler kapsamında tahkime yer verilip verilemeyeceği konusunda açık bir hüküm yer almaktadır. Rekabet Kurumu, 2011 yılında AB Hukukundaki Çözümler Hakkında Komisyon Duyurusu 'nu esas alan "Birleşme/ Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz" ("Kılavuz") yayınlamış[1383], bu Kılavuz'un 82. Paragrafında da aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

> "*Elden çıkarma çözümlerine ilişkin olarak yukarıda yer verilen uygulama usulü, uygun düştükçe diğer çözüm önerileri bakımından da dikkate alınacaktır. Örneğin, çözüm önerisi bir lisansın devrini konu alıyor ve lisanstan faydalanacak kişinin Kurulca onaylanması öngörülüyorsa, Kurulun belirlediği "uygun alıcı şartları" uygulanabilir. Davranışsal çözümlerin çeşitliliği göz önüne alınarak, bu çözümlere ilişkin genel ilkeler koymak yerine her olayın özellikleri çerçevesinde ayrı değerlendirme yapılması uygun olacaktır.* ***Kurul,*** *davranışsal taahhütlerin uygulanmasını gözetecek bir uzmanın atanmasının yanı sıra,* ***çözüm önerilerinin uygulanması aşamasında taraflarla ilgili üçüncü kişiler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için hızla devreye girerek çözüm önerilerinin pazar oyuncularınca bizzat uygulanmasını sağlayacak bir tahkim mekanizmasının kurulmasını isteyebilir.***" (Vurgular eklenmiştir).

[1382] (United States v. Comcast Corp., 2011) ve (United States v. Google Inc. & ITA Software Inc., 2011) kararları.

[1383] Rekabet Kurumu Birleşme/ Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz, 2011, (Çevrimiçi) http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FKilavuz%2Fkilavuz15.pdf 04.03.2017.

Dolayısıyla AB uygulamasında olduğu gibi davranışsal taahhütlerin izlenmesi bağlamında tahkimin birleşme ve devralmaların denetiminde bir denetim aracı olarak kullanılması teorik olarak mümkündür. Peki bu tahkimin niteliği ne olacaktır? Birleşme çözümlerine has bir tahkim sisteminin oluşturulmasına Türk hukuku bakımından bir engel var mıdır? Bu bağlamda özellikle potansiyel üçüncü kişilere yöneltilen tahkim iradesinin Türk hukukundaki durumu nedir? Bu soruya aşağıda yanıt aranacaktır.

Taraflardan sadece birine tahkime başvuru hakkı veren tahkim şartları doktrinde "asimetrik tahkim şartları" olarak ifade edilmiştir[1384]. Türk hukukunda asimetrik tahkimin iki örneği bulunduğu ileri sürülmüştür: bunlardan ilki sigortalı veya sigorta sözleşmesinden yararlananın sigorta şirketine karşı belirli ihtimaller dahilinde tahkim sözleşmesi yapılmamış olsa dahi tahkime başvurabildiği sigortacılık sözleşmeleridir[1385]. İkincisi ise Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün yakın bir tarihe kadar kullandığı Standart Kurtarma Sözleşmesi metninde yer alan tahkim şartıdır[1386]. Bu ikinci durumda asimetrik tahkim şartının geçerliliğine ilişkin bir mahkeme kararı[1387] ve Yargıtay kararı[1388] bulunmaktadır. Bahsi geçen tahkim şartı aşağıdaki gibidir:

> "*Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağının tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde* ***kurtarıcının talebi üzerine*** *İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur. Diğer ihtilaflar genel hükümlere göre İstanbul mahkemelerinde hal ve fasl olunur.*[1389]"

[1384] Emre Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği" **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 9(2), 2010, s. 154; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013., s. 83; Şanlı, Ataman-Figanmeşe, Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, dn. 375.

[1385] Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 83-84.

[1386] Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 145.

[1387] (İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi Kararı E. 2008/54, 2008)

[1388] (Yargıtay 11. HD E. 2009/11257, 2011)

[1389] Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 84.

Dava konusu olayda, Çanakkale Boğazı'ndan geçerken fırtınaya tutulan gemi için geminin kaptanı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nden çeki hizmeti verilmesini talep etmiş; kendisine sunulan ve yukarıdaki tahkim şartını içeren matbu kurtarma sözleşmesini de imzalamıştır. Bunun üzerine kurtarma hizmeti verilmiştir. Daha sonra kurtarıcının başvurusu üzerine mahkemece gemi seferden men edilerek çeki hizmeti karşılığı yüksek bedelli bir teminat ödemesine hükmedilmiş, bu teminatı yatıran donatan çeki bedelinin tespiti ve teminatın tenzili için Denizcilik İhtisas Mahkemesi'ne dava açmıştır. İhtisas mahkemesi ise davayı geçerli bir tahkim şartının varlığı sebebiyle görevsiz olduğuna hükmederek reddetmiştir[1390]. Yargıtay ise dayanak tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vererek İhtisas Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.

Yargıtay'ın tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vermesinin iki dayanağı bulunmaktadır. Yargıtay öncelikle taraflardan sadece Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne ("KEGM") tahkim yoluna başvurma hakkı verilmesini hak arama özgürlüğü açısından hukukun genel ilkelerine aykırı bulmuştur. Bunun sebebi, uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman hizmet alanların mahkemeye yaptıkları başvurunun tahkim itirazı ile karşılaşması; ancak hizmet veren KEGM'nin de tahkime başvurmaması halinde başvurulabilecek başka bir yasal yol kalmaması ihtimalidir ki; somut olayda da olayın seyri bu şekilde olmuştur. Doktrinde aynı yönde bizim de katıldığımız görüşler ifade edilmiş, bahsi geçen durumun Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı bir durum yarattığı savunulmuştur[1391].

Yargıtay ikinci olarak, sıkça kullandığı aynı uyuşmazlığın hem tahkim yoluyla hem de mahkeme yoluyla çözümünün öngörüldüğü tahkim şartlarının geçerli olmadığına ilişkin görüşü bağlamında bir gerekçe geliştirmiştir. Buna göre hizmet alanın tahkime

[1390] Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 150-151.

[1391] Ibid., s. 152; Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 90.

başvuramaması demek, mahkemeye başvurabileceği anlamına gelecektir; aynı uyuşmazlık hakkında hizmet alanın mahkemeye, diğer tarafın ise tahkime başvurabileceğini öngören tahkim şartı ise Yargıtay'ın bu görüşü doğrultusunda geçersiz olacaktır. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu görüşü yerinde değildir. Aynı anda hem mahkemeye hem de tahkime gidilebileceğini öngören şartlar bir alternatifi ifade etmektedir: tahkime başvuru imkânı olmayan taraf mahkemeye gitmek yönünde bir tercih kullanarak diğer ihtimali bertaraf etmiş olacaktır[1392]. Burada iradede bir belirsizlik söz konusu değildir: taraflar her iki ihtimali de kabul ettiklerine yönelik bir irade ortaya koymaktadırlar. Ancak bu noktada paralel yargılamaların ortaya çıkması durumunu önlemek için yukarıda bahsedilen şekilde taraflardan biri bir yolu işlettiği durumda, örneğin, KEGM tahkime başvurduğu durumda, mahkeme artık açılan davayı reddetmeli, buna karşılık mahkeme yolunun seçilmesi durumunda artık mahkeme tahkim itirazı süresinde yapılsa bile davayı reddetmemelidir[1393]. Son olarak, asimetrik tahkim şartları bakımından taraflardan birisinin diğerine göre ekonomik açıdan zayıf durumda olup olmadığının da kanımızca inceleme konusu yapılması gerekir. Bu durumda eşitsizlik hali başlı başına bir geçersizlik sebebi teşkil etmemelidir; zira zayıf tarafa da tahkime başvuru hakkı verilmiş olması mümkündür[1394]. Ancak ekonomik açıdan zayıf tarafa veya halin koşulları gereği zor durumda bulunan tarafa dayatılan bir asimetrik tahkim şartının geçersizliği kanımızca söz konusu olacaktır[1395].

Yargıtay'ın kararı sonrasında KEGM'nin kurtarma sözleşmesindeki tahkim şartı değiştirilmiş ve "taraflardan birinin talebi üzerine" tahkim yoluna gidilebileceği

[1392] Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 155.

[1393] Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 93.

[1394] Ibid. s. 87.

[1395] Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 154.

düzenlenmiştir [1396] . Dolayısıyla Türk hukuku bakımından artık kurtarma sözleşmeleri asimetrik tahkimin bir örneğini teşkil etmemektedir.

Netice olarak Türk hukukunda asimetrik tahkim şartlarının başlı başına geçersiz olduğundan bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz[1397]. Eğer hak arama hürriyetini sınırlandıran veya bir tarafın diğer tarafa haksız şekilde dayattığı bir tahkim şartı söz konusu değilse[1398] kanaatimizce Türk hukukunda asimetrik tahkim şartlarını geçersiz kabul etmek için bir sebep mevcut değildir.

Bu değerlendirmeler ışığında, birleşme taahhütlerinde öngörülebilecek tahkim şartlarının AB sistemi paralelinde tek tarafa başvuru hakkı verecek şekilde düzenlenmesinin hukukumuz açısından durumuna bakmak gerekir. Yukarıda ifade edildiği üzere [1399] birleşmelerde davranışsal çözümler bakımından tahkim şartları çoğu durumda belirsiz üçüncü kişi yararlananların başvurusu üzerine bağlayıcılık kazanmaktadır. Bu durumda birleşmenin taraflarının mahkemeye veya Rekabet Kurulu'na başvuru hakları ayrı ayrı saklı olduğundan, hak arama hürriyetine dair bir sınırlamadan bahsedilemez. Ayrıca bu uyuşmazlıklar bakımından kural olarak zayıf olan tarafın, üçüncü kişi yararlananlar olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla zayıf olan taraf için fazladan bir başvuru hakkı getirilmiş olmakta, ancak bu taraf dilerse taahhütlerin yerine getirilmediği iddiasıyla mahkemeye yahut Rekabet Kurulu'na da başvuruda bulunabilmektedir. Bu anlamda sözleşmenin zayıf olan tarafının aleyhine bir durum da söz konusu olmamaktadır.

Bu noktada, zayıf olan tarafa hem tahkime başvuru imkânının hem de mahkemeye başvuru imkânı getirilmesinin Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda tahkim konusundaki

---

[1396] Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, (Çevrimiçi) https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf 14.04.2017.

[1397] Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği", s. 155; Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 87.

[1398] Bu noktada tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik ayrıca bir değerlendirme yapılması tabiidir. Bkz. Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 90-91.

[1399] Bkz. yukarıda s. 274-275.

iradede bir zayıflık olarak yorumlanıp tahkim şartının geçersiz sayılmasına yol açıp açmayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce böyle bir yorum yapılamaz, zira üçüncü kişiye mahkemeye gitme imkânı verilmesi tahkim anlaşmasının kurulmasından öncedir: taraflar aynı anda hem hakemi, hem de hâkimi yetkilendirmemektedir. Eğer tahkim anlaşması iki tarafın iradesiyle kurulursa artık mahkemenin yetkisi ortadan kalkmış olacaktır. Teorik olarak tarafların zaten tahkime gitmeyi kararlaştırmamaları durumunda gidecekleri uyuşmazlık çözüm mercii mahkemelerdir. Ayrıca böyle bir yorumun benimsenmesi, taahhütlerde bir izleme yöntemi olarak tahkimin kullanılmasının amacına aykırılık teşkil edecektir. Gerçekten de bu çözümlerde tahkimin benimsenmesinin sebebi, taahhütlere uygun davranılıp davranılmadığı konusundaki uyuşmazlıkların konusunda uzman hakemler tarafından hızlı bir şekilde çözüme kavuşturularak davranışsal taahhütlerin etkinliğini arttırmaktır. Bu anlamda, tahkim şartının geçersiz kabul edilmesi, bu faydaları engelleyerek son tahlilde birleşme ve devralmalarda davranışsal çözümlerin kullanılmasına engel olacaktır.

Sonuç olarak, Türk rekabet hukuku sisteminde yukarıda belirtilen husus haricinde ve Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Kılavuz'un ilgili hükmü bağlamında davranışsal taahhütlerin izlenmesinde tahkimin etkin bir yol olarak kullanılabileceği düşüncesindeyiz. Doktrinde de aynı yönde bir görüş olarak, tahkim çözümünü içeren Komisyon kararlarında belirtilen yöntemlerin, Türk rekabet hukuku açısından koşullu izin kararlarında uygulanmasının mümkün olabileceği, bu bağlamda Rekabet Kurulu kararına dayanan bir taahhüdün ya da bu taahhüde dayanan yan anlaşmaların uygulanmasında hakemlerin, tek başına ya da denetleyici uzman gibi kişilerle birlikte yer alması suretiyle, taahhütlerin yerine getirilmesinin izlenmesinde etkinlik sağlanabilecegi ifade edilmiştir[1400].

[1400] Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, s. 63. Yazar bu noktada farazi bir örnek vermiş, bir altın madeninin özelleştirilmesi bağlamında o bölgede faaliyet gösteren dört alıcıdan birinin madeni devralması durumunda diğer alıcıların ve potansiyel üçüncü kişilerin piyasadan dışlanması bağlamındaki endişelerin giderilmesi amacıyla Kurul'un devralanın taahhüdü üzerine diğer dağıtıcılara ve dağıtım pazarına girebilecek potansiyel üçüncü kişilere belirli bir süre eşit satış yapma yükümü getirdiği bir durumda; Kurul'un

D. Birleşme kontrolü tahkimlerinin değerlendirilmesi- gerçekten supranasyonel bir tahkim mi?

Yukarıdaki bilgiler ışığında, birleşmeler bağlamında yapılan taahhütlerin izlenmesinde bir yöntem olarak kullanılan tahkimin ayırıcı noktaları şu şekilde özetlenebilir. Öncelikle tek taraflı ve çoğunlukla muhatabı taahhüdün verildiği anda belli olmayan bir tahkim şartı söz konusudur. Bu anlamda her ne kadar belirli olmasa da potansiyel üçüncü kişilerin tahkim şartından haberdar edilmelerine dair bir yükümlülük gündeme gelmektedir. İkinci olarak tahkim mekanizması sadece üçüncü kişi yararlanan tarafından menfaatini ispatlaması durumunda harekete geçirilebilecek, ancak bu kişiler tahkime başvurmak yerine dilerlerse Komisyon'a veya ulusal mahkemelere başvurma hakkına da sahip olacaklardır. Ayrıca bu kişilerin tahkim şartı üzerinde pazarlık yapma şansları ve tahkim usulünü belirlemek konusunda bir söz hakları bulunmamaktadır: Diğer tarafça belirlenen şartları kabul etmek ya da reddetmek durumundadırlar. Bu anlamda taraf iradesine yönelik kısıtlamalar söz konusudur. Üçüncü olarak birleşme kontrolü tahkimlerinde son derece teknik değerlendirmeler söz konusu olduğundan hakemlerin rekabet hukuku bağlamında ileri düzeyde bir uzmanlığa sahip bulunmaları zorunludur. Dördüncü olarak tahkim usulünde ispat yüküne ilişkin özel hükümlere yer verilmekte, olağan özel hukuk davalarındaki ispat yükü kuralları uygulama alanı bulmamaktadır. Beşinci olarak Komisyon'un tahkim sürecine taraf ve hakemlerin isteği dahilinde veya kimi hallerde re'sen müdahale etme imkânı bulunmakta, tahkim sürecinden ve sonucundan haberdar edilmesi, bağlayıcı görüşler sunması ve yorumlarda bulunması söz konusu olmaktadır. Altıncı olarak hakem kararının kural olarak Komisyon tarafından yayınlanması olağan bir uygulama halini almıştır. Nihayet taahhüde dayanılarak verilen hakem kararının Komisyon nezdinde bir bağlayıcılığı bulunmamakta,

---

birleşmeye koşullu izin verdiği kararında eşit koşullarda satış yapma taahhüdünün uygulanmasına ilişkin çıkabilecek uyuşmazlıkların öncelikle tahkim yoluyla çözülmesine karar verebileceğini ifade etmiştir.

aynı konuda Komisyon'un soruşturma açabilmesi imkânı yanında, dayanak taahhüdü bütünüyle geçersiz kılma ve hakem kararının tenfizine engel olma imkânı bulunmaktadır.

Bütün bu özelliklerin klasik bir uluslararası tahkimi tarif etmediği açıktır. Tek taraflı tahkim şartları bağlamında yatırım tahkimleri ile bir benzerlik bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmektedir[1401]. Bilindiği gibi yatırım tahkimleri, bir devlet ile yatırımcı arasında, bu devlet ile yatırımcının devleti arasında imzalanmış iki taraflı veya çok taraflı bir yatırım anlaşmasına dayanılarak yapılan bir tahkim yargılamasını tarif etmektedir[1402]. Hem yatırım tahkimleri bakımından hem de birleşme kontrolü bakımından böyle bir yapının kurulmasının amacı, zayıf olan tarafı koruma düşüncesidir[1403]. Gerçekten de yatırım tahkimleri bakımından yatırımcı devlet karşısında; birleşme kontrolü tahkimleri bakımından da üçüncü kişiler genelde piyasada ağırlığı bulunan birleşen taraflar karşısında zayıf bir konumda yer almaktadırlar. Bu şekilde zayıf tarafça talep edildiği halde tahkim şartı daha güçlü olduğu kabul edilen tarafı bağlar hale gelmektedir. Ancak yatırım tahkimleri bakımından bunun genel kural olmadığını da ifade etmek gerekir. Çok sayıda yatırım anlaşmasında tahkime gitmek için uyuşmazlık sonrasında her iki tarafın da rızasının bulunması şartı yer almaktadır[1404]. Ayrıca her hâlükârda yatırım tahkimlerinin dayanağı uluslararası kamu hukuku anlamında bağlayıcı olan iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları olup, bunlar bir anlamda yatırımcılara – özel hukuk kişileri olmalarına rağmen- uluslararası kamu hukukunun süjesi statüsü vermektedirler[1405]. Ancak birleşme kontrolü tahkimleri bakımından böyle bir statü söz konusu değildir. Üçüncü kişi yararlanan, diğer bir özel hukuk tüzel kişisi olan birleşen tarafın

[1401] (Lufthansa/ Eurowings, 2005), Di Brozolo, "Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle?", s. 7.

[1402] Christoph Schreuer, **ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge, Cambrdige University Press, 2001., s. 191.

[1403] Blanke, Sabahi, "The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control", s. 224.

[1404] Şili Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti arasında imzalanan 1994 tarihli; İsveç ile Malezya arasında imzalanan 1979 tarihli ve Avustralya ile Çin Halk Cumhuriyeti arasında imzalanan 1988 tarihli iki taraflı yatırım anlaşmalarının sırasıyla 9, 6 ve XII(2)(b) maddelerinde bu şekilde hükümler yer almaktadır. Bkz. Blanke, Sabahi, "The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control", dn. 59.

tahkim taahhüdü uyarınca tahkim sürecini başlattığında –bir uygulama anlaşması olmasa dahi- genellikle imzalanan görev belgesi veya benzer başka bir usule ilişkin belgeyle tarafların her ikisi de tahkim rızalarını yazılı olarak ortaya koymuş olmaktadırlar. Bu anlamda bu iki sistemin çıkış noktaları aynı olmakla birlikte dayanaklarının ve işleyişlerinin farklı olduğunu söylemek mümkündür.

Peki birleşme çözümü tahkimleri klasik anlamda ticari tahkimden ne derece ayrıdır? Bazı yazarlar birleşme kontrolü tahkiminin olağan bir tahkimden farklı düşünülemeyeceğini, Komisyon'un tahkim sürecine hiçbir etkisinin olamayacağını, bunun tahkimin özüne zarar vereceğini, hakemin karar almada bütünüyle bağımsız hareket edeceğini öne sürmüşlerdir[1406]. Diğer bir görüşe göre ise birleşme çözümü tahkimlerinde hakemler adeta Komisyon'un "uzanan kolu"dur ve bu anlamda yargısal görevlerinin yanında idari bir görev de icra ederler[1407]. Nihayet başka bir görüş de AB hukukunun özel gereksinimlerinin dikkate alınmasını gerektiren bu tahkim türünün "supranasyonel" bir tahkim olduğu yönündedir[1408].

Öncelikle, birleşme kontrolü tahkimlerinin en nihayetinde uluslararası tahkimin genel prensipleri çerçevesinde işlediği şüphesizdir. Esasa uygulanacak hukuk ve tahkim yeri hukukunun sınırlamaları altında faaliyet gösteren bir yargılama esastır[1409]. Ancak kanaatimizce çoğu birleşme kontrolü tahkiminde nihayetinde tarafların yazılı onayı ile tahkim yargılaması başlasa da, üçüncü kişinin tahkim şartı kurulurken herhangi bir pazarlık gücü

[1405] Ibid. s. 213.

[1406] Özellikle Di Brozolo ve Mourre bu görüştedir. Bkz. Di Brozolo, "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look"", s. 34 vd.; Di Brozolo, "Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle?", s. 7 vd.; Mourre, "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", para. 1-157 ve Mourre, "Dissenting Opinion on a Dangerous Project", s. 198 vd.

[1407] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 172.

[1408] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, Ch. 6; Blanke, "Arbitration Commitments in EU Merger Control: An Introductory Overview", s. 87.

[1409] Di Brozolo, "Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle?", s. 12. Bu hususun birleşme kontrolü tahkimlerinde tahkim şartı kaleme alınırken de dikkate alınması ve tahkim yeri hukukunun ve esasa uygulanacak hukukun emredici hükümleriyle çelişen hükümlerin tahkim şartına konulmaması gerekir. Ancak bu noktada Komisyon kararlarının AB üye ülkeleri bakımından bağlayıcı olduğunu ve iç hukuka üstün olduğunu da hatırlatmak gerekir. Bkz. Emanuele, Molfa, Pierantonio, "EU Merger Remedy Arbitration: Key Features and Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award", s. 452; Di Brozolo, "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia", s. 234.

olmaması, bu tahkimi taraf iradesinin belirleyici olduğu uluslararası ticari tahkimden ciddi manada ayırmaktadır[1410]. Bu anlamda üçüncü kişi yararlanan yerine ileri sürülen tahkim şartının uygun olup olmadığını Komisyon değerlendirmektedir, ancak bu noktada Komisyon'un sunulan taahhütleri değiştirmediğini, sadece kabul ettiğini veya reddettiğini hatırlatmak gerekir. Ancak tarafların taahhütlerini sunarken Komisyon'un geçmiş kararlarına ve potansiyel endişelerine göre tahkim şartını şekillendirdikleri de açıktır.

Komisyon'un tahkimle ilişkisi, sadece bu hususla da sınırlı değildir, tahkim sürecinde çok etkin bir rol sahibi olabilmektedir. Kanaatimizce, özellikle Komisyon'un re'sen müdahalesinin öngörüldüğü hallerin tahkim şartına yazılması zorunludur. Bu durumda tarafların –bir taraf için tahkim taahhüdünde bulunmakla, diğeri için tahkime gitme iradesini göstermekle- bu şartlarda bir tahkime rızalarının bulunduğu varsayıldığından, taraf iradesi prensibi bakımından ilk bakışta keskin bir ayrılıktan söz edilemeyecektir. Ancak, Çözümler Hakkında Duyuru' da Komisyon'un açıkça taahhüdün etkin şekilde izlenmesi için bir yol olarak tarif ettiği bu tahkim bakımından, tahkime yabancı bir tarafın dahil olmasının –müdahalenin ölçüsü de büyük önem arz etmekle birlikte- normal bir uluslararası ticari tahkime nazaran daha geniş sınırların söz konusu olduğu sonucuna varılması da mümkün görünmektedir. Zira bu tahkimin amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak olduğu kadar, bu uyuşmazlıkları taahhüdün ruhuna uygun ve taahhütten beklenen rekabetçi etkiyi doğuracak şekilde çözmektir. Bu ise Komisyon'un anlayışı çerçevesinde belirlenecek bir konudur. Hakemler elbette AB'nin bir kurumu değildirler ve bu anlamda Komisyon'un karar ve görüşlerinden kural olarak bağımsızdırlar. Ancak Komisyon kararları hakemlerin yargılama yetkilerinin ve kararlarının tenfizi ihtimalinin sınırlarını çizdiği ölçüde hakemler tarafından dikkate alınacaktır. Gerçekten de Komisyon'un karar ve görüşleri gözetilmeden verilen bir hakem kararı tenfiz edilmeme riski ile karşı karşıya olacak, bunun yanında

[1410] Penadés Fons, "Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger

özellikle birleşen taraflar bakımından taahhüdü ihlal eden bir durumun ortaya çıkması halinde izin kararından dönülmesi gibi çok ağır yaptırımlar söz konusu olabilecektir. Bu bakımlardan Komisyon'un bu tahkim süreci üzerindeki etkisinin her halde olağan bir ticari tahkimden daha fazla olduğunu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu müdahale en nihayetinde tarafların iradesi ile sınırlanmış durumdadır. Tarafların Komisyon'un dahline açıkça karşı çıkmaları halinde Komisyon artık müdahalede bulunamayacak, ancak idari mekanizmaları işleterek kamu hukuku kaynaklı yaptırımları uygulayabilecektir[1411].

Netice itibarıyla, hakemler birleşme sürecinde ve sonrasında herhangi bir idari fonksiyon üstlenmeyip bu anlamda Komisyon'un kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerini paylaşmadıklarından, burada idari nitelikli bir tahkimden bahsetmek kanaatimizce mümkün değildir. Ancak birleşme kontrolü tahkiminin olağan bir uluslararası ticari tahkimden farklı özellikler taşıdığı da açıktır. Bu farklılıkların önemli bir kısmı AB hukuku kaynaklı olduğu için bu tahkimin "*supranasyonel*" olarak tarif edilmesi anlaşılır bir durum olmakla birlikte, kanaatimizce birleşme kontrolü tahkimlerini "*sui generis*[1412]" olarak nitelemek daha doğru olacaktır. Zira bu kavramın, özü itibariyle uluslararası ticari tahkim olan ancak kendine münhasır nitelikler barındıran bu sistemi en iyi şekilde tarif ettiği düşüncesindeyiz.

Control", s. 1918.

[1411] Blanke, **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, s. 168.

[1412] Blessing, **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**, s. 183'te bu kavramı kullanmıştır.

V. BEŞİNCİ BÖLÜM

SONUÇ

Günümüzde genel itibarıyla uluslararası ticari tahkimin alanının genişlediği ve bu anlamda tarafların iradesine geçerlilik tanıma eğiliminin arttığı bir vakıadır. Bu bağlamda tahkime elverişlilik ile kamu düzeni kavramlarının birbiri ile ilişkili olmakla birlikte sınırlarının gittikçe ayrıştığı gözlemlenmektedir. İlk olarak, bir uyuşmazlığın kamu düzeninden sayılan konulara temas etmesinin başlı başına bir tahkime elverişsizlik nedeni oluşturmayacağının geniş olarak kabul gördüğü söylenebilir. Bunun amacı, esasında negatif ve istisnai bir etkisi bulunan kamu düzeni mülahazasının bu niteliklerini muhafaza etmek ve belirsiz bir kavram olan kamu düzenini potansiyel olarak ilgilendiren her konunun tarafların tahkim anlaşmalarının kapsamından çıkarılmasının önüne geçmektir. Bu ayrıştırmanın yapılabilmesinin en önemli etkenleri ise, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilecekleri ve tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız bir statüye sahip olduğu ilkelerinin uluslararası tahkimde geniş olarak kabul görmesi ve milli kamu düzeni ile milletlerarası kamu düzeni arasında bir ayrım yapılarak ikincisinin birincisine oranla çok daha dar kapsamlı olduğunun kabul edilmiş olmasıdır. Başka bir deyişle devletler tahkime elverişliliğin sınırlarını genişletmeye yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan başlamışlar, ancak daha sonra bu anlayışı iç hukuk bakımından da sürdürmüşlerdir.

Tahkime elverişlilik kriterinin ne olması gerektiği konusunda güncel eğilim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi kriteri değil, malvarlığından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime tâbi olması kriterinin benimsenmesidir. Dolayısıyla taraflardan en az biri bakımından parasal olarak ölçülebilen bir hakkın söz konusu olması durumunda tahkime elverişlilikten bahsedilebilecek; bu anlamda esas sözleşmenin ticari yahut medeni ilişkileri ilgilendirmesinin yahut konunun medeni hukuka, idare hukukuna yahut kamu hukukuna, hatta uluslararası kamu hukukuna ilişkin olmasının bir önemi olmayacaktır. İsviçre ve

Almanya hukuklarında benimsenen bu yaklaşım doktrinde de geniş kabul görmüş, kanunlar ihtilafı prensiplerinin tatbikini gerektirmesi bağlamında uygulamasının zor olduğu kabul edilen serbestçe tasarruf edilebilme kriteri yerine uyuşmazlığın malvarlığından kaynaklanması kriterinin benimsenmesinin uluslararası tahkimin gereklerine daha uygun olduğu ifade edilmiştir.

Ancak bu noktada tahkime elverişliliğin bütünüyle bir mesele olmaktan çıkmadığını da belirtmekte fayda vardır. Tahkime elverişlilik özellikle, zayıf ve korunmaya değer bir tarafın bulunduğu durumlarda, tescile tâbi konuların söz konusu olması halinde ve özellikle münhasır bir yetki kuralının bulunduğu durumlarda tarafların bu yöndeki iradesine bir engel teşkil etmeye devam etmektedir.

Çalışmamız bakımından önem taşıyan husus, bu sınırlamaların rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara etkisidir. Rekabet hukuku bakımından tahkime elverişlilik bağlamında güncel olarak en etkin sınırın, münhasır yetki kuralının bulunduğu haller olduğu söylenebilir. Dolayısıyla özellikle rekabet otoritelerinin idari ve cezai yaptırım uygulama yetkisinin her hâlükârda hakemlerin yetkisi dışında kaldığına dair tüm hukuklarda bir görüş birliği bulunduğundan bahsetmek mümkündür. Bunun dışında, rekabet hukuku kurallarının iç hukuk anlamında emredici kural, milletlerarası özel hukuk bağlamında doğrudan uygulanan kural olma niteliklerinin de genel olarak kabul gördüğü söylenebilir. Yine bu hukuk dalının kamu düzeni ile ilişkisi de kabul edilmektedir. Ancak kamu düzeninin ülkelerin vazgeçilmez nitelikteki değer ve prensiplerini ifade ettiği bir vakıadır. Bu bağlamda rekabet hukukunun, her ne kadar yaygın olarak var olsa da, tüm medeni uluslar tarafından gerekliliği ve içeriği konusunda görüş birliğine varılmış bir ilkeler bütünü olduğundan söz etmek zor görünmektedir. Dolayısıyla rekabet hukuku kapsamında her hususun, özellikle milletlerarası özel hukuk anlamında devletin diğer çıkarları, mesela tahkimin yaygınlaştırılması ve ülkenin milletlerarası tahkim bakımından bir merkez olarak konumlandırılması gibi bir politika

karşısında mutlak anlamda daha üstün olduğunu iddia etmek çok kolay değildir. Nitekim İsviçre bu yolu seçmiş, ülkesinin tahkim alanında dünyanın önde gelen bir merkezi olmasını yer yer rekabet hukukunun uygulanması yönündeki çıkarlarının –en azından yabancı hakem kararları bağlamında- önünde tutmuştur.

Rekabet hukukunun tipik olarak hangi hallerde hakemlerin önüne gelebileceği konusunda beş ihtimalden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, tahkime konu uyuşmazlıkta uyuşmazlığa konu sözleşmenin rekabet hukukuna aykırılığı sebebiyle geçersizliğinin iddia edilmesi yahut genel olarak rekabet hukukuna aykırılığın bir savunma konusu yapılmasıdır. İkincisi, hâkim durumun kötüye kullanılması sebebiyle etkilenen piyasa aktörlerinden birinin sonradan tahkim anlaşması yapmak kaydıyla veya mevcut bir tahkim anlaşması kapsamında ileri sürmek suretiyle anılan durumu tahkime konu etmesidir. Üçüncü olarak, kartel oluşturan firmaların kendi aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeleri halinde de rekabet hukuku sorunları hakemlerin önüne gelecektir. Dördüncü ihtimal ise tüm ihlallerden kaynaklanan tazminat davalarının tahkim konusu yapılmasıdır. Bunların yanında, birleşme ve devralmalar bağlamında verilen taahhütlerin izlenmesi bağlamında da tahkimin kullanılmasına rastlanmaktadır.

Rekabet hukuku alanına ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde görülemeyeceği yönündeki geleneksel görüşün çeşitli dayanakları vardır. Bunlardan ilki, rekabet hukukunun kamuyu ilgilendirdiği, buna karşılık tahkimin taraf iradelerini ön plana aldığı ve bu sebeple tahkimde görülmeye uygun olmadığı düşüncesidir. Çalışmamız kapsamında çeşitli hukukların bu endişelerini ne şekilde giderdiği konusu ele alınmıştır. Amerikan hukukunda, emredici hükümlerden doğan hakların tahkime konu olabileceği *Mitsubishi* davasında kabul edilmiştir; Amerikan mahkemesine göre kanun koyucunun aksi yönde bir iradesi var ise bunun yasa metninden anlaşılması gerekir. Rekabet hukuku hükümlerinin de bu emredici hükümlerden olduğu şüphesizdir; ancak eğer emredici kurallar gerçek veya tüzel bir kişi için bir hak

sağlıyorsa, bu hakkı mahkeme önünde talep etme veya tahkim yoluyla ileri sürme arasındaki seçim kendisine aittir; söz konusu seçim hakkın varlığını ve ileri sürülebilirliğini etkilemeyecektir. Dolayısıyla esas olan hakkın ileri sürülmesinin engellenmemesidir. Nitekim hakemler sadece tazmin niteliğinde olup olmadığı tartışma konusu olan üç kat tazminata da hükmedebilecektir; ancak örneğin tarafların bu haklarından tahkim bağlamında feragat ettiklerini öngören şart, geçersiz olacaktır. Amerikan mahkemesinin bu sonuçlara varmasında yabancılık unsuru da etkili olmuş, mahkeme uluslararası camianın ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla görülmesi konusunda varmış oldukları konsensüsün "*ulusal kaynaklı endişelere*" feda edilmemesi gerektiği yönündeki kabulden hareket etmiştir. Ancak Amerika'da bu yaklaşım daha sonra iç tahkime taşınmış, iç hukuk bakımından da rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu kabul edilmiştir.

AB hukukunda da rekabet kuralları kamu düzeninden sayılmasına rağmen tahkime elverişli kabul edilmiştir. Üye devlet mahkemeleri, bu kuralları dikkate almayan hakem kararlarına geçerlilik tanıyamayacaktır. Ancak bu noktada, rekabet hukukunun kamu düzeniyle ilişkisi bağlamında bir nüansa dikkati çekmek gerekir: Adalet Divanı, rekabet hukuku ihlal edilmiş olsa dahi, res judicata gibi temel bir usulî prensibin uygulamasının öncelikli olduğuna karar vermiştir. Yani, Birlik rekabet hukukuna aykırı unsurlar içeren bir hakem kararı, iç hukuk gereği kesinleşmişse, artık bu aykırılık sebebiyle kararın iptal edilmesi beklenmemektedir. Bu durum, kamu düzeni kavramının esnekliğini ve politikaların hangisinin korunacağının münhasıran devletlerin kendisi tarafından belirleneceğini ve özelde rekabet hukuku kurallarının AB bakımından da tüm normların üstünde yer alan kurallar olmadığını ifade etmesi açısından önemlidir.

Fransa'daki durum ise daha ilginçtir. Fransız hukukunda ikili bir tahkime elverişlilik engeli bulunmaktadır: hem taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir uyuşmazlığa ilişkin olmayan uyuşmazlıkların, hem de kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıkların tahkime

elverişli olmadığı Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Nitekim yirminci yüzyılın ilk yarısında önce kamu düzenine ilişkin konuların tahkimde hiçbir şekilde görülemeyeceği, daha sonra kamu düzenine aykırılığın ancak hâkimler tarafından cezalandırabileceği düşüncesinden hareketle bu hükümlerden kaynaklanan tazminat taleplerine hakemlerce hükmedilemeyeceği baskın görüş olarak göze çarpmaktadır. Ancak buna rağmen, mahkemeler milletlerarası ticaretteki gelişmelere paralel olarak yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu hükümleri son derece liberal ve tahkim iradesini önceleyecek şekilde yorumlamışlar ve mevzuattan kaynaklanabilecek bir engeli yorum yoluyla aşmanın en önemli örneklerinden birini vermişlerdir. Hâlihazırda Fransız hukukunda hakemlerin münhasır yetki halleri hariç olmak üzere milletlerarası kamu düzenine ilişkin hükümleri uygulamaya yetkili oldukları kabul edilmektedir. Rekabet hukuku özelinde de, hakemlerin para cezası yahut idari yaptırım uygulama gibi kararlar verememekle birlikte rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarını uygulama konusunda, bilhassa rekabet hukukuna aykırılığın tespiti de dâhil olmak üzere, yetkilerinin bulunduğu konusunda bir şüphe bulunmadığı ortaya konulmuştur. Fransız mahkemelerine göre uluslararası tahkimde hakemler "özel yargıçlar" dır ve tarafların milletlerarası kamu düzeni hükümlerine uygun davranmalarını sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır: eğer taraflar bu yükümlülüklerine aykırı davranmışlarsa da gerekli yaptırımları uygulamaya yetkilidirler.

İsviçre'de ise 1975 yılından itibaren taraflardan birinin talebini emredici bir hükme dayandırmasının tek başına tahkime elverişlilik engeli teşkil etmeyeceği görüşü hâkimdir. İsviçre mahkemelerine göre hakemlerin yetkili olmamaları için münhasır yetkiyi öngören açık bir yasal düzenlemenin varlığı gerekir, aksi halde kural olarak tahkime elverişsizlik söz konusu olmayacaktır. Ancak İsviçre, yukarıda sözü edilen kamu düzeni anlayışı çerçevesinde rekabet hukukunu iptal davası anlamında kamu düzeninden kabul etmediğini de ortaya

koymuştur. İsviçre mahkemelerine göre hukukun yanlış uygulanması da tek başına kamu düzeninin harekete geçirilmesi için bir sebep teşkil etmemektedir.

Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkimde görülmeye uygun olmadıklarına dair bir diğer argüman da hakem kararlarının nihai olmasından hareketle rekabete aykırılığın etkin şekilde denetlenemeyebileceğidir. Yukarıda ifade edildiği şekilde tahkim alanına açılan rekabet hukuku uyuşmazlıkları konusunda devletlerin iki önemli güvencesi bulunmaktadır: bunlardan ilki, hakem kararlarının iptal ve tenfiz aşamalarında mahkeme tarafından "ikinci bakış" kapsamında denetlenmesi; ikincisi ise münhasır yetkiye sahip bulunan rekabet otoritelerinin her şart altında rekabete aykırılığa müdahale etme ve yaptırım uygulama imkânının saklı olmasıdır. Özellikle bu ikinci yetki, hakem kararlarının gizlilik bağlamında rekabet hukuku kurallarının dolanılmasında bir araç olarak kullanılabileceği yönündeki endişelere de bir cevap niteliğindedir: Bir aykırılığın cezalandırılması için taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkmasına gerek yoktur. Rekabet otoriteleri re'sen veya şikâyet üzerine her zaman harekeye geçerek rekabet hukukunun kamusal anlamda koruduğu değerlere uygunluğu sağlayabileceklerdir. İlk güvence olan hakem kararları bağlamında rekabete aykırılığın "ikinci bakış" düzleminde hangi kapsamda incelenmesi durumunda aykırılığın tespit edilebileceği konusu ise uzun yıllar tartışılmış ve konu hakkında çok sayıda yargı kararı verilmiştir. Nihayetinde gelinen noktada, mahkeme tarafından "davanın yeniden görülmesine" gerek olmaksızın, esasa hiçbir surette girmeden rekabet hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmadığının anlaşılabilmesinin mümkün olduğunun genel olarak kabul gördüğü söylenebilir. Bu noktada Amerikan mahkemeleri, tahkime elverişliliğin bir sonucu olarak hakemlere rekabet hukukunu uygulama yükümü getirmiş, ancak bunun hakemlerin hukuku doğru şekilde uygulayıp uygulamadıklarının tespitini kapsamayacağını özellikle belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin kendi ifadesiyle ikinci bakış kurumu "*tahkim sona*

erdiğinde, hakem kararının çöpe atılarak federal mahkemeler tarafından yeniden bir yargılama yapılmasını" amaçlamamaktadır.

AB'de de aynı doğrultuda bir inceleme yükümü öngörülmekle birlikte, topluluk rekabet hukuku hükümlerinin yanlış uygulanmasının tek başına kamu düzenine aykırılık sayılmayacağı esası AB Adalet Divanı tarafından da benimsenmiştir. Üye devlet mahkemeleri kamu düzeninden sayılan AB rekabet hukuku hükümlerine aykırı bir karara geçerlilik kazandıramayacaktır, ancak bunun için yapılacak incelemenin sınırı tahkim bağlamında Divan tarafından net olarak ortaya konmamıştır. Divan "*hakem kararlarının sınırlı olarak incelenebilmesi ve bunların iptalinin ya da tenfizin reddinin ancak sınırlı hallerde mümkün olabilmesi tahkim sürecinin etkinliğinin sağlanmasına yarar*" şeklinde bir yaklaşım sergilemiş ve prensip olarak esastan incelemeyi gerekli görmediğini ifade etmiştir. Bunun dışında kalan hususlar, üye devletlerin inisiyatifindedir. Üye devletlerin kendi kamu düzeni anlayışları çerçevesinde yaptıkları incelemelerde de minimalist ve maksimalist şeklinde adlandırılan yaklaşımlar göze çarpmaktadır. Fransa'nın başlıca temsilcisi olduğu kabul edilen minimalist yaklaşımı savunanlara göre mahkemelerin hakem kararları üzerindeki denetimi rekabet hukukuna uygunluğu bağlamında da son derece sınırlı olmalıdır. Bu görüş uyarınca sınırlı inceleme, rekabet hukukunun tahkime elverişli kabul edilmesinin bir gereğidir. Her ne kadar tahkime elverişlilik mahkemelerin son sözü söylemesi şartı ile kabul edilmiş ise de, bu "son söz" sadece temel prensiplerin ciddi ve açık bir şekilde ihlal edilmesini engellemek için gereklidir. Buna karşılık maksimalist yaklaşım ise hakem kararlarının daha etkin şekilde denetlenmesinin rekabet hukukuna uygunluğun anlaşılması bakımından elzem olduğunu ifade etmektedirler. Bunlara göre sadece rekabet hukuku taleplerinin ve hükümlerinin dikkate alınmış olması yeterli değildir. Bu bağlamda maksimalist yaklaşımı savunan yazarların AB hukukunun ve rekabet hukukunun etkin şekilde uygulanması ile rekabet hukukunun caydırıcılığının sağlanmasını; minimalist yaklaşımı benimseyenlerin ise hakem kararlarının

nihâîliği ile tahkimin uluslararası ticaret bakımından önemini ön planda tuttuklarını söylemek mümkündür. Ancak bu görüşlerin iki ortak noktası bulunduğundan bahsedilebilir. İlki, kapsamı ile ilgili tartışmalar bir tarafa bırakılırsa, mahkeme denetiminin varlığının önemli ve gerekli bulunmasıdır. İkincisi ise, her rekabet hukuku ihlalinin kamu düzenini de ihlal etmiş sayılamayacağı, ancak ciddi ihlallerin kamu düzeninin "ağına" takılmasının doğru olacağı ve hukukun doğru şekilde uygulanıp uygulanmadığının bu kapsama girmeyeceği düşüncesidir. Zira rekabet hukuku uyuşmazlıklarının çoğunlukla tek bir "doğru" çözümü bulunmamaktadır ve bu bağlamda mahkemenin çözümünün hakem heyetinin çözümüne üstün tutulmasını meşrulaştırmak için yeterli dayanak yoktur.

Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesinin uygun olmadığı yönündeki görüşün dayanaklarından bir diğeri olan rekabet hukuku uyuşmazlıklarının hakemler tarafından çözümlenmek için fazla karmaşık olması, teknik incelemeyi gerektirmesi ve delil toplamanın tahkim bakımından daha zor olması argümanları da ne inceleme konusu yapılan yargı makamları, ne de doktrin tarafından kabul görmüştür. Özellikle hakemlerin rekabet hukuku uzman kişiler arasından seçilebilmesi ve mahkemelere nazaran hakemlerin uyuşmazlığa daha fazla mesai harcamalarının mümkün olması, tahkim yargılamasını bilakis mahkemelere nazaran daha avantajlı duruma getirmektedir. Bunun yanında hakemlerin gerek tahkim mevzuatından kaynaklanan ve kendilerine ait olan delil toplama yetkileri, gerek mahkemeden bu konuda yardım isteyebilme imkânları ve diğer usulî yetkileri, tahkimin bu konular bakımından başından dezavantajlı olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmektedir. Ancak bu noktada hangi yolun daha avantajlı olduğu konusundaki tercih, bütünüyle taraflara aittir. İlkesel olarak tahkime elverişli olan bu alana ilişkin konular, eğer taraflarca mahkeme önünde daha etkin şekilde ileri sürülebilir bulunursa, taraflar bu yönde de irade kullanabileceklerdir. Bu noktada önemli olan, anılan sebeplerin tarafların iradesi önünde bir

engel oluşturmaması ve tarafların iradelerine mümkün olan en geniş şekilde geçerlilik tanınmasıdır.

Tüm bu gelişmeler ışığında Türk hukuku bağlamında rekabet hukuku konularının tahkimde görülüp görülemeyeceği konusu masaya yatırılmıştır. Türk hukuku bakımından da yukarıdaki analizler geçerliliğini korumaktadır. Emredici kuralların uygulanmasının gerekmesi yahut kamu düzenini ilgilendiren bir konunun söz konusu olması Türk hukuku bakımından da tek başına bir tahkime elverişlilik engeli oluşturmamaktadır. Konuya ilişkin kriterin "iki tarafın iradesine tâbi olan uyuşmazlıklar" olduğu düşünüldüğünde, rekabet hukukunun özel hukuk sonuçlarının bu kapsama girdiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Tüm dünyada kabul edildiği gibi rekabet hukuku bakımından bu konudaki esas sınır, münhasır bir yetki bulunması halidir. Rekabet Kurulu'nun veya mahkemelerin münhasır yetkisine giren konularda hakem heyetlerinin yetkili olacağından söz edilemez. Ancak Türk hukukunda mahkemelere bu konuda münhasır yetki tanıyan bir hüküm mevcut değildir. Rekabet Kurulu'nun münhasır yetki sahibi olduğu muafiyet ve menfi tespit kararları verme, birleşme ve devralmalara izin verme gibi alanlar RKHK'da açıkça düzenlenmiştir. Bu konular tahkimin kapsamı dışında kalacaktır. Ancak rekabet hukukunun özel hukuk sonuçları bağlamında böyle bir münhasır yetki öngörülmemiştir.

Bu noktada Türk hukuku bakımından en çok tartışılan konunun RKHK m. 56'da öngörülen RKHK m. 4'e aykırılığın sonucunda ortaya çıkan geçersizliğe karar verme konusunda Rekabet Kurulu'nun münhasır yetkisi bulunup bulunmadığı olduğu söylenebilir. Konu esasında adliye mahkemeleri bağlamında gündeme gelmiştir. Ancak Yargıtay'ın bu konularda hukuka aykırılık tespitinin Rekabet Kurulu tarafından yapılması gerektiği yönündeki görüşünün yürürlükte olan hukuk kuralları bağlamında bir dayanağı olmadığı doktrinde sıkça ifade edilmiştir. "Olması gereken hukuk" bağlamında ise Yargıtay'ın görüşünün bazı yazarlarca olumlandığı görülmektedir. Bunun iki sebebi vardır: ilki, yargı

makamları arasında çelişen kararların ortaya çıkmasını engellemek gerektiği, ikincisi ise konu hakkında yetkin incelemenin konunun uzmanı olan Rekabet Kurulu tarafından yapılabileceği düşüncesidir.

Kanaatimizce bu mülahazalar tahkim bakımından geçerli değildir. Öncelikle tahkimde münhasıran tarafları bağlayıcı bir karar verilmektedir, bu anlamda hüküm uyuşmazlığı ihtimali ortaya çıkmayacaktır. İkinci olarak da mahkemelerin aksine tahkim yargılamasında konunun uzmanı kişilerin hakem olarak atanması imkânı bulunmakta, bu kişiler bir mahkeme hâkimine nazaran önlerindeki uyuşmazlığa çok daha fazla mesai harcama imkânına sahip olmaktadırlar. Bu durum tahkimde hakemlerin sahip olduğu usulî imkanlar ile delil toplama konusunda mahkemelerden destek alma imkânı; ayrıca Rekabet Kurulu'ndan görüş istemeye dair mevzuattan kaynaklanan bir engel bulunmaması halleriyle birlikte düşünüldüğünde, rekabet hukukunun özel hukuk sonuçları bakımından tahkimi mahkeme yargısına nazaran daha avantajlı bir duruma getirmektedir.

Bu prensip kabul edilmekle birlikte, ilgili Yargıtay görüşü göz önüne alındığında, Türk hukuku bakımından bu şekilde bir tespit içeren hakem kararlarının iptal veya tenfiz aşamalarında bir engel ile karşılaşıp karşılaşmayacağını da değerlendirmek gerekir. Özellikle tahkime elverişlilik ve kamu düzeni bağlamında bir iptal sebebi yahut tenfiz engelinin ortaya çıkıp çıkmayacağı değerlendirilmiş ve hakem kararında rekabet ihlali tespitinin tek başına iki sebebi de harekete geçirmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Gerçekten de bu konuda münhasır bir yetki kuralı bulunmadığı göz önüne alındığında iki tarafın iradesine tâbi uyuşmazlıklar olan rekabet hukukunun özel hukuk sonuçları hakkında karar verilmesi konusunda tahkime elverişlilik bağlamında bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde devletlerin en somut politika ve çıkarlarını ilgilendiren kamu düzeninin de tek başına hakemlerin böyle bir karar vermesi ile ihlal edileceğini söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Mevcut Yargıtay kararlarının da bu anlamda bir engel teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz. Öncelikle Yargıtay kararları

tahkim hakkında verilmiş değildir. İkinci olarak, Yargıtay'ın ilgili bölümde değinilen kararında da belirtildiği üzere, HMK'ya tâbi olarak görülen tahkimlerde maddi hukukun uygulanmasında doktrindeki görüşler ve Yargıtay'ın uygulaması da dikkate alınmaktadır, ancak MTK uyarınca hakem kararları esastan denetlenemeyeceğinden bu kanuna tâbi hakem kararları bakımından bunların dikkate alınmaması gerekir. Nitekim Rekabet Kurulu tarafından Türkiye'de verilen bir hakem kararının rekabet hukuku ihlalinin varlığı konusunda bir tespit içermesine rağmen iptal davası aşamasından geçerek kesinleştiği de ifade edilmiştir. Ancak bu noktada bir hususa dikkati çekmek gerekir: uyuşmazlığa ilişkin Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşmiş bir Kurul kararı varsa ve hakemin tespiti ihlalin varlığı bakımından bu karara aykırılık teşkil ediyorsa, kararın Türk hukuku bağlamında kamu düzenine aykırı kabul edileceği konusunda görüşler bulunmaktadır. Yine verilmiş bir Kurul kararı bulunan hallerde hakem kararının bu kararla çelişen bir tespit içermesi durumunda da somut olay bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Nihayet kamu düzeni istisnasının yorumlanmasında devletlerin hangi politikaları önceleyeceğinin kendi takdirlerinde olduğu ve rekabet hukukunun hukuk sisteminin en temel değerlerinden birisi olarak kabulü konusundaki şüphelerin varlığı göz önüne alınarak, özellikle Türkiye ile ilişkisi zayıf olan yabancı hakem kararları bağlamında, milletlerarası ticarette Türkiye'nin yerini sağlamlaştırmanın ve Türkiye'yi bir tahkim merkezi haline getirmenin bir politika olarak uygulanması kanaatimizce doğru olacaktır. Dolayısıyla var olduğu düşünülen sınırlamaların yabancı tahkimler bakımından daha da esnek olarak uygulanması devlet tarafından korunmaya değer menfaatlerden olan milletlerarası ticaretin gelişmesine ve Türkiye'nin bundan aldığı payın artmasına yarayacağından mahkemelerce böyle bir uygulamanın benimsenmesinin son tahlilde ülkemizin menfaatine olacağı düşüncesindeyiz. Tüm dünyada bu konudaki gelişmeler göz önüne alındığında, hakemlerin titiz incelemeler sonucu verdikleri kararların sayısı arttıkça mahkemelerin tahkime güveninin

arttığı ve tahkimin alanının genişlediği görülmektedir. Türk hukuku ve uygulaması bakımından da benzer bir seyrin izleneceğini düşünüyoruz. Özellikle bu konuda Rekabet Kurulu ile hakemler arasındaki iş birliği imkânları genişletilip yasal bir zemine kavuşturulduğu takdirde tahkim uygulamasının ve buna paralel olarak devlet yargısının desteğinin gelişeceğine inanıyoruz.

Ayrıca, incelenen diğer hukuk sistemleri bakımından da geçerli olan değerlendirmeyi burada hatırlatmak gerekir: rekabet hukukunun kamusal sonuçlarının uygulanması bağlamında Rekabet Kurulu'nun yetkisi her hâlükârda bâkîdir. Rekabete aykırılık konusunda piyasayı etkilediği düşünülen her ihlali re'sen veya şikâyet üzerine soruşturmak ve ilgili idari ve cezai yaptırımları uygulamak konusunda Rekabet Kurulu verilmiş ve kesinleşmiş bir hakem kararı bulunsa dahi yetkili kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla rekabet hukuku alanında verilmiş hakem kararlarının her hâlükârda tek başına kamunun çıkarlarını zedeleme imkânı bulunmadığı söylenebilir.

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülme imkânının bulunup bulunmadığı konusunda tahkime elverişlilik kadar önemli olan bir mesele de, tahkim şartının objektif sınırları konusudur: hangi uyuşmazlıklar tahkim şartı kapsamına girecektir? Çalışmamız bakımından haksız fiillerin tahkim şartı karşısındaki durumu özel önem arz etmektedir. Tahkime ilişkin temel düzenlemelerde sözleşme kaynaklı uyuşmazlıkların yanında haksız fiilden ve sebepsiz fiilden kaynaklı uyuşmazlıkların da tahkim kapsamında görülebileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda haksız fiilden kaynaklanan bir uyuşmazlık çıktıktan sonra bir tahkim anlaşması yapılabileceği tartışmadan uzaktır. Ancak mevcut bir tahkim şartı kapsamında haksız fiilin bir iddia veya savunma olarak ileri sürülebilmesi bağlamında iki şart bulunmaktadır: İlki, tahkim şartının lafzına ilişkindir. Kural olarak olağan bir tahkim şartının, özel olarak sınırlayıcı bir ifade içermediği sürece, haksız fillerden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsama aldığı kabul edilmektedir. İkincisi ise haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıkların esas sözleşme ile alakalı

bulunmasıdır. Hâkim olan görüş uyarınca bu bağlamda haksız fiilin sözleşme ile yeterince sıkı bir bağlantısının bulunması yeterlidir. Rekabet hukuku kaynaklı haksız fiil talepleri bakımından da aynı esaslar geçerlidir. Kanaatimizce rekabet hukuku uyuşmazlıkları bakımından da geniş şekilde kaleme alınmış yahut kapsamı özellikle daraltılmamış standart bir tahkim şartı mevcutsa ve haksız fiil temelli iddianın sözleşme ile yeterince sıkı bir bağlantısı varsa, mevcut bir tahkim şartı kapsamında haksız fiil kaynaklı rekabet hukuku taleplerini ileri sürmek mümkün olacaktır. Söz konusu sıkı bağlantı da, söz gelimi, bir satım sözleşmesinde, satıcının, üçüncü kişilerle akdettiği yatay anlaşmaların veya uyumlu eylemlerin sonucu olarak, alıcıya çok yüksek bir bedelle mal satması veya hizmet sunması halinde ortaya çıkmış kabul edilmelidir. Zira satım sözleşmesi akdedilmemiş olsa alıcı böyle bir haksız fiile maruz kalmayacaktır; ayrıca burada satım sözleşmesi, hukuka aykırı olan yatay anlaşmanın veya uyumlu eylemin hayata geçirilmesinin ve dolayısıyla zararın ortaya çıkmasının aracı durumundadır.

Rekabet hukuku ve tahkim ilişkisinin bir diğer boyutu da özellikle AB'de son yıllarda birleşme ve devralmaların izlenmesinde Komisyon tarafından bir araç olarak tahkimin kullanılmasıdır. Bilindiği gibi birleşme ve devralmalarda bildirimde bulunan tarafların bir izin kararı alabilmek, dolayısıyla Komisyon'un rekabet hakkındaki potansiyel endişelerini gidermek için belirli taahhütlerde bulunmaları mümkündür. Bu taahhütler yapısal veya davranışsal olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bireysel olarak teşebbüslerin pazarın rekabete aykırı hale gelmesine yol açabilecek davranışlarda bulunmalarını engelleme düşüncesiyle tarafların ticari tutumlarını kontrol altına almayı amaçladığı kabul edilen davranışsal çözümler, doğrudan etkili olan ve derhal uygulanabilen yapısal taahhütlerin aksine, orta uzun vadede izleme mekanizmalarının varlığını gerektirmektedir. AB'de Komisyon'un bu maliyetlere katlanmak için yeterli kaynağının bulunmaması, Komisyon'u tahkimi bu taahhütler bakımından bir izleme yöntemi olarak konumlandırmaya itmiştir. Daha

sonra davranışsal çözümler bakımından tahkimin bu şekilde konumlandırılmasının uygunluğu AB Adalet Divanı kararlarında ve Komisyon tarafından çıkarılan Çözümler Hakkında Duyuru'da da kabul edilmiştir. Amerika'da tahkimin bu şekliyle kullanımı son derece sınırlı olup, kullanılan hallerde de tahkim şartına izin kararında yer verilmemektedir. Amerikan uygulamasında bunun yerine davranışsal çözümler bağlamında imzalanacak sözleşmelere tahkim şartı koyma yükümlülüğü getirilmektedir. Bunun sebebi, hakemin rekabet otoritesinin kararına uygun davranılıp davranılmadığını tespit etme konusunda yetkili olmamasıdır, hakem sadece sözleşmeye uygunluğu denetleyebilir. Dolayısıyla AB'de görüldüğü şekliyle birleşme kontrolü tahkimleri ABD bakımından söz konusu değildir. Türk hukuku bakımından ise Rekabet Kurulu'nun Birleşme/ Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz'unda tahkimin davranışsal çözümler bağlamında kullanılabileceği kabul edilmiş olup, birleşme ve devralmalar bağlamında tahkimin bir izleme aracı olarak kullanılması teorik olarak mümkün görünmektedir.

AB uygulaması bağlamında birleşme çözümü tahkimleri olarak anılan tahkimin geleneksel uluslararası ticari tahkime nazaran belirgin farklılıkları bulunduğu görülmektedir. İlk olarak bu tahkim şartları çoğu durumda belirsiz bir üçüncü kişiye yöneltilmekte ve bu üçüncü kişiyi bağlamamaktadır: üçüncü kişi taahhüdün ihlal edilmesinden kaynaklanan talebini isterse tahkim iradesini kabul ederek tahkim yoluyla ileri sürebilecek yahut mahkemeye başvurabilecektir. Her hâlükârda üçüncü kişinin Komisyon'a başvurma hakkı da saklıdır. Ancak üçüncü kişi tahkim şartı üzerinde pazarlık gücüne sahip olmayıp, tahkim şartını Komisyon'ca kabul edildiği şekliyle kabul etmek veya reddederek mahkemeye gitmek durumundadır. İspat yükü hakkında özel düzenlemeler öngörülmesi ve Komisyon'un değişen yoğunluklarda tahkime müdahalesinin söz konusu olması da bu sistemi farklı kılan hususlardır.

Gerçekten de bu tahkimin amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak olduğu kadar, bu uyuşmazlıkları taahhüdün ruhuna uygun ve taahhütten beklenen rekabetçi etkiyi doğuracak şekilde çözmek olup, bu da Komisyon'un anlayışı çerçevesinde belirlenecek bir konudur. Bu anlamda uluslararası tahkime nazaran tahkimin dışında üçüncü bir kişinin sürece etkisi daha yoğundur. Ancak her hâlükârda uluslararası tahkimin prensiplerinin bütünüyle dışına çıkıldığını söylemek de mümkün değildir. Zira çoğu halde tahkime ilişkin usulî hususiyetler tahkim şartına yazılmakta, bu anlamda tarafların onayı alınmış olmaktadır. Ancak taraflardan birinin bu konuda herhangi bir müdahalesinin olmaması bakımından da klasik bir uluslararası tahkimden farklı bir durum söz konusudur. Netice itibarıyla bu sistemi "sui generis" olarak tarif etmek kanaatimizce en isabetlisidir. Ancak kendine özgü bu tahkimin, bazı yazarlarca iddia edildiğinin aksine, hakemlere idari bir görev yahut sorumluluk yüklediği veya hakemlerin Komisyon'un "uzanan kolu" haline geldiğinden bahsedilemez. Tahkim hukuku bakımından çok sayıda soru üreten bu sistemin uygulamasıyla ilgili rehber niteliğinde bir metin hazırlanmasının Komisyon'un görüşünü berraklaştırmak ve uygulamayı yeknesaklaştırmak suretiyle bu yöndeki tartışmalara farklı bir yön vereceği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Akıncı, Müslüm: "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Hukuku", **Rekabet Dergisi**, Sayı 5, 2001, s. 2-16.

Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Tahkim (4. Bası)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Aksoy, Nazlı: **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004.

Alyanak, Servet: "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması" **Ankara Barosu Dergisi**, 2014(3), s. 251-281.

Amato, Guiliano: **Antitrust and The Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market**, Oxford, Hart Publishing, 1997.

Arfazadeh, Homayoon: "Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited" **Arbitration International**, Vol. 17(1), 2001, s. 73-87.

Aristotoles, ***Politika*** **(6. bası)**, (Çev. Mete Tunçay) İstanbul, Remzi Kitabevi, 2014.

Aşçıoğlu Öz, Gamze: **Avrupa Topluluğu ve Turk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000.

Aslan, Yılmaz: **Rekabet Hukuku (5. Bası)**, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2015.

Aygün, Mesut: "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu" **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Sayı 8(3), 2007, s. 686.

Ball, Markham: "Arbitrability under United States Law" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini, **Competition and Arbitration Law: ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s.181-195), Paris, ICC Publishing S.A, 1993.

Baron, Patrick M., Liniger, Stephan A.: "A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany" **Arbitration International**, Vol. *19*(1), 2003, s. 27-54.

Barraclough, Waincymer: "Mandatory Rules in International Commercial Arbitration" **Melbourne Journal of International Law**, Vol. *6*(2), 2005, s. 205-244.

Baş, Kadir: "Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing- On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler" **Rekabet Dergisi**, Sayı 12(4), 2011, s. 3-74.

Başoğlu, Başak "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi" **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan)**, Vol. *15*(1), 2016, s. 617-637.

Baudenbacher, Carl: "Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU" Ed. By Claus Dieter Ehlermann, Isabel Atanasiu, **European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Laws** (s. 341- 361), Oxford, Hart Publishing, 2003.

Beechey, John: "Arbitrability of Anti-trust / Competition Law Issues - Common Law" **Arbitration International**, Vol. *12*(2),1996, s. 179-189.

Bensaude, Denis: "Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law" **Journal of International Arbitration**, 2005, s. 239-244.

Berger, Bernhard, Kellerhals, Franz: **International and Domestic Arbitration In Switzerland (2nd ed)**, London, Sweet&Maxwell, 2010.

Bernardini, Piero: "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause" Ed. By. Albert J. Van den Berg, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, **ICCA Congress Series** (s. 197-203), London, Kluwer Law International, 1999.

Billiet, Philippe “Arbitrators' Means to Ensure Compliance with Competition Law and Limits of Court Review on Awards In Europe” **Arbitration**, Vol. 7*6*(1), 2010, s. 86-97.

Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu, **UNCITRAL Model Kanunu (Türkçe Çevirisi)**, (Çev. Ergun Özsunay,) İstanbul, İstanbul Ticaret Odası, 2014.

Bishop, Simon, Walker, Mike: **The Economics of EC Competition Law (3rd ed)**, London, Sweet & Maxwell, 2010.

Blanke, Gordon: “The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer” **European Business Law Review**, Vol. 16(1), 2005, s. 169- 181.

Blanke, Gordon: “The Transfomation of International Arbitration and the Emergence of the Supranational Arbitrator: Lessons From EC Merger Control” **International Arbitration Law Review**, Vol. 8(6), 2005, s. 211-221.

Blanke, Gordon: “Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law**” Journal of International Arbitration**, Vol. 23(3), 2006, s. 249 - 257.

Blanke, Gordon: **The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies**, Gröningen, Europa Law Publishing, 2006.

Blanke, Gordon: “The Use of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments” **European Competition Law Review**, Vol. 28(12), 2007, s. 673-694.

Blanke, Gordon: “International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearence Decisions” Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1605-1724), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Blanke, Gordon: “International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU” Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US**

Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners (s. 1053-1250), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Blanke, Gordon: "The CJEU's Ruling in CDC v. Akzo Nobel and Its Implications for Arbitrating Cartel Disputes" **Global Competition Litigation Review,** Vol*,* (3), 2015, s. 65-67.

Blanke, Gordon: "Arbitration Commitments in EU Merger Control: An Introductory Overview" **Arbitration***,* Vol. 82(1), 2016, s. 80-89.

Blanke, Gordon: "CJEU Shuns Considerations of Review of EU Competition Law Awards" **Global Competition Litigation Review***,* Vol. 9(4), 2016, s. 49-51.

Blanke, Gordon, Nazzini, Renato: "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 1." **Global Competition Litigation Review***,* Vol. *1*(1), 2008, s. 46-56.

Blanke, Gordon, Nazzini, Renato "Arbitration and ADR of Global Antitrust Disputes: Taking Stock: Part 2" **Global Competition Litigation Review**, Vol. 1(2), 2008, s. 78-89.

Blanke, Gordon, Nazzini, Renato: "French Supreme Court Confirms Minimalist Review of Competition Law Awards" **Global Competition Litigation Review***,* Vol. 1(2), 2008, s. 44-46.

Blanke, Gordon, Nisser, Carl: "ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting As Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings" Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (Vol. 19) (s. 198-217), The Hague, Kluwer Law International, 2008.

Blanke, Gordon, Sabahi, Borzu: "The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control" **Arbitration***,* Vol. 74(3), 2008, s. 211-224.

Blavi, Francisco: "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration" **Arbitration***, 2016,* Vol. *82*(1), s. 2-15.

Blechman, Micheal D., Garvey, Karin E.: "Remedies in Arbitration for US Antitrust Violations" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1393-1415), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Blessing, Marc: "Arbitrability of Intellectual Property Disputes" ***Arbitration International,*** Vol. *12*(2), 1996, s. 191-221.

Blessing, Marc: "Choice of Substantive Law In International Arbitration" **Journal of International Arbitration***,* Vol. 14(2), 1997, s. 39-66.

Blessing, Marc: **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues***,* Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

Blumenthal, William, Hurwitz, James D.: "Alternative Dispute Resolution and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1501 - 1532), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Bogdandy, Armin Von, Arndt, Felix, & Bast, Jürgen: "Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis" **Yearbook of European Law***,* Vol. 23(1), 2004, s. 91-136.

Bond, Stephen: "How to Draft An Arbitration Clause" **Journal of International Arbitration***, Vol. 2*, 1989, s. 65-78.

Born, Gary: **International Arbitration: Law and Practice (2nd edition)**, London, Kluwer Law International, 2015.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru: "**Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları***"* İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2008.

Brekoulakis, Stavros L.: "Chapter 2 - On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 19-46), London, Kluwer Law International, 2009.

Brekoulakis, Stavros L.., "Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori" Ed.by Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 99-120), London: Kluwer Law International, 2009.

Bridgeman, James: "The Arbitrability of Competition Law Disputes" (Ed. By Gordon Blanke) **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues***,* Vol. *19*(1), 2008, s. 147 - 174.

Brower II, Charles H.: "Arbitration and Antitrust: Navigating the Contours of Mandatory Law" **Buffalo Law Review**, December 2011, s. 1127-1167.

Büyüksağiş, Erdem, Koyuncu, Tuğçe: "Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesinde Yer Alan Aktarma (Passing On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı" **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi***,* Sayı 32(1), 2016, s. 153-195.

Carbonneau, Thomas E.: "Mitsubishi: The Folly Quixotic Internationalism" **Arbitration International**, Vol*. 2*, 1986, s. 116- 128.

Carbonneau, Thomas E.: "The Exuberant Pathaway to Quixotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi" **Vanderbilt Journal of Transnational Law***,* Vol. *19*(2), 1986, s. 265-298.

Carbonneau, Thomas E.: "Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis,

Arbitrability: International and Comparative Perspectives (s. 143 - 164), London, Kluwer Law International, 2009.

Carbonneau, Thomas E., & Janson, François: "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", ***Tulane Journal of International and Comparative Law****, 2*(1), 1994, s. 193-222.

Cejnar, Leela, Burgess, Rachel: "The Globalization of Competition Law: Yes or No?" Ed. By John Duns, Arlen Duke, Brendan Sweeney, **Comparative Competition Law** (s. 9-24). Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015.

Cerrahoğlu Balssen, Eda, Kınıkoğlu, Efe: "Drafting Arbitration Agreements and Arbitrability" Ed. By Ismail Esin, Ali Yesilirmak, **Arbitration in Turkey** (s. 37-48), London, Kluwer Law International, 2015.

Chalmers, Damien, Davies, Gareth, Monti, Giorgio: **European Union Law***,* New York, Cambridge University Press, 2010.

Chong, Adeline: "The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts" **Journal of Private International Law***,* Vol. (2), 2006, s. 27-70.

Cisotta, Roberto: "Some Considerations on Arbitrability of Competition Law Disputes and Powers and Duties of Arbitrators in Applying EU Competition Law" Ed. By Mel Marquis, Roberto Cisotta, **Litigation and Arbitration in EU Competition Law** (s. 243-260), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015.

Case Comment, "Barcelona Court of Appeal Confirms that Claims For Unfair Competition Fall Within Scope of ICC Arbitration Clause" **Global Competition Litigation Review***, 4*(3), 2011, s. 51-52.

Conway, Gerard: **EU Law***,* New York, Taylor and Francis, 2015.

Cook, John: "Essentials of EU Merger Control for Arbitration Practitioners" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1563-1604), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Craig, W. Laurence, Park, William W., & Paulsson, Jan: ***International Chamber of Commerce Arbitration*** **(3rd ed.)**, New York, Oceana Publications, 2000.

Çelik, Nuri: "İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanmadıkça Geçerli Sayılması (Karar İncelemesi)" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan)**, *Sayı 9*, 2007, s.17-30.

Çelikel, Aysel; Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk (14. Bası)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.

Çınaroğlu, Serpil: **Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet**, Ankara, Rekabet Hukuku Yayınları, 2003.

Dalhuisen, Jan: "The Arbitrability of Competition Law Issues" **Arbitration International**, Vol. 11, 1995, s. 151-167.

Davies, John, Partasides, Constantin: "The Essentials of EU Competition Law for Arbitration Practitioners" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 337-431), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Dayınlarlı, Kemal: **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2. Bası)**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2011.

De Groot, T. Diederik: "The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration" **Journal of International Arbitration**, Vol. 20(4), 2003, 365-373.

De Groot, T. Diederik: "The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust**

Arbitration: A Handbook for Practitioners (s. 337-431), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Demir Gökyayla, Cemile: **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri***,* Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

Demir- Gökyayla, Cemile: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni***,* Ankara, Seçkin Yayınları, 2001.

Derains, Yves: "The Basis for Applying EU Competition Law from a Continental Perspective" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 489-517). The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Deren Yıldırım, Nevhis: "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik" **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan** (s. 47-61), İstanbul, Beta Yayınları, 2007.

Dhall, Vinod: "Overview: Key Concepts in Competition Law" Ed. By Vinod Dhall, **Competition Law Today: Concepts, Issues and the Law In Practice** (s. 1-38), New Delhi, Oxford University Press, 2007.

Di Brozolo, Luca Radicati: "Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration - A Fresh Look at the "Second Look"". **International Arbitration Law Review***,* Vol. *7*(1), 2004, s. 23-37.

Di Brozolo, Luca Radicati: "Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 755-784). The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Di Brozolo, Luca Radicati: "Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle?" (Ed. By Gordon Blanke) **European Business Law Review Special Edition -**

Arbitrating Competition Law Issues, Vol. *19*(1), 2008 (s. 7-15), The Hague: Kluwer Law International, 2008.

Di Brozolo, Luca Radicati: "EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia" **Arbitration International**, Vol. 29(2), 2013, s. 223-241.

Di Pietro, Domenico: "Chapter 5 - General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention." Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**, s. 85-98, London, Kluwer Law International, 2009.

Dicey, Albert Venn; Morris, John Humphrey Carlile; Collins, Lawrence: **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws (12th Edition)** (Vol. 1), London, Sweet & Maxwell, 1993.

Doğan, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Savaş Yayınları, 2016.

Dolinger, Jacob: "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the field of Contracts and Torts." Ed. By Joseph Weiler, **The EU, the WTO, and the NAFTA : towards a common law of international trade? (Collected Courses of the Academy of European Law)** (s. 187-512). Oxford: Oxford University Press, 2000.

Dolmans, Mauritz, Grierson, Jacob: "Arbitration and Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities" **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Vol. 14(2), 2003, s. 37-51.

Eğerci, Ahmet: **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2005.

Ehlermann, Claus Dieter, Laudati, Laraine L.: **European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy**, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Ekşi, Nuray: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

Ekşi, Nuray: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

Elhauge, Einer: "How Italian Colors Guts Private Antitrust Enforcement By Replacing It With Ineffective Forms of Arbitration", **Fordham International Law Journal**, *Vol. 38*, 2015, s. 771- 778.

Elsing, Siedfried H., Gebhart, Denis: "Regulatory Arbitrations Supporting Effective Merger Control" **Journal of International Dispute Resolution**, Vol. 1(5),2005, s. 3-9.

Emanuele, Ferdinando, Molfa, Milo, Pierantonio, D'Elia: "EU Merger Remedy Arbitration: Key Features and Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award" **International Business Law Journal**, Vol. *5*, 2013, s. 445-465.

Enonchong, Nelson: "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Through Little England?" **International & Comparative Law Quarterly**, Vol. *45*(3), 1996, s. 633-661.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (19. Bası)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Erkan, Mustafa: "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Genel Bir Bakış" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, *Sayı 15*(2), 2011, s. 81- 121.

Erol, Kemal, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No. 1, 2000.

Esen, Emre: "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Başvuru Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği" **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 9(2), 2010, s. 145-155.

Ewing, Ky P. **Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience**, The Hague, Kluwer Law International, 2003.

Fei, Jessica J., McDonald, Damien, & Bai, Eunice: "Awards of Punitive Damages" Ed. By Devin Bray, Heather L. Bray**, Post- Hearing Issues in International Arbitration** (s. 49-76), New York, Juris Publishing, 2013.

Gaillard, Emmanuel, Savage, John: **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration***,* London, Kluwer Law International, 1999.

Galbraith, John K.: **American Capitalism: The Concept of Counterveiling Power***,* New Jersey, Transaction Publishers, 1952.

Geradin, Damien, Layne- Farrar, Anne, & Petit, Nicholas, **EU Competition Law and Economics***,* Oxford, Oxford University Press, 2012.

Gerber, David: **Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus***,* New York: Oxford University Press, 1998.

Goldsmith, Aren: "Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions" **ASA Bulletin**, Vol. 34(1), 2016, s. 10-40.

Gonzales, Florian: "The Treatment of Tort in ICC Arbitral Awards" **ICC Bulletin***,* Vol. 13(2), 2002, s. 39-50.

Gözler, Kemal: "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna Ihtiyaç Var Mıdır?" **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi***,* Sayı 55(3), 2000, 81-101.

Greene, Peter E., Julian, Peter S., Bedard, Julie "Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America" Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (s. 43-55), The Hague, Kluwer Law International, 2008.

Guedj, Thomas G.: "The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law, A Comparative Analysis With Modern American Theories", **American Journal of Comparative Law***,* Vol. *39*, 1991, s. 661-665.

Güçer, Sülün: “Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)**, Sayı 25(1), 2009, 205-226.

Gündoğdu, Muhammed: **Rekabet Hukuku Perspektifinden Havayolu Taşımacılığında Stratejik İttifaklar**, Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, 2010.

Güneş, Ahmet: **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013.

Gürkaynak, Gönenç: **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması,** Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

Gürkaynak, Gönenç, İnanılır, Öznur, Yıldız, Ceren et al. “2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmalarin Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi” **Rekabet Dergisi**, Sayı 13(4), 2012, 97-155.

Gürzumar, Osman Berat: “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun” **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Taslak Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar-Panel** (s. 115-198), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005.

Güven, Pelin: “Rekabet Hukukunun Özel Hukuk Açısından Sonuçları” **Rekabet Hukuku Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar II**, Bursa, URTEB, 2007.

Güven, Pelin: **Rekabet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

Halper, Jason M., Foley, William J.: “Seven Months After "American Express v. Italian Colors Restaurant": The End Of Class Actions?” **Westlaw Journal Employment**, *Vol. 21*(10), 2014, s. 1-8.

Hanoatiau, Bernard: “The Law Applicable to Arbitrability” **Singapore Academy of Law Journal** *Vol.* (26), 2014, s. 874- 885.

Hanoatiou, Bernard, Caprasse, Olivier: "Public Policy in International Arbitration", Ed. By Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards- The New York Convention In Practice** (s. 787-828), London, CMP Publishing, 2009.

Hanotiau, Bernard: "What Law Governs the Issue of Arbitrability?" **Arbitration International**, Vol. *12*(4), 1996, s. 391 - 404.

Hartley, Trevor C.: "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach" **Recueil Des Cours De L'Academie De Droit International,** 1997, s. 337-426.

Harvard Law Review- Leading Cases "American Express Co. v. Italian Colors Restaurant" **Harvard Law Review**, Vol. 127(1), 2013, s. 278-287.

Hascher, Dominique: "Introductory Report" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini et al. **Competiton and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s.167-179), Paris, ICC Publishing SA, 1993.

Heitzmann, Pierre, Grierson, Jacob: "SNF v. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC" **Stockholm International Arbitration Review** Vol. (2), 2007, s. 39-49.

Hildebrand, Doris: "The European School in EC Competition Law" **World Competition**, Vol. *25*(1), 2002, s. 3-23.

Holmes, Josh: "Modernisation: Using EC Competition Law in the UK Courts" Ed. By Tim Ward, Kassie Smith, **Competition Litigation in the UK** (s. 367-397), London, Sweet& Maxwell, 2005.

Huysal, Burak: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Idot, Laurence: “Introductory Report” Ed. By Markham Ball, & Pierre Bernardini et al., **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s. 39-67). Paris: ICC Publishing S.A, 1993.

Idot, Laurence, Landolt, Philip, Liebscher, Christoph et al.: **Key Findings- Report**. OECD Competition Committee, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, OECD, 2011.

Ilıcak, Ali; **Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, **Final Report on Public Policy As A Bar To Recognition and Enforcement of Arbitral Awards**. New Delhi, ILA, 2002.

International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, **Interim Report on Public Policy As a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards**. London, ILA, n.d.

İnan, Nurkut: “Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü” **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku** (s. 590-628). Ankara, Ankara Barosu, 2002.

İnan, Nurkut: “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış” **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II** (s. 43-66), Ankara, Rekabet Kurumu, 2004.

İnan, Nurkut: “Uzlaşma ve Bilgi Değişimi” **Rekabet Forumu- Hukuk, Ekonomi, Politika**, *Sayı 78*, Kasım 2013, s. 4-7.

Jarvin, Sigvard: “Mitsubishi- ICC Comment” **Journal of International Arbitration**, Vol. *4*(1), 1987, s. 87-90.

Jarvin, Sigvard "Comments on U.S. Court Decisions" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini, **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s. 145-150), Paris, ICC Publishing S.A, 1993.

Joelson, Mark R.: "The Basis for Applying Antitrust Law from a US Perspective" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 1327-1344), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Kalpsüz, Turgut: **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2010.

Kawharu, Amokhura: "The Public Policy Ground for Setting Aside and Refusing Enforcement of Arbitral Awards" **Journal of International Arbitration**, Vol. *24*(5), 2007, s. 491- 513.

Keser Berber, Leyla: "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz- Kompetenz)" **Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

Kesici, Buğra: **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (20. Bası)** Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Kirry, Antoine: "Arbitrability: Current Trends in Europe" **Arbitration International**, Vol. *12*(3), 1996, s. 374-379.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm (6. Bası)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Komninos, Assimakis P.: **EC Private Antitrust Enforcement: Decentralized Application of EC Competition Law by National Courts**, Oxford, Hart Publishing, 2008.

Komninos, Assimakis P.: “Arbitration and EU Competition Law in the Post-Modernization Era” Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 433-487), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Komninos, Assimakis P.: “Arbitration and EU Competition Law” Ed. By Jürgen Basedow, Stéphanie Francq, & Laurence Idot, **International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination** (s. 191-222), Oxford and Oregon, Portland, Hart Publishing, 2012.

Komninos, Assimakis P., Burianski, Markus: “Arbitration and Damages Actions Post- White Paper: Four Common Misconceptions” **Global Competition Litigation Review**, Vol. 2(1), 2009, s. 16-28.

Korah, Valentine, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice (9th ed)**, Oxford, Oregon, Hart Publishing, 2007.

Köller, Christian: “Scope of Arbitration Agreements- Unfair Competiton and Arbitration Claims Not Covered by the Arbitration Agreement” **International Arbitration Law Review**, Vol. 12(3), 2009, 40-43.

Kurkela, Matti S.: “Competition Laws in International Arbitration: The May, the Must, the Should and the Should Not” **Tidskrift Utgiven Av Juridiska Foreningen I Finland** *(JFT)*(6), 2003, s. 609-621.

Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, İstanbul, Demir Yayıncılık, 2001.

Landolt, Philip, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, London, Kluwer Law International, 2006.

Landolt, Philip: “Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in Light of States' Interests and in Particular in Light of EU Law Requirements” **Arbitration International**, Vol. 23(1), 2007, s. 63-92.

Landolt, Philip: “Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 - A Commentary” Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (s. 129-145), The Hague, Kluwer Law International, 2008.

Landolt, Philip: “The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland” Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 545-565), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Leahy, Edward R., & Bianchi, Carlos J.: “The Changing Face of International Arbitration” **Journal of International Arbitration***,* Vol. *17*(4), 2000, s. 19-61.

Lew, Julian. D.: “Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority” Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 241-262), London, Kluwer Law International, 2009.

Lew, Julian D., Mistelis, Loukas A., et al.: **Comparative International Commercial Arbitration***,* London, Kluwer Law International, 2003.

Liebscher, Christoph: “European Public Policy” **Journal of International Arbitration***,* Vol. *17*(3), 2000, 73-88.

Liebscher, Christoph: “Arbitration and EC Competition Law-the New Competition Regulation: Back To Square One?” **International Arbitration Law Review**, 2003, s. 84-94.

Liebscher, Christoph: **The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration***,* The Hague, Kluwer Law International, 2003.

Liebscher, Christoph: “Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control” **Journal of International Arbitration***,* Vol. 21(1), 2004, s. 67-81.

Liebscher, Christoph: “Arbitration of Antitrust Disputes” Ed. By Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards- The New York Convention in Practice** (s. 523-551), London, CMP Publishing, 2009.

Liebscher, Christoph: “Insolvency and Arbitrability” Ed. By Loukas A. Mistelis, & Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 165-178). London, Kluwer Law International, 2009.

Liebscher, Christoph: “EU Member State Court Application of Eco Swiss: Review of the Case Law and Future Prospects” Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 785-827), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Link, Diana M.: “Waiving Rights Goodbye: Class Action Waivers in Arbitration Agreement After Stolt Nielsen v. AnimalFeeds International” **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal***,* Vol. 11(2), 2011, s. 275-308.

Lopez-Galdos, Marianela: “Arbitration and Competition Law: Integrating Europe Through Arbitration” **Journal of European Competition Law & Practice***, Vol. 7*(6), 2016, s. 383-392.

Lübking, Johannes: “The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues” (Ed. By Gordon Blanke) **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues***,* Vol. *19*(1), (s. 77-87), The Hague, Kluwer Law International, 2008.

Maire, Jean Paul, Hahn, Dominique: “Competition Regulations and Evolution of the Concept of Arbitrability” Ed. By Markham Ball, Pierre Bernardini, **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice** (s. 89-97), Paris, ICC Publishing S.A, 1993.

Mantakou, Anna P.: "Arbitrability and Intellectual Property Disputes" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 263-272), London, Kluwer Law International, 2009.

Margolis, Daniel H., Vorrasi, Kenneth M., "Arbitration in US Antitrust Enforcement" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners** (s. 1745-1760), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Mistelis, Loukas A.: "Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives" Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 1-18), London, Kluwer Law International, 2009.

Monti, Giorgio: **EC Competition Law***,* New York, Cambridge University Press, 2007.

Monti, Giorgio: "EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?" Ed. By Roger Zach, Andreas Heinemann, Andreas Kellerhals, **The Development of Competition Law: Global Perspectives** (s. 3-28), Cheltenham; Northampton, Edward Elgar Publishing, 2010.

Motta, Massimo: **Competition Policy: Theory and Practice***,* New York, Cambridge University Press, 2004.

Mourre, Alexis: "Dissenting Opinion on a Dangerous Project" Ed. By Gordon Blanke, **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (Vol. 19) (s. 198-217), The Hague, Kluwer Law International, 2008.

Mourre, Alexis: "Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives", Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners** (s. 3-67), London, Kluwer Law International, 2011.

Müller, Christoph: **Swiss Case Law in International Arbitration (2nd ed)***,* Geneve, Bruylant, 2010.

Najar, Jean Claude: “Arbitrating Competition Law: The User's Perspective” Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 119-154), The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Nazzini, Renato: **Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies**, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Nazzini, Renato: “A Principled Approach To Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings” Ed. By Gordon Blanke **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (s. 89-114),The Hague, Kluwer Law International, 2008.

Nazzini, Renato: **The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102**, New York, Oxford University Press, 2011.

Nazzini, Renato: **Competition Enforcement and Procedure (2nd ed)**, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Nazzini, Renato: “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles” **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 65(3), 2016, s. 681-703.

Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku (21. Bası)**. İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.

Oğuzman, Kemal M., Öz, Turgut M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

OECD Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, **Remedies in Merger Cases**, OECD, 2012.

Okekeifere, Andrew I.: “Public Policy and Arbitrability Under UNCITRAL Model Law” **International Arbitration Law Review**, Vol. *2*(2), 1999, s. 70-77.

Öz, Gamze: "Rekabet Hukuku Oturumu Tartışmaları" **Hukuk Kurultayı 2000** (s. 548-551), Ankara, Ankara Barosu, 2000.

Öz, Gamze: "Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Uygulamaları" **Milletlerarası Tahkim Semineri** (s. 44-80), Ankara, ICC, 2005.

Özdemir Kocasakal, Hatice: **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi***,* İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.

Özdemir Kocasakal, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" **Milletlerarası Hukuk Bülteni***, 30*(1-2), 2010, s. 27-88.

Özden Merhacı, Selin: **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages***),* Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Özel, Sibel: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri***,* İstanbul, Legal Yayınları, 2008.

Özsunay, Ergun: "Rekabet Hukukunda Tahkime Elverişlilikle İlgili Yeni Gelişmelerin Işığında Türk Rekabet Hukukunun Durumu", **Milletlerarası Tahkim Semineri** (s. 81-120). Ankara, ICC, 2005.

Özsunay, Ergun: "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III** (s. 117-153), Ankara, Seçkin Yayınları, 2005.

Öztekin Gelgel, Günseli: **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

Paas, Katri: "Non Structural Remedies in EC Merger Control" **European Competition Law Review***,* Vol. 27(5), 2006, s. 209-216.

Park, William: "National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity In International Arbitration", **Tulane Law Review***,* Vol. *63*(3), 1989, s. 647-710.

Park, William: “Arbitrability and Tax” Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 179-206). London, Kluwer Law International, 2009.

Paulsson, Marike: **The 1958 New York Convention in Action**, London, Kluwer Law International, 2016.

Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku (4. Bası)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Penadés Fons, Manuel: “Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control” **Common Market Law Review**, Vol. 49, 2012, s. 1915-1950.

Perales Viscasillas, Pilar: “Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes” Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives** (s. 273-292), London, Kluwer Law International, 2009.

Pinsolle, Philippe: “Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators” **International Arbitration Law Review**, Vol. 7(1), 2004, s. 14-22.

Pitofsky, Robert: “Political Content of Antitrust” **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. *127*(4), 1979, s. 1051-1075.

Pittman, Russell: “Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement”. **Competition Policy International**, Vol. *3*(2), 2007, s. 205-224.

Platte, Martin: “An Arbitrator's Duty to Render an Enforceable Award” **Journal of International Arbitration**, Vol. 20(3), 2003, s. 307-313.

Poudret, Jean François, Besson, Sébastien: **Comparative Law of International Arbitration (2nd ed)**, Trans. By Stephen V. Berti, & Annette Ponti, London, Sweet&Maxwell, 2007.

Quinke, David: "Objective Arbitrability, Article V(2)(a)" Ed. By R. Wolff, **New York Convention Commentary** (s. 381-402). Munih; Oxford; Baden- Baden: C.H. Beck; Hart; Nomos, 2012.

Redfern, Alan, Hunter, Martin J., Blackby, Nigel, et al.: **Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)**, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Reidlinger, Axel, Ionescu, Diana, & Kustor, Thomas: "The CJEU's Genentech Judgment of 7 July 2016 (C-567/14): Lessons For the Review of Arbitration Awards on EU Competition Law By State Courts" **Global Competition Litigation Review***,* Vol. 9(3), 2016, s. 109-117.

Reilly, Miriam Driessen: "Private Damages in EU Competition Law and Arbitration: A Changing Landscape" **Arbitration International***,* Vol. 31, 2015, s. 567-587.

Rekabet Kurumu: **Rekabet Terimleri Sözlüğü** *(5. bası),* Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2014.

Rivkin, David W.: "The U.S. Situation" Ed. By Markham Ball, Piero Bernardini, **Competition and Arbitration Law- ICC Dossier of the International Business Law and Practice** (s. 125-144), Paris, ICC Publishing S.A., 1993.

Rose, Vivien, Bailey, David: **Bellamy& Child: European Community Law of Competition (7th ed.)**, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Sanlı, Kerem Cem: **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği***,* Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000.

Sayhan, İsmet: "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı" **Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi***, Sayı 5*, 2005, s. 30-67.

Schreuer, Christoph H.: **ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge, Cambrdige University Press, 2001.

Schumpeter, Joseph A.: **Capitalism, Socialism and Democracy (Paperback)**, London; New York, Routledge, 1994.

Schwartz, Eric A.: "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC" **ICSID Review- Foreign Investment Law Journal**, Vol. *9*(1), 1994, s. 17-46.

Schwartz, Eric A., Derains, Yves, **Guide to the ICC Rules of Arbitration (2nd Ed.)**, London, Kluwer Law International, 2005.

Schwarz, Franz, Ortner, Helmut: "Procedural Ordre Public and the Internationalisation of Public Policy in Arbitration" In Gerald Zeiler, Irene Welser, et al., **Austrian Yearbook on Commercial Arbitration 2008** (s. 133- 220), Vienna, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008.

Sekmen, Orhan: **Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.

Shelkoplyas, Natalya: **The Application of EC Law in Arbitration Proceedings**, Gröningen, Europa Law Publishing, 2003.

Shore, Laurence: "Chapter 4 - The United States' Perspective on "Arbitrability"". Ed. By Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**, (s. 69-84), London, Kluwer Law International, 2009.

Sterk, Stewart E. "Enforceability of Agreements to Arbitrate: An Examination of the Public Policy Defence" **Cardozo Law Review,** Vol. (2), 1981, s. 481-482.

Süral, Ceyda: "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan**, *16* (Özel Sayı), 2015, s. 1377-1411.

Şanlı, Cemal: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.

Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (6. Bası)**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

Şanlı, Cemal, Esen, Emre (2015): "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", Ed. By İsmail Esin, Ali Yeşilırmak, **Arbitration in Turkey** (s. 211-240). The Hague, Kluwer Law International, 2015.

Şanlı, Cemal; Ataman- Figanmeşe, İnci; Esen, Emre: **Milletlerarası Özel Hukuk (5. Bası)**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2016.

T.C. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: **Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü (İngilizce-Türkçe)**, Ankara, T.C. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, 2009.

T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: **Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma** (Çeviri: A. B. Genel Sekreterliği), Ankara, T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, 2011.

Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku**, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1984.

Tang, Zheng Sophia, **Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law**, London and New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2014.

Tiryakioğlu, Bilgin: **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.

Topçuoğlu, Metin: "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Sayı 19(4), 2015, s. 3-69.

Townley, Christopher: **Article 81 EC and Public Policy**, Oxford; Oregon, Hart Publishing, 2009.

Trittmann, Rolf, & Kasolowsky, Boris: "EU Competition Law Arguments in International Arbitration: Practical Steps and Strategic Considerations" Ed. By Gordon Blanke, Philip Landolt, **EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners** (s. 179-205). The Hague, Kluwer Law International, 2011.

Turhan, Ozan: "Amerikan Antitröst Yasalarının Özel Hukuk İlişkilerine Tatbiki Sonucu Ortaya Çıkan "Treble Damages" kararlarının Avrupa ve Türkiye'de Tenfizi Sorunu" **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** *Sayı 7*(1), 2010, s. 91-114.

Uluç, Didem: **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri No. 132, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2012.

Uluocak, Nihal: "Fransız Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliği" **Milletlerarası Hukuk Bülteni- Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan**, *Sayı 17*(1-2), 1997- 1998, s. 517-531.

Van Den Berg, Albert Jan: **Yearbook Commercial Arbitration 2010**, (Vol. XXXV). The Hague, Kluwer Law International, 2010.

Van Houtte, Hans: "The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission" Ed. By Gordon Blanke **European Business Law Review Special Edition - Arbitrating Competition Law Issues** (s. 89-114),The Hague, Kluwer Law International, 2008.

Varady, Tibor, Barcelo III, John J., & Von Mehren, Arthur T.: **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (4th ed)**, St. Paul, Maine, West Academic Publishing, 2009.

Varol, Nazlı: **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezleri No. 101, 2009.

Vischer, Frank: "General Course on Private International Law" **Recueil Des Cours**, Vol. *232*, 1992, s. 9-255.

Von Mehren, Robert B.: “The Eco Swiss Case and International Arbitration” **Arbitration International**, Vol. 19(4), 2003, s. 465-470.

Werner, Jacques: “A Swiss Comment on Mitsubishi” **Journal of International Arbitration**, Vol. 3(4), 1986, s. 81-84.

Werner, Jacques: “Application of Competition Laws by Arbitrators - The Step Too Far” **Journal of International Arbitration**, Vol. *12*(1), 1995, s. 21-26.

Whish, Richard, Bailey, David: **Competition Law (7th ed)**, New York, Oxford University Press, 2012.

Wong, Dominic: “The "Middle Way" Review Standard of Arbitral Awards- Safeguarding Effective EU Competition Law Enforcement: The Theoretical Appraisal, Practical Application and Potential Obstacles” **Global Competition Litigtion Review**, Vol. 9(1), 2016, s. 1-14.

Wortmann, Beda: “Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System” **Arbitration International**, Vol. 14(2), 1998, s. 97-114.

Yeşilırmak, Ali: **Türkiye’de Ticari Hayatin ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim- Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2011.

Yeşilova, Bilgehan: **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008.

Yiğit, İlhan: **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

AMERİKAN YARGI MAKAMLARININ VE İDARİ MAKAMLARININ KARARLARI

Yargı kararları:

Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 345 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1968).

Allied-Bruce Terminix Co. v. Dobson, 513 U.S. 265 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1995).

American Express et al. v. Italian Colors Restaurant et al. , 133 S. Ct. 2304 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2013).

American Safety v. Mcguire, 391 F.2nd 821 (Amerikan İstinaf Mahkemesi İkinci Dairesi Mart 20, 1968).

Baxter International, Inc. v. Abbot Laboratories, 315 F.3d 829 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Yedinci Dairesi 2003).

Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1962).

Buckeye Checking, Inc. v. Cardegna, 546 U.S. 440, 444 (2006) (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2006).

Cape Flattery Ltd. v. Titan Maritime LLC, 647 F 3d 914 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Dokuzuncu Dairesi 2011).

Circuit City Stores v. Adams, 532 U.S. 105 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2001).

First Options of Chicago, Inc v. Kaplan, 514 U.S. 938 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1995).

Garrity v. Lyle Stuart, Inc., 353 NE2d 793 (New York Bidayet Mahkemesi 1976).

Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp. , 500 U.S. 20 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1991).

Green Tree Fin. Corp. v. Randolph, 531 U.S. 79 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2000).

Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, 539 U.S. 444 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2003).

Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc. , 537 U.S. at 83 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2002).

Investment Partners, L.P. v. Glamour Shots Licensing, Inc., 298 F.3d 314 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Beşinci Dairesi 2002).

Johnson v. West Suburban Bank, 225 F.3d 366 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Üçüncü Dairesi 2000).

Kristin v. Comcast Corp., 446 F.3d 25 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Birinci Dairesi 2006).

Meadows Indemnity Company Limited v. Baccala & Shoop Insurance Services Inc., 760 F Supp. (1991) 1036 (Federal Bolge Mahkemesi Mart 29, 1991).

Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 514 U.S. 52 (Amerikan Yuksek Mahkemesi 1995).

Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (Amerikan Yuksek Mahkemesi 1985).

Pacificare Health Systems v. Book, 538 U.S. 401 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2003).

Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 490 U. S. 477 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1989).

Randolph v. Green Tree Fin. Corp- Ala, 244 F. 3d 814 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Onbirinci Dairesi 2001).

Raytheon v. Automated Business Systems, 882 F. 2d 269 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Ikinci Dairesi 1989).

Scherk v. Alberto Culver Company, 477 U.S. 506 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1974).

Shearson/American Express v. McMahon, 482 U.S. 220 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1987).

Société Nationale Algerienne Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et La Commercialisation des Hydrocarbures v Distrigas Corp, 80 BR 606 (Massachussetts İflas Mahkemesi 1987).

Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds International Corp., 130 S. Ct. 1758 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 2010).

The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. , 407 U.S. 1 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1972).

United States Lines, Inc et al (US) v American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc, et al., XXV YBCA 1057 (Amerikan İstinaf Mahkemesi İkinci Dairesi, 1999).

United States v. Cargill, Inc., 2000-2 Ticari Davalar Para. 72,967 (District of Columbia Bölge Mahkemesi, 2000).

United States v. Comcast Corp., No. 1:11-CV-00106 (District of Columbia Bölge Mahkemesi, 2011).

United States v. Data Card Corp., 1987-1 Ticari Davalar Para. 67,437 (District of Columbia Bölge Mahkemesi, 1987).

United States v. Google Inc. & ITA Software Inc., 1:11-cv-00688 (RLW) (District of Columbia Bölge Mahkemesi, 2011).

United States v. Imetal SA, 2000-1 Ticari Davalar Para. 72, 922 (District of Columbia Bölge Mahkemesi, 2000).

United States v. The Dow Chemical co., 1987-2 Ticari Davalar Para. 67,684 (District of Columbia Bölge Mahkemesi, 1987).

United States v. Topco Associates, 405 U.S. 596 (Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1972).

United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1966).

United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co. , 4 L. Ed. 2d 1403 (Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1960).

United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp. , 4 L. Ed. 2d 1424 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1960).

United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Co. , 4 L. Ed. 2d 1409 (Amerikan Yüksek Mahkemesi 1960).

Willloughby Roofing v. Kajima International, 776 F. 2d 269 (Amerikan İstinaf Mahkemesi Onbirinci Dairesi 1985).

İdari kararlar:

re America Online, Inc., 131 FTC 829 (Federal Ticaret Komisyonu 2001).

re Ciba- Geigy Ltd., 123 FTC 842 (Federal Ticaret Komisyonu 1997).

re El Paso Energy Corp., C-3915 (Federal Ticaret Komisyonu 2000).

re Evanston Northwestern Healthcare Corp., FTC LEXIS 47 (Federal Ticaret Komisyonu 2008).

AB YARGI MAKAMLARININ VE İDARİ MAKAMLARININ KARARLARI

Yargı kararları

A. Ahlström Osakeythro v. Commision , 8. E.C.R. 5193 (Avrupa Adalet Divanı 1985).

Aeroports de Paris v. Commission, T-128/98 (Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi 12.12.2000.

Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA , ECR 629 (Avrupa Adalet Divanı 1978).

ARD v. Commission, T- 158/00 (Avrupa İlk Derece Mahkemesi 2003).

Brentjens' Handelsonderneming BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, Joined cases C-115/97- C- 117/97 (Avrupa Adalet Divanı 1999).

C. Broekmeulen v Huisarts Registratie Commissie, C- 246/80 (Avrupa Adalet Divani 06.10.1981).

CDC Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel , C-352/13 (Avrupa Birliği Adalet Divanı, 2015).

Commission v. Tetra Laval BV, C-12/03 P (Avrupa Adalet Divanı 2005).

Consten and Grundig v Commission, 56, 58/64 (1966) ECR 299 (Avrupa Adalet Divanı 1966).

Costa v. ENEL, ECR 585 (Avrupa Adalet Divani 1964).

Courage Ltd. v. Crehan, C-453/99 (Avrupa Adalet Divanı 2001).

easyJet v. Commission, T- 177/04 (Avrupa İlk Derece Mahkemesi 2006).

Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV., C- 126/97 (Avrupa Adalet Divanı, 1999.

Gencor v. Commission , T- 102/96 (Avrupa Toplulukları Ilk Derece Mahkemesi (Genel Mahkeme) 1999).

Genentech Inc v. Hoechst GmbH, C-567/14 (Avrupa Birligi Adalet Divanı 2016).

Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission , ECR 619 (Avrupa Adalet Divanı 1972).

Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, ECR 1125 (Avrupa Adalet Divanı 1970).

J.C.J. Wouters and Others v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, C-309/99 (Avrupa Adalet Divanı 2002).

Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities, T-201/04 (Avrupa Ilk Derece Mahkemesi 2007).

Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, C-102/8 (Avrupa Adalet Divani, 1982).

Renault v. Maxicar , C-38/98 (Avrupa Adalet Divanı 2000).

Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH , ECR 235 (Avrupa Adalet Divanı 1966).

Tetra Laval v. Commission, Case T-5/02 (Avrupa Adalet Divani 2002).

Vaassen-Goebbels v Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, C- 61/65 (Avrupa Adalet Divanı, 1966).

Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA etc , ECR I-6619 (Avrupa Adalet Divanı 2006)

Idari kararlar:

Air France/KLM, OJ 060 (Avrupa Komisyonu 2004).

Alcan/ Pechiney (II), COMP./ M. 3225 (Avrupa Komisyonu 2003).

Alcatel/ Finmeccanica/ Alcatel Alenia Space & Telespazio, COMP. /M. 3680 (Avrupa Komisyonu 2005).

Alcatel/Thomson CSF-SCS, OJ C272 (Avrupa Komisyonu 1998).

Allied Signal/ Honeywell, COMP./ M. 1601 (Avrupa Komisyonu 2000).

Axalto/ Gemplus, COMP. / M. 3998 (Avrupa Komisyonu 2006).

BSkyB/ Kirch Pay TV, COMP./ JV 37 (Avrupa Komisyonu 2000).

Carrefour/ Promodès, COMP. / M. 1684 (Avrupa Komisyonu 2000).

Coca-Cola/Carlsberg, O.J. (L 145) 41-62 (Avrupa Komisyonu Kararı 1998).

Daimler Chrysler , OJ L 317/76 (Avrupa Komisyonu 2007).

Danone/ Numico, COMP./ M. 4842 (Avrupa Komisyonu 2007).

Deutsche Bahn/ English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS), COMP./ M. 4746 (Avrupa Komisyonu 2007).

Dow Chemical/Union Carbide, COMP/M. 1671 (Avrupa Komisyonu 2001).

Elf Aquitane- Thyssen v. Minol, COMP M. 235 (Avrupa Komisyonu 1992).

Evraz/ Highveld, COMP./ M. 4494 (Avrupa Komisyonu 2007).

Gaz de France/ Suez, COMP./ M. 4180 (Avrupa Komisyonu 2006).

GE/ Instrumentarium, COMP./ M/ 3083 (Avrupa Komisyonu 2003).

General Electric v. Honeywell, Case No. IV/M. 2220 (AB Komisyonu kararı 2001).

Guinness/Grand Metropolitan, O.J. (L 288) 24-54 (Avrupa Komisyonu 1997).

IAG/ BMI, COMP./ M. 6447 (Avrupa Komisyonu 2012).

Iberia/ Vueling/ Clickair, COMP./ M. 5364 (Avrupa Komisyonu 2009).

Intel/ Mc Afee, COMP./ M. 5984 (Avrupa Komisyonu 2011).

Johnson& Johnson/ Guidant, COMP./ M. 3687 (Avrupa Komisyonu 2005).

Johnson& Johnson/ Pfizer Consumer Healthcare, COMP./ M. 4313 (Avrupa Komisyonu 2006).

Lufthansa/ Austrian Airlines, COMP./ M. 5440 (Avrupa Komisyonu 2009).

Lufthansa/ Austrian Airlines, COMP./ M. 5440 (Avrupa Komisyonu 2009).

Lufthansa/ Eurowings, OJ C18 (Avrupa Komisyonu 2005).

Lufthansa/ SNAH, COMP./ M. 5335 (Avrupa Komisyonu 2009).

Lufthansa/Swiss, OJ C204 (Avrupa Komisyonu 2005).

Matra/ Aérospatiale, IV/ M. 1309 (Avrupa Komisyonu 1999).

Newscorp/ Telepiù, COMP/ M. 2876 (Avrupa Komisyonu 2003).

Pernod Richard/Diageo/Seagram Spirits, COMP/M. 2268 (Avrupa Komisyonu 2000).

Piaggio/ Aprilia, COMP./ M. 3570 (Avrupa Komisyonu 2004).

Reuters/ Telerate, OJ C 154 (Avrupa Komisyonu 2005).

Sanitec/ Sphinx, IV/ M. 1578 (Avrupa Komisyonu 2000).

Schering- Plough/ Organon Biosciences, COMP./ M. 4691 (Avrupa Komisyonu 2007).

Schneider Electric/ APC , COMP./ M. 4475 (Avrupa Komisyonu 2007).

SEB/ Moulinex, COMP./ M. 2621 (Avrupa Komisyonu 2002).

T- Mobile Austria/ Tele.Ring, COMP./ M. 3916 (Avrupa Komisyonu 2006).

Telia/Sonera, OJ C201 (Avrupa Komisyonu 2002).

Tetra Laval/ Sidel, OJ L43/ 13 (Avrupa Komisyonu 2003)

TLP/ ERMEWA, COMP./ M. 5579 (Avrupa Komisyonu 2010).

Verbund/ Energie Allianz , COMP/M.2947 (Avrupa Komisyonu 2003).

Yara/ Kemira Growhow, COMP./ M/ 4730 (Avrupa Komisyonu 2007)

FRANSIZ YARGI MAKAMLARININ KARARLARI

Almira Films v. Pierrel, Rev. Arb. 1989, 771 (Paris İstinaf Mahkemesi 1989).

Aplix v. Velcro, 1994 Rev. Arb. 164 (Paris İstinaf Mahkemesi 10 14, 1993).

Chauzy, 57 (Fransiz Yargıtayı 12.02.1985).

Congo v. SA Commissions Import Export, Pôle 1, Ch.1 (Paris İstinaf Mahkemesi 2014).

Ganz v. Societe Nationale des Chemins de Fer Tunisiens, Rev. Arb. 478 (Paris İstinaf Mahkemesi 1991).

Grenoble İstinaf Mahkemesi karari, [1994] Rev. Arb. 337 (Grenoble İstinaf Mahkemesi 1993).

Labinal v. Mors, Rev. Arb. 645 (Paris İstinaf Mahkemesi 1993).

Paris İstinaf Mahkemesi kararı, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique 401 (Paris İstinaf Mahkemesi, 1994).

SAS Man Diesel & Turbo France v. Sté Al Maimana General Trading Company Ltd., Pôle 1, Ch 1 (Paris İstinaf Mahkemesi, 2014).

Sigmav Bezard et Totaliment v. Comptoir Agricole du Pays Bas Normand, Dalloz, Jur. 587, 588 (Paris İstinaf Mahkemesi 1957).

SNF SAS v. Cytec Industrie BV, XXXII YCA 282 (2007) (Paris İstinaf Mahkemesi, 2006).

SNF SAS v. Cytec Industries BV, 135 JDI Clunet 1107 (2008) (Fransiz Yargitayı, 2008).

Société Anonyme Agricole v. Torris, Dalloz Jur 192 (Paris İstinaf Mahkemesi, 1954).

Société Phocéenne de Depots v. Depots Petroliers de Fos, Rev. Arb. 1989, 280 (Paris İstinaf Mahkemesi, 1989).

Sté Gulf Leaders for Management and Services Holding Company v. SA Credit Foncier de France, Pôle 1 Ch.1 (Paris İstinaf Mahkemesi 2014).

Thalès Air Defence v. Euromissile, 132(2) J.D.I. 357 (Paris İstinaf Mahkemesi, 2004).

İSVİÇRE YARGI MAKAMLARININ KARARLARI

Ampaglas v. Sofia, 129 Journal des Tribunaux III 71 (1981) İsvicre Vaud Kanton Mahkemesi 1975).

F., U. v. W. Inc, XXIII ASA Bulletin 217 (1995) İsviçre Federal Mahkemesi 1994.

Fincantieri- Cantieri Navali Italiani SpA v. Oto Melara, BGE 118 II 353 (İsviçre Federal Mahkemesi 1992).

G.SA v. V. Spa, BGE 118 II 193 (İsviçre Federal Mahkemesi 1992).

Tensacciai v. Terra Armata, 24 ASA Bulletin 3 (2006) (İsviçre Federal Mahkemesi, 2006).

X SA ve Y SA v. A, A.S.A. Bulletin 529 vd. (1999) (İsviçre Federal Mahkemesi, 1998).

TÜRK YARGI MAKAMLARININ VE İDARİ MAKAMLARININ KARARLARI

Yargı kararları

İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi Kararı E. 2008/54, K. 2008/333 (İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi 23.10.2008).

Yargıtay İBHGK E. 2010/1, K. 2012/1 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Şubat 10, 2012).

Yargıtay 11. HD E. 2005/145, K. 2006/8410 (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 14.07.2006).

Yargıtay 11. HD E. 2005/3755, K. 2006/7408 (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.06.2006).

Yargıtay 11. HD E. 2006/7396, K. 2007/6672 (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.05.2007).

Yargıtay 11. HD E. 2009/11257, K. 2011/1675 (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 15.02.2011).

Yargıtay 11. HD E. 2015/ 5134, K. 2016/2543 (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.03.2016).

Yargıtay 13. HD E. 2002/12626, K. 2002/ 14028 (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 25.12.2002).

Yargıtay 13. HD E. 2008/3492, K. 2008/ 11120 (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 20.10.2008).

Yargıtay 13. HD E. 2011/19737, K. 2012/ 25406 (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 13.11.2012).

Yargıtay 13. HD E. 7789/12275, E. 7789/12275 (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 25.09.2006).

Yargıtay 15. HD E. 2007/2145, K. 2007/4389 (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 27.06.2007).

Yargıtay 19. HD E. 2002/ 2827, K. 2002/7580 (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 29.11.2002).

Yargıtay 19. HD E. 2007/3229, K. 2007/ 10677 (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 29.11.2007).

Yargıtay 19. HD E. 2008/ 11681, K. 2009/ 7174 (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 15.07.2009).

Yargıtay 19. HD E. 2008/10262, K. 2009/728 (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 05.02.2009).

Yargıtay 19. HD E. 99/3350, K. 99/6364 (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 01.11.1999).

Yargıtay 19. HD E. 2005/5976; K. 2005/10004 (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 13.10.2005).

Yargıtay 9. HD E. 2004/5846, K. 2004/5621 (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.03.2004).

Yargıtay 9. HD E. 2007/35895, K. 2008/11994 (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.05.2008).

Yargıtay 9. HD, E. 2008/5830, K. 2008/29774 (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 03.11.2008).

Yargıtay HGK E. 2013/ 13-1847, K. 2015/2020 (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.09.2015).

Yargıtay 15. HD E. 2007/2145, K. 2007/4389 (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 27.06.2007).

Yargıtay 19. HD, E. 2006/10027, K. 2007/3197 (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 30.03.2007).

Yargıtay 23. HD, E. 2012/192, K. 2013/255 (Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 21.01.2013).

İdari kararlar:

Rekabet Kurulu Karar No. 07-39/ 416-163, 07-39/ 416-163 (Rekabet Kurulu 09.05.2007).

Rekabet Kurulu Karar No. 14-22/ 461-203, 14-22/ 461-203 (Rekabet Kurulu 25.06.2014).

DİĞER ÜLKELERİN YARGI MAKAMLARININ KARARLARI VE HAKEM KARARLARI

Allsop Automatic Inc v. Tecnoski, XXII Yearbook Commercial Arbitration 725 (Milano İstinaf Mahkemesi, 1992).

Argentine engineer v British company, ICC dava no. 1110 (Judge Lagergren, ICC Hakemi 1987).

Arsanovia Limited & others v. Cruz City 1 Mauritus Holdings, 2 All ER 1 (QB) (İngiliz Yüksek Mahkemesi 2013).

Bolonya İstinaf Mahkemesi kararı, XVIII Yearbook 422 1993 (Bolonya İstinaf Mahkemesi 21.12.1991.

Brüksel İstinaf Mahkemesi kararı, [1986] Journal des Tribunaux 93 (04.10.1985).

C v. D, [2007] EWHC 1541 (Comm) (İngiliz Ticaret Mahkemesi 28.06.2007).

Dow Chemical Company v. ISOVER Saint Gobain, ICC Dava No. 4131 (Tahkim Mahkemesi 23.09.1982.

Fincantieri- Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 4 Riv Arb 505 (Cenova İstinaf Mahkemesi 1994).

Fiona Trust v. Privalov, [2007] 4 All ER 951 (House of Lords 2007).

FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd and others, [2014] SGHCR 12 (Singapur Yüksek Mahkemesi 2014).

Heyman v. Darwins, AC 356 [1942] (House of Lords 1942).

Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Liberia, ICSID ARB/83/2 (ICSID Hakem Kararı 1986).

Oberster Gerichtshof, 4 Ob 80/08f (Avusturya Yüksek Mahkemesi, 2008).

Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd, 1 Lloyd's Report 603 (İngiliz Ticaret Mahkemesi 2004)

Pirelli &Co SpA v. Licensing Projects SA, 86/2009 (Barselona Istinaf Mahkemesi, 2009).

S.S. Lotus (Fransa v. Turkiye), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Uluslararası Daimi Adalet Divanı, 1927).

SNF SAS v Cytec Industries, Rev. Arb. 2007, 303 (Brüksel İlk Derece Mahkemesi, 2007)

Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA and others v. Enesa Engelharia SA and others, 1 WLR 102 (İngiliz İstinaf Mahkemesi 2013).

Systembolaget Aktiebolag, T 4487-12 (Svea İstinaf Mahkemesi 2013).

The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan, 15(7) Mealey's IAR Al (2000) (Pakistan Yüksek Mahkemesi, 2000).

Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd and others, 1 All ER (Comm) 865 (CA) (İngiliz İstinaf Mahkemesi 1999).

XL Insurance v. Owen Corning, [2001] 1 All E.R. (Comm) 530 (İngiliz Ticaret Mahkemesi, 2000).

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

AB Komisyonu, **EU Competition Policy Brief- Occasional discussion papers by the Competition Directorate–General of the European Commission**, Ocak 2015 (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/001_en.pdf 04.01.2017.

Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı**. (Çeviri: Ali Yeşilırmak, Ismail Esin), Lahey, 2015, (Çevrimiçi) http://www.arbitration-icca.org/media/3/14344084296340/icca_guide_turkish_final.pdf, 31.10.2016

EC Press Release Database, 15.09.2005 (Çevrimiçi) http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm , 29.11.2016.

European Parliament, **Sources and Scope of European Union Law**, (n.d.) (Çevrimiçi) http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.1.pdf , 04.01.2017.

Hutchinson, Todd N., **Understanding the Differences Between the DOJ and the FTC**., n.d., American Bar Association: http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/understanding_differences.html 28.03.2017.

Komninos, Assimakis: **Arbitration and EU Competition Law**, 12.09.2009, (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105&rec=1&srcabs=1577859&alg=1&pos=1 ,04.01.2017

Korkmaz, Metin, Tanyas, Mehmet: **Viking Karma Taşımacılık Projesi ve Samsun İli Üzerindeki Etkileri**, Eylül 2014, (Çevrimiçi) Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Elektronik Dergisi: http://sbedergi.gumushane.edu.tr/Makaleler/260727908_VII.pdf 20.02.2017

Nazzini, Renato: **Arbitration, Competition Law and EU Damages Directive** (n.d.) (Çevrimiçi) www.uianet.org 10.03.2017.

New York City Bar Committee on International Commercial Disputes, **Publication of International Arbitration Awards and Decisions**, 2014, New York City Bar: http://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf 24.03.2017.

Rekabet Kurumu Web Sitesi **Hakkımızda: Rekabet Kurumu**, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, 25.11.2016.

Rome I Regulation, **Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations**. (Çevrimiçi) EurLex: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593 , 25.11.2016.