

**REKABET HUKUKU VE ÖZEL HUKUK AÇISINDAN
AKARYAKIT DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ II:
GELİNEREN NOKTA, SORUNLAR VE DEĞERLENDİRMELER**

*FUEL DISTRIBUTION CONTRACTS FROM
COMPETITION AND PRIVATE LAW PERSPECTIVE:
CURRENT STATE, PROBLEMS AND EVALUATIONS*

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI*

Öz

Akaryakıt dağıtım piyasasındaki dikey ilişkiler bir süreden beri Rekabet Kurumu'nu meşgul etmektedir. Genellikle 15 sene süreli intifa ve 5 sene süreli bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin ihtilaf konusu yapılmasının temel nedeni, bayinin sağlayıcı olan dağıtım şirketine ekonomik açıdan bağlanmasıdır. Ekonomik tabiiyet sorunu olarak adlandırabileceğimiz bu sorun, esas itibarla taraflar arasındaki bir özel hukuk sorunudur. Fakat rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmenin, intifa sözleşmesi nedeniyle fiilen 5 seneden uzun olması, bunu aynı zamanda bir Rekabet Hukuku sorunu haline getirmekte ve özellikle bayiler Rekabet Hukukunu manivela olarak kullanmaktadırlar.

Rekabet Kurulu yakın dönemde verdiği kararlar ile içtihat değişikliğine gitmiş ve intifa sözleşmelerinin de Rekabet Hukuku kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucu olarak, bu dikey ilişkilerin grup muafiyetinden yararlanmaları için azami 5 sene olarak akdedilmeleri gerekmektedir. Pek çok sözleşme ise, 18.9.2010 tarihinden itibaren grup muafiyeti kapsamı dışında kalacak ve geçersizlik riskine muhatap olacaktır. İşte bu makalenin konusu da, bu sorunun özel hukuk ve Rekabet Hukuku açısından incelenmesidir. Bu bağlamda, mevcut hukuki durum açıklandıktan sonra, sözleşmelerin süresinden önce sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan geçersizlik ve sebepsiz zenginleşme gibi sorunlar ele alınacak ve gelecek dönem hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Akaryakıt, Bayilik, İntifa, Geçersizlik, Sebepsiz Zenginleşme.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Yardımcı Doçenti. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir. Bu çalışmanın yayımlanma sürecindeki katkılarından dolayı hakemlere ve editör H. Göksin Kekevi'ye teşekkür ederim.

Abstract

The problems stemming from the vertical relations in fuel distribution market have been prepossessed the agenda of the Turkish Competition Authority for sometime. The reason why these relations have been a subject matter of an intense legal dispute has to do with the problem of economic subordination of dealers to fuel suppliers/distributors. In this unique vertical relation, the supplier first acquires the usufructs rights in property with a contract in rem for 15 years and then appoints the owner as his dealer in the same property with a 5 year dealership contract. In effect, the duration of this vertical relation is determined by the duration of usufructs right given that the dealer has no viable economic option to terminate the dealership contract. The legal disputes stemming from these relations have a predominantly private law character. However, 15 years duration coupled with non-competition clauses in dealership contracts converts these disputes to a competition law issue as well. Accordingly the dealers use competition law as a leverage in their private law conflicts.

The Competition Board recently changed its opinion in this issue and began to apply the Competition Law prohibitions to usufructs contracts which had been previously considered solely as a private law matter. Resulting from this new case law, duration of both these contracts should be limited with five years maximum in order to benefit from the block exemption Regulation. The contracts which are currently in effect will be uncovered from the Regulation and exposed to the nullity risk unless they are revised until 18.9.2010, the deadline which is designated by the Competition Board.

The subject matter of this paper is to analyze this particular problem from competition and private law perspectives. In this context after explaining the current legal state of affairs, the nature of nullity sanction and unjust enrichment problems that are caused by advance termination of these contracts will be discussed and possible issues that are expected to come out in the forthcoming term will be brought in to the spotlight.

Keywords: *Fuel, Distribution, Rights in Rem, Nullity, Unjust Enrichment*

GİRİŞ

Akaryakıt dağıtım sektöründeki bayılık anlaşmaları bir süredir Rekabet Kurulu (Kurul) gündemini meşgul etmektedir. Bu durum, temelde akaryakıt dağıtım şirketleri ile istasyon malikleri arasında kurulan dikey ilişkinin vasfından kaynaklanmaktadır. Dağıtım şirketi ile istasyon maliki, malikin arazisindeki kullanma (ve semelerinden yararlanma) hakkını, aralarında yaptıkları 15 ila 20 senelik bir intifa (veya şerh edilmiş kira) sözleşmesi ile dağıtım şirketine tahsis etmekte, akabinde dağıtım şirketi bu hak çerçevesinde malik ile 5 sene

sürelî bayilik (veya işletmecilik) sözleşmesi akdetmektedir¹. Dolayısıyla malik (bayi)², arazi ve üzerindeki yapıda kuru mülkiyete sahip olmakta, dağıtım şirketi ile kurduğu bayilik ilişkisinde tamamen dağıtım şirketine tabi olmaktadır.

“*Ekonomik tabiiyet sorunu*” olarak adlandırabileceğimiz bu sorun, dağıtım şirketleri ile bayiler arasında, ekonomik bir asimetri yaratmakta ve bu durum bayilerin şikâyetlerine yol açmaktadır. Nitekim bu ilişkilerin Kurulun önüne gelmesinin temel nedeni budur. Fakat özellikle son yıllarda Kurulun bu konuda çok sayıda şikâyet almasına neden olan husus, Kurulun içtihat değiştirmesi ve yeni içtihadın pratik açıdan bazı sorunlar doğurmasıdır³. Kurul, bayilik ve intifa sözleşmelerinden oluşan ilişkinin 5 seneyi geçemeyeceğini ve 2005 yılı öncesinde akdedilen akitlerin 18.9.2010 tarihi itibarıyla geçersiz olacağını belirtmiştir. Bu durum sektörde ciddi tereddütlere yol açmıştır. Nitekim bu nedenle Rekabet Kurumu (Kurum) bu tereddütleri gidermek için bir Görüş⁴ yayımlamıştır⁵. Mevcut durum itibarıyla hukuki sorunların tam olarak giderildiği söylenemez.

İşte bu çalışmanın amacı da, yeni içtihadın neden olabileceği sorunlara biraz olsun ışık tutabilmektir⁶. Bu amaçla, hukuki/ekonomik sorun ortaya konduktan sonra Kurul kararları neticesinde gelinen nokta izah edilecek ve

¹ Terminoloji ile ilgili bazı hususların açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır. Bundan böyle, istasyon maliki bayi, sadece bayi olarak adlandırılacak, bayi ile dağıtım şirketi arasındaki kısa süreli sözleşme (somut olayda ne olursa olsun) bayilik sözleşmesi; uzun süreli sözleşme ise intifa sözleşmesi olarak isimlendirilecektir.

² Bu çalışmada malik ve bayi terimlerini birbirlerini ikame edecek şekilde, Rekabet Hukuku terminolojisi ile yeniden satıcıyı ifade etmek üzere kullanıyoruz.

³ Bkz. aşağıda 3 ve özellikle 3.1.

⁴ Rekabet Kurumu'nun Birinci Dairesi tarafından yayımlanan görüş için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/belgeler/belge381/intifaweb.pdf>

⁵ Bkz. aşağıda 2.3.2.

⁶ Dolayısıyla bu çalışma dağıtım şirketleri ve istasyon malikleri arasındaki sözleşmelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia ettiğimiz ve tapudaki kaydın durumunu ele aldığımız Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar birlikte kaleme alınan makalenin bir devamı mahiyetindedir. Bu çalışmaya temel teşkil eden bu ön sorunlar hakkında bkz. GÜRZUMAR O. B ve SANLI K. C., *Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi Halinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında*, Haluk Konuralp Anısına Armağan C.III, Yetkin Yayınları, Ankara 2009 s.549-577. Bu konudaki diğer çalışmalar için bkz. ASLAN Y. İ (2009), *Türk Akaryakıt Dağıtım Piyasasının Yapısı, Petder için Hazırlanan Rapor*; GÜVEN P. (2009), *Esas Sözleşme ile Bağlantılı Olarak Yapılan İntifa Hakkının Tanınması veya Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri Yapılmasının Rekabet Hukukundaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Açısından İncelenmesi*, Legal Hukuk Dergisi, S.76, Nisan 2009, s.1085-1101; BÜYÜKAY Y. DOĞAN M (2009), *İntifa Hakkı Kurulması Şartının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, ŞEN M., BOZTOSUN A., TEKDEMİR Y. ve SABUNCU H. (der.), *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII* içinde, s.449-480; KARACEHENNEM N. (2006), *Akaryakıt Bayileri Rekabet Etmeme Yükümlülüğünden Kurtulabilecekler mi?*, Rekabet Forumu S.25, s.10-16

bunun bilhassa medeni hukuk açısından yansımaları üzerinde durulacaktır. Sözleşmelerin yenilenmesi, geçersizliğe bağlı ortaya çıkan; sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin kapsamı, zamanaşımı süresi ve tapu kaydının terkinin gibi meseleler incelenecek temel konuları teşkil etmektedir. Önemle belirtelim ki, dikey ilişkilerin piyasadaki rekabet üzerindeki etkilerinin analizi bu çalışmanın konusu değildir. Dolayısıyla bu ilişkilerin gerçekten piyasada giriş engeli yaratıp yaratmadığını değerlendirmeyeceğiz⁷.

1. DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNİN YARATTIĞI HUKUKİ ve EKONOMİK SORUN

Dağıtım şirketleri ile istasyon sahipleri arasındaki dikey ilişkiler, birbiriyle bağlantılı (en azından)⁸ iki sözleşme üzerine inşa edilmektedir. Bunlardan ilki kira ya da intifa sözleşmesi, diğeri ise; bayilik veya işletmecilik sözleşmesidir. İlk sözleşmenin temel vasıfları, resmi şekle tabi ve uzun süreli olması (15 ila 20 sene), tapuya tescil edilmesi ve sözleşmeden doğan hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesidir⁹. Bu, kira akitlerinde şerh anlaşması ve bunun tapuya şerh edilmesi ile tescil edilen intifa akitlerinde ise, zaten bunların mahiyeti icabı sağlanmaktadır. Bu sözleşmeler ile arazi ve/veya istasyon üzerinde uzun süreli kullanım hakkını elde eden dağıtım şirketi, malik ile akdettiği 5 senelik bir bayilik sözleşmesi ile istasyonda kendi ürünlerinin yeniden satımı için malike bayilik vermektedir.

Her ne kadar iki ayrı sözleşme bulunsun da, uygulama dikkate alındığı zaman, aslında bu sözleşmelerin bir bütünün parçaları olduğu görülmektedir. Uygulamada dağıtım şirketleri, elde ettikleri kullanım hakları çerçevesinde istasyonları kendileri kullanmadığı gibi, 3. kişilerle de bayilik sözleşmeleri

⁷ Söz konusu sözleşmelerin giriş engeli yarattığını ileri süren Rapor, ASLAN tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. ASLAN Y. İ. (2009), s.46 vd. Hemen belirtelim ki ASLAN, söz konusu politika değişikliğinin grup muafiyetinin geri alınması ile aynı “etkiyi” doğurduğunu belirtmektedir ki biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira burada söz konusu olan şey, başlangıçtan bu yana birlikte ele alınması gereken iki sözleşmenin, bir arada değerlendirilmeye başlanmasıyla yeniden tanımlanan bu dikey ilişkinin 2002/2 sayılı Tebliğ’e uygun hale getirilmesidir. Biz başlangıçta bu dikey ilişkinin analizinde hataya düştüğümüzü kabul ettiğimiz için, hatadan dönülmesini de grup muafiyetin geri alınması olarak yorumlamıyoruz. Bu açıdan grup muafiyetin geri alınması kararları ile yapılan mukayeseyi de yerinde bir mukayese olarak görmüyoruz (krş ASLAN İ. Y. (2009), s.91,99,138).

⁸ Uygulamada pekâlâ bu iki sözleşme dışında ariyet, (faizsiz) kredi ve inkişaf gibi başka sözleşmelerin de akdedilmesi muhtemeldir. Ama soruna neden olan temel sözleşmelerin bu ikisi olduğunu ve Kurul kararlarında da bunlara atf yapıldığını dikkate alarak, biz de bu iki sözleşme üzerinden meseleyi incelemeyi uygun gördük.

⁹ Akaryakıt Sektörü Raporu’ndaki verilere göre, mevcut istasyonlar ile yapılan sözleşmelerin % 95’ten fazlası aynı zamanda intifa sözleşmesi de içermektedir. Bunların çok önemli bir kısmı 15 veya daha uzun süreli olarak akdedilmiştir (bkz. YOLCU İ.A., ÜNAL Ç. Ve GÜNDÜZ H., (2008), Akaryakıt Sektör Raporu, Rekabet Kurumu, Ankara, s.109,110).

akdetmemekte, daima malik ile sözleşme yapmaktadırlar. Dolayısıyla bu iki sözleşme daima aynı taraflar arasında akdedilmekte; malik, fiilen intifa hakkı süresi boyunca kendi taşınmazında bayi sıfatıyla ekonomik faaliyet yürütmektedir.

Bu sözleşmelerin neden bir arada akdedildiği, örneğin neden bayilik sözleşmesi ile yetinilmediği hususunda farklı gerekçeler bulunabilir¹⁰. Ama genel olarak bayilik sözleşmesinin, dağıtım şirketi tarafından yapılan yatırımların korunması açısından yeterli olmaması temel neden olarak görülebilir¹¹. İntifa sözleşmesi, dağıtım şirketinin sağladığı finansman için aynı teminat işlevini yerine getirmektedir. Dağıtım şirketi, istasyonun inşası ve donanımı için yaptığı yatırımların geri dönüşü için, uzun süreli münhasır ilişki kurmakta ve “*ayni etki*” vasıtasıyla sağlam bir teminata sahip olmaktadır¹². Bu itibarla aslında bu sözleşmeler birbirlerine bağlı olarak akdedilmektedirler. Borçlar Hukuku açısından burada atipik sözleşmelerden “*birleşik sözleşme*”¹³ bulunduğu söylenebilir.

Bu ilişki, uygulamada muhtelif sorunlar doğurmaktadır. Bayi açısından temel sorun, dağıtım şirketine ekonomik açıdan tabi olmasıdır. Bayi, uzun süreli intifa sözleşmesi nedeniyle, dağıtım şirketi ile bayilik ilişkisinde ihtilafa düştüğü bir kurguda, (çoğu kez aleyhlerine kaleme alınan) sözleşmeye dayalı talepler haricinde bir iddia ileri sürememektedir. Dolayısıyla maliki olduğu istasyonu terk etmek¹⁴ veya dağıtıcının öngördüğü şartlar ile faaliyete devam etmek

¹⁰ Örneğin bu hususta ileri sürülebilecek olan bir diğer gerekçe Petrol Piyasası Kanunu'nun (PPK.) dağıtım şirketinin mülkiyetinde olabilecek istasyon sayısını sınırlaması karşısında, mülkiyete en yakın olacak şekilde azami kontrol sağlayacağı bir dağıtım ağı kurmak için bu yolun tercih edildiği söylenebilir. Nitekim bayilerin şikâyetine yol açan husus, dağıtım şirketlerinin bu kontrolünden başka bir şey değildir. Keza bir başka gerekçe, dağıtım şirketinin, uzun süreli sözleşme vasıtasıyla yatırımlarını daha iyi planlama imkânına sahip olmasıdır (bkz. YOLCU İ. A. vd. (2008), s.40,41)

¹¹ Dağıtım şirketlerinin intifa ve kira sözleşmelerini uzun süreli akdetmelerinin yapılan yatırımların geri dönüşümünü sağlamaya yönelik olduğu hakkında dağıtım şirketlerinin görüşleri hakkında bkz. Rapor, s.39

¹² Burada ilginç olan husus, intifa sözleşmesinin işlevine ilişkindir. Kanun hükümleri incelendiği zaman, intifa sözleşmesinin hak sahibinin taşınır veya taşınmazdan yararlanması, onu kullanması için akdedildiği görülmektedir (TMK.m.803). Her ne kadar hak sahibi, hak konusu nesneyi başkasına kullandırabilirse de (TMK.m.806), asıl olan kendisinin zilyet olmasıdır. Oysa burada, bilhassa kullanımın malike bırakılması ile (bkz. TMK.m.807,808) intifa sözleşmesinin tipik işlevini yerine getirmediği, bir anlamda “*amacına yabancılaştığı*” söylenebilir.

¹³ Birleşik sözleşme, hukuken tamamen birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmelerin (intifa ve bayilik), taraflarca birbirine bağlı duruma sokulmasıdır. Sözleşmeler adeta birbirinin edim-karşı edimi gibi işlevsel olarak birbirlerine bağlanmıştır (bkz. YAVUZ C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.19; GÜMÜŞ A., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.10 vd.).

¹⁴ Bayilerin istasyonun bulunduğu taşınmazı dağıtım şirketine terk etmesi ve dağıtım şirketinin başka bir bayi ile anlaşması, ekonomik açıdan çok makul gözükmemektedir. Zira bayinin istasyonu

durumunda kalmaktadır. Dağıtım şirketi açısından sorun (eğer somut olayda söz konusu ise), taşınmaza yapılan yatırımların finansmanı ve bunun teminat altına alınmasıdır¹⁵. Uzun süreli aynı etkili bir sözleşme, bu ihtiyaca cevap vermektedir¹⁶. Sürenin bayi tarafından kısaltılmak istenmesi durumunda ise, doğal olarak yapılan yatırımların geri dönüşümü sorunu ile karşılaşılmaktadır¹⁷.

Tabiatıyla uzun süreli bir ilişkide, bu zıt menfaatlerin çeşitli nedenler ile çatışması muhtemeldir. Bilhassa ekonomik asimetri, ihtilaf çatışması olasılığını arttırmaktadır. Fakat bu tür ihtilaflardaki menfaat uyumsuzluğu, doğrudan Rekabet Hukuku ile ilgili değildir. Sözleşmenin süresinin uzun olması veya haksız/adaletsiz bazı hükümlerin varlığı, olsa olsa özel hukuk sorunudur¹⁸. Açıkçası mahkemeler bu tür ihtilaflara müdahale etmekten imtina etmektedirler¹⁹. Dolayısıyla bu sözleşmesel ihtilaflara (özellikle bayiler tarafından) Rekabet Hukukunun da dâhil edilmesi, bu hukuk dalının bir tür *manivela* olarak kullanılması niyetinden ibarettir.

Burada Rekabet Hukuku açısından birbiriyle ilintili iki sorun vardır²⁰. Teknik/pozitif hukuk açısından sorun sözleşmelerin süresinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, (2002/2 sayılı Tebliği) karşısındaki durumudur. Akaryakıt sektöründeki dikey anlaşmalar, Rekabetin

çok az bir bedelle uzun bir süre boyunca dağıtım şirketine teslim etmiş olacaktır (ASLAN Y. İ (2009), s.18).

¹⁵ Akaryakıt Sektör Raporu'nda yapılan tespitlerden biri de, dağıtım şirketlerinin istasyonlara yaptığı yatırım büyüklüğünün, sektördeki ticaret hacmi dikkate alındığı zaman oldukça küçük bir paya sahip olmasıdır. Rapor yatırım büyüklüğünün sadece %0,1 olduğunu ortaya koymaktadır. Bu rakam, intifa bedelleri için dağıtım şirketleri tarafından ödenen meblağ toplamıdır.

¹⁶ Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Rekabet Kurulunun 2.10.2003 T. ve 03-64/770-356 sayılı Shell-Cabbaroğlu Kararı

¹⁷ Bkz. aşağıda 3.1.3

¹⁸ Nitekim bu tür uyumsuzluklar Yargıtay'ın kararlarına konu olmuştur. Bkz. HGK. 6.6.2001 T ve E. 2001/11-426; K. 2001/481

¹⁹ Sözleşmeye aykırılık ihtimalini bir kenara bırakırsak, bayilerin, anılan sözleşmeleri, gabin (BK.21), ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olacak derece kısıtlanması (BK.m.23/2 ve BK.m.19,20) gibi hukuki gerekçeler bağlamında geçersizliğini ileri sürmeleri, mahkemeler tarafından kabulü güçtür. Bilhassa her iki tarafın da tacir konumunda olması, bu tür taleplerin genellikle reddine yol açacaktır.

²⁰ Esasen pek de tartışma konusu yapılmayan, dolayısıyla da burada zikretmeye değer bulmadığımız üçüncü (gölge) sorun, intifa sözleşmesinin akdedilmesi ve tapuya intifa hakkının tescili ile ekonomik faaliyetin kontrolünün dağıtım şirketine geçip geçmediğidir. Zira eğer geçtiği kabul edilirse, 15 sene boyunca ekonomik faaliyetin dağıtım şirketinin kontrolünde yürütülmesi 4. madde değil; 7. madde anlamında bir (dikey) devralma olarak kabul edilmelidir. Tabiatıyla kontrolün devralınıp alınmadığı somut olayda belirlenmesi gereken bir husustur. Fakat burada intifa sözleşmesinin bu ölçüde (yani intifa sözleşmesinin işlevine uygun bir şekilde) kontrol sağladığı şüphelidir. Nitekim bu genel olarak pek de tartışma konusu yapılmamıştır. Belki bunun bir başka nedeni de, kontrolün devrine yol açtığı kabul edilirse, bu sözleşmelerin PPK.m.7/4 engeline takılacak olmasıdır.

Korunması Hakkında Kanun (Kanun) kapsamındadır. Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren sözleşmeler 4. maddeye aykırı olabilir. Burada bir tereddüt, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerin durumudur. Bu konuda Petrol Piyasası Kanunu'nun (PPK.) 8. maddesi nedeniyle, 4. maddenin uygulama imkânı olup olmadığına tereddüt edilebilir. Fakat daha önce de açıkladığımız üzere²¹, Petrol Piyasası Kanunu'nun ilgili maddesi, 4. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmez. Kurul bu noktada daha da ileri giderek sadece 4. maddeyi değil, 2002/2 sayılı Tebliğ'in²² (2002/2 sayılı Tebliğ) de aynen uygulanacağını kabul etmektedir²³. Tebliğ, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerin en fazla 5 sene süreli olacağını öngörmektedir (bkz. m.5). Oysa bu sözleşmelerin süresi pratikte 15 ila 20 sene arasında değişmektedir. Dolayısıyla sözleşmelerin geçerli olabilmeleri için Tebliğ'e uyumlaştırılmaları veya bireysel muafiyet almaları gerekmektedir.

Hukuken diğer sorun ise (ki bu ilk sorunun bir anlamda ekonomik gerekçesidir), bu sözleşmelerin münhasırlığa bağlı olarak, dağıtım seviyesinde giriş engeli yaratması ve/veya piyasanın kapanmasıdır (*market foreclosure*)²⁴. Daha açık bir ifadeyle, akaryakıt istasyonları uzun süre boyunca sadece belirli bir dağıtım şirketi ile (münhasıran) çalıştığı için, piyasaya giriş yapan dağıtım şirketlerinin perakende satış noktası bulması güçleşmektedir. İntifa sözleşmeleri ile yaratılan giriş engelleri, yeni dağıtım şirketlerinin rekabetçi baskı uygulamasını önlemektedir. Nitekim Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Akaryakıt Sektör Raporu'ndaki (*Rapor*) bulgular da buna işaret etmektedir²⁵.

Önemle belirtelim ki, her ne kadar ikinci sorun ilkinin ekonomik gerekçesini teşkil etse de, Tebliğ'in uygulanması için mutlaka sözleşmelerin ilgili piyasayı kapatmış olması gerekmez. Piyasa kapanma etkisi doğmasa (veya sözleşmeler ciddi giriş engeli yaratmasa) bile, Tebliğ'in 5. madde hükmü gereği sözleşmenin 5 sene ile sınırlı olması şarttır. Bu Tebliğ'in uygulama alanı bulunduğu dair varılan sonucun ve dolayısıyla pozitif hukukun doğal sonucudur.

²¹ Gürzumar ve Sanlı 2009, s.564 vd.

²² R.G. 14.7.2002 T ve 24815 S.

²³ Bu görüşe katılmadığımızı daha önce belirtmiştik. Mevcut durum itibarıyla bu konudaki içtihatlar kökleştikten ve bu konudaki görüşümüzü detaylı bir şekilde açıkladığımızdan dolayı burada bu tartışmalara girmiyoruz. Bkz. bu konudaki görüşümüz için Gürzumar ve Sanlı 2009, s.568 vd.

²⁴ Piyasanın kapanması kavramı için bkz. EKDİ B. (2009), *Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalarla Piyasayı Kapatması*, Lisansüstü Tez Serisi 16, Rekabet Kurumu Yayını Ankara. Bu konuda grup muafiyetinin geri alınması tahtında verilen Rekabet Kurulu kararları ve bunların analizi için bkz. SANLI K. C. (2009), *Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım*, SANLI K. C. (der.), Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar Derlemesi içerisinde, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, s.87-146

²⁵ YOLCU vd.2008, s.90,91

Nitekim biz içtihat değişikliğinin, Rapor'da yer verilen bulgular etkili olmakla birlikte, (Rekabet Kurulu'nun benimsediği yorum ışığında) pozitif hukukun bir gereği olduğunu düşünüyoruz. Sözleşmelerin 4. madde yasağından kurtulması ise, ancak bireysel muafiyet almaları ile mümkün olur.

Aşağıda Rekabet Kurulu'nun bu sorunlara olan yaklaşımı, Kurul kararları, Rapor ve Danıştay kararları çerçevesinde ele alınacak ve gelinen nokta özetlenecektir.

2. DAĞITIM SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA VERİLEN REKABET KURULU KARARLARININ KRONOLOJİSİ VE MEVCUT DURUM

Rekabet Kurumu'na akaryakıt sektöründeki dağıtım anlaşmalarını konu olan çok sayıda şikâyet yapılmış ve Kurul bu konuda onlarca karar vermiştir. Burada tüm kararlar ele alınmayacak; sadece temel prensipleri açıklayan kararlara yer verilecektir. Kararlar incelendiği zaman, sorunu ele alış biçimi açısından üç kategori karar olduğu ve bunların da kronoloji olarak da birbirlerini izlediği söylenebilir. Dolayısıyla sorunun ele alış seyrini kolay bir şekilde algılamak açısından, üç ayrı dönem altında inceleme yapabiliriz.

2.1. İlk Dönem

İlk dönem kararların ayırt edici özelliği Kurulun bu sözleşmeleri birbirinden ayırması ve Rekabet Hukuku açısından sadece bayilik sözleşmesini analiz etmesi, buna karşılık intifa sözleşmesini (özel hukuka ait olmaları nedeniyle) Rekabet Hukuku kapsamı dışında görmesidir. Bunun sonucu olarak, sözleşmelere dair şikâyetler Kurul tarafından genellikle reddedilmiş ve Tebliğ'e uygunluk denetimi sadece bayilik sözleşmesi açısından yapmıştır. Yine bu dönemde açıklığa kavuşturulan bir başka husus, Tebliğ'in kapsamı, yani sözleşmelerin hangi ana kadar grup muafiyetinden yararlanacağı meselesi olmuştur. Aşağıda bu iki sorunu ayrı başlıklarda ele alıyoruz.

2.1.1. İntifa ve Bayilik Sözleşmeleri Ayrı Değerlendirilmelidir

Bu konuda verilen ilk karar olan Shell-Cabbaroğlu²⁶ uyuşmazlığında Kurul, 1 sene süre için akdedilen ama zımnî yenileme hükmü içeren bir belirsiz süreli işleticilik sözleşmesi ile 10 senelik kira sözleşmesini değerlendirmiştir. Diğer bazı hususların yanı sıra, münhasırlık açısından yapılan analizde sözleşmenin belirsiz süreli²⁷ olması hususunun Tebliğ'e uygun olmadığı belirtilmiştir. Bunun

²⁶ Bkz. 2.10.2003 T. ve 03-64/770-356 sayılı Rekabet Kurulu kararı

²⁷ Tebliğ, sözleşmenin zımnî yenilenmesi imkânının varlığı halinde, Rekabet Hukuku açısından sürenin belirsiz olduğunu kabul etmekte ve grup muafiyetinin (bu rekabet etmeme yükümlülüğü açısından) uygulanmayacağını belirtmektedir. Bunun altında yatan basit mantık ise, zımnî

hemen akabinde, kira sözleşmesinin aslında bu sözleşmelerin süresini belirlediği ifade edilmiş ve değerlendirmenin son kısmında: “*Bu çerçevede, Rekabet Hukuku açısından sözleşme sürelerinin tespiti haricinde, işletme sözleşmesinin geçersizliği, edinilmiş hakların nasıl geri verileceği veya kira/intifa hakkı ya da ariyet sözleşmeleri gibi taraflar arasındaki diğer anlaşmaların ne ölçüde işletme sözleşmesinin esaslı bir parçası olduğu ve ne şekilde etkileneceğine ilişkin hususların özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.*” şeklinde bir hükme varılmıştır.

Kararda ilginç olan husus, aslında işletme sözleşmesinin süresinin doğrudan kira sözleşmesine göre belirlendiğinin kabul edilmesidir. Fakat buna rağmen, kararın başka yerinde bu tespite gönderme yapılmamış ve sonuç kısmında bu husus dikkate alınmamıştır²⁸. Nitekim bu dönemdeki sonraki kararlarda da bu hususun hiç göz önünde tutulmadığı görülmektedir.

Örneğin bir yıl sonra Opet Petrolcülük A.Ş.’nin sözleşmeleri hakkında yapılan değerlendirmede, 10 senelik bayilik sözleşmesi Tebliğ kapsamında değerlendirilmiş, 20 sene süre için akdedilen intifa sözleşmesi herhangi bir şekilde dikkate alınmamıştır²⁹. Benzer şekilde Akdağ-Total arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak Kurul, 20 senelik intifa sözleşmesini Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirmeyi reddetmiştir³⁰. Shell hakkında verilen bir başka kararda ise, sadece 5 sene süre için akdedilen bayilik sözleşmesinin Tebliğ’e uygunluğu analiz edilmiş; 20 sene süreli kira sözleşmesi, Shell-Cabbaroğlu kararına atıfta bulunularak analizin dışında görülmüştür³¹. Kurul, 2006-2007 yıllarında benzer yönde pek çok karar vermiş ve bu içtihadını pekiştirmiştir³².

Bu içtihadın hukuken doğru olmadığında tereddüt yoktur. İntifa sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olması, bu sözleşmeleri Rekabet Hukuku kapsamı dışında tutmaz. Bu olaylardaki bayilik sözleşmeleri dahil, esasen Rekabet Hukuku kapsamına giren sözleşmelerin neredeyse tamamı özel hukuk

yenilenen sözleşmelerde alıcıların (ve sağlayıcıların) alternatif teklifleri değerlendirmeksizin (ve pazarlık etmeksizin) çoğu kez sözleşme ilişkisini yenilemeye yatkın olmalıdır. Dolayısıyla Tebliğ’in arzu ettiği düzende, tarafların her dönem sonunda bir araya gelerek pazarlık yapmaları ve alternatif tekliflerin değerlendirme imkânı fiilen ve hukuken bulunmalıdır.

²⁸ Bu karar, yapılan iptal başvurusu üzerine Danıştay tarafından da hukuka uygun bulunmuştur. Bkz. 13. D. 2005/1026 E. ve 2005/3388 K.

²⁹ Bkz. 19.10.2004 T. ve 04-66/947-225 sayılı Opet Kararı

³⁰ Bkz. 26.1.2006 T. ve 06-04/57-15 sayılı Akdağ-Total Kararı

³¹ Bkz. 26.01.2006 T. ve 06-04/56-14 sayılı Shell-Aypet Kararı ve bu karara karşı açılan iptal davası sonucunda Danıştay’ın verdiği hukuka uygunluk kararı için 13. D. 15.1.2007 T. ve 2006/1287 Esas, 2007/145 Karar.

³² Mesela bu konuyla ilgili şikayetlerin bir arada değerlendirildiği 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar; 11.7.2007 T. ve 07-59/689-244 sayılı Eropet Kararı

sözleşmesidir. Rekabet Hukuku açısından değerlendirme ölçütü, bunun hukuki vasfı değil, ilgili piyasa üzerindeki fiili/ekonomik etkileridir. Dolayısıyla özel ya da kamu hukuku karakterine bakılmaksızın, sözleşme piyasadaki rekabeti sınırlama potansiyeline sahipse (özel bir kanun istisna getirmediği sürece) Rekabet Hukuku kapsamına girer³³.

Bu çerçevede bakıldığı zaman bu kararlardaki temel yanlış, Kurulun bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırması olmuştur. Oysa bu sözleşmeler hukuken ve ekonomik olarak bir bütündür. Kurulun da bu gözle değerlendirme yapması ve intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkiyi bütünsel bir perspektifle analiz etmesi gerekirdi.

2.1.2. Tebliğ'in Zaman Açısından Uygulanması:

“Kalan Süre” ve “Azami Hadde İndirme” İlkeleri

İlk dönem kararlarında açıklığa kavuşturulan bir başka husus ise, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde 2003 yılında yapılan değişikliğin³⁴, akaryakıt dağıtım anlaşmaları açısından ne şekilde uygulanacağına dair prensip getirmesidir³⁵. İlk olarak Shell-Cabbaroğlu kararı ile ortaya konan prensipler, Total Mevlana³⁶ ve diğer kararlarda detaylandırılarak teyit edilmiştir. Buna göre, 2003 yılı (ve hatta 18.9.2005 tarihi) öncesinde akdedilip de, Tebliğ'in öngördüğü 5 yıllık süreden daha uzun olan anlaşmaların, 2005 yılına kadar süre açısından Tebliğ ile uyumlu hale getirilmesi gerekir. Bu uyumun nasıl sağlanacağı hususunda ise, tarafların tekrar bir araya gelerek sözleşme yapmaları gerekli görülmemiştir. Örneğin

³³ Bkz. bu konuda Gürzumar ve Sanlı 2009, s.554,555

³⁴ Bkz. 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği, RG. 18.9.2003 T. ve 25233 S.

³⁵ Tebliğ'in 5/1 maddesinin eski hali aynen şu şekildedir: “Ancak alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gerekli yatırım tutarının % 35’den az olmamak kaydıyla bir kısmının sağlayıcı tarafından karşılanması halinde, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi, beş yılı aşan kısmı sadece bu yatırımın yapıldığı tesiste yürütülecek faaliyetle sınırlı kalmak kaydıyla, on yıla kadar olabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkra da belirtilen süreleri aşacak şekilde zimnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.” Bu hüküm, 2003 yılındaki değişiklik ile uygulama zorlukları gerekçe gösterilerek kaldırılmış ve 5 sene kuralı muhafaza edilmiştir (bkz. gerekçe hakkında 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar). Değişiklikler için de Tebliğ'in geçici maddesi ile 2 senelik bir geçiş hükmü öngörmüştür. Bu maddeye göre: “Bu Tebliğ'in [2003/3] yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten [18.09.2003] itibaren iki yıl içerisinde yukarıdaki 1 inci madde ile getirilen [5.maddenin (a) bendinin ikinci fıkrasındaki] değişikliğe uygunluğunun sağlanması gerekir. Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz”

³⁶ Bkz. 26.1.2006 T. ve 06-04/55-13 sayılı Total Mevlana Kararı

sağlayıcının bu hususta tek taraflı olarak bayiyi belli yükümlülüklerden serbest bırakmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir³⁷.

Fakat taraflar uyumlaştırma konusunda gerekli işlemleri yapmasa bile, Kurul yine de sözleşmelerin 18.9.2010 yılına kadar 2002/2 sayılı Tebliğ'in öngördüğü muafiyetten yararlanacağını belirtmiştir³⁸. Dolayısıyla 18.9.2003 tarihinden önce yapılan bayilik anlaşmalarının, bu tarihten 18.9.2005 tarihine kadar uyumlaştırma yapmaları gerekmektedir. Ama yapmadıkları bir durumda da, bu anlaşmayı hukuka aykırı hale getirmez. Zira her durumda bu geçiş sürecinde anlaşmalara 4. madde uygulanmayacağı için, 5 senelik süre 18.9.2005 tarihinden itibaren işlemeye başlayacak ve *yasal hadde indirilmiş* varsayılarak anlaşma 2010 yılına kadar Tebliğ kapsamında olacaktır³⁹. İntifa sözleşmeleri ise zaten bu değerlendirme kapsamı dışında tutulmuştur.

Dolayısıyla Kurul fiilen 18.9.2010 tarihine kadar, 5 seneden daha uzun süreli olsa bile, dağıtım (bayilik) sözleşmelerini hukuken geçerli kabul etmekte ve haklarında bir işlem yapmamaktadır. Bu durumda teşebbüslerin geçiş

³⁷ Total-Mevlana Kararında Kurul aynen şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır: “Öte yandan, söz konusu uyumlaştırmanın hangi metotla yapılacağı esas itibarıyla anlaşmanın taraflarına bırakılmıştır. Tarafların aralarında anlaşıp orijinal anlaşmayı değiştirmeleri biçiminde bir yol izlenebileceği gibi sağlayıcının tek taraflı olarak, yeniden satıcıyı grup muafiyetinin uygulanabilmesini engelleyecek yükümlülüklerden azade kılması biçiminde bir yol da izlenebilir. Burada önemli olan nokta, sağlayıcının tek taraflı olarak yapacağı değişikliğin sadece rekabet mevzuatına uyumu sağlamaya yönelik olması, anlaşmanın kapsamının kişi, yer ya da konu olarak genişletmemesi yahut anlaşmaya rekabeti kısıtlayıcı ilave yükümlülükler dahil etmemesi ve tarafların yükümlülüklerinin doğasının veya şumulünün esaslı bir şekilde değiştirmemesidir.”

³⁸ Kurul Marshal kararına (20.7.2006 tarih, 06-53/709-201 sayılı Karar) atfen, süresi 5 seneden fazla olsa bile, değerlendirme anı itibarıyla 5 senenin geçmemiş olması durumunda, sözleşmeler hakkında ihlal kararı vermeyeceğini ve soruşturma açmayacağını belirtmektedir (bkz. 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar).

³⁹ Tabii bu durumda uyumlaştırma ancak rekabet etme yasağı süresi 5 yılı aşmış da, 18.9.2005 tarihi itibarıyla uygulama süresi de 5 yıldan fazla olan anlaşmalar için söz konusu olacaktır. Örneğin 2002 yılında akdedilip de 7 yıllık süresi olan bir (münhasır) anlaşma için uyumlaştırma yapmaya (süresi 7 sene olsa bile) gerek olmamaktadır. 2005 yılı itibarıyla “kalan süre prensibi” uygulanmaktadır. Buna karşılık 2002 yılında akdedilip de 9 senelik rekabet etmeme yasağı içeren bir anlaşmanın, geçiş sürecinde uyumlaştırılması gerekir. Ama yine Kurul’a göre uyumlaştırılmasa bile, yasal hadde indirme ilkesi gereğince, 5 senelik süre boyunca anlaşma hakkında herhangi bir işlem yapmaya gerek yoktur. Bu konuda Kurulun değerlendirmeleri aynen şu şekildedir: “Bu noktada, 18.9.2005 tarihinden itibaren 5 yıldan fazla rekabet yasağı getiren sözleşmelerle ilgili soruşturma açılıp açılmayacağına ilişkin belirlenmesi gerekmektedir. Kurul Marshall Kararı’nda, rekabet etme yasağının süresi 5 yılı aşan sözleşmelerle ilgili olarak, bunların uygulama sürecinin henüz 5 yılı aşmadığı, bu nedenle herhangi bir ihlalin söz konusu olmadığına, bu nedenle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, ancak ilgili teşebbüse 5 yıllık azami uygulama süresinin aşılması halinde ilgili sözleşmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında muafiyetten yararlanamayacağına ilişkin bir yazı gönderilmesine karar vermiştir”. Bkz. 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar

sürecinde uyumlaştırma yapmaları için bir gereklilik kalmamış olmaktadır. Zira 5 sene, kalan süre ilkesi çerçevesinde anlaşmanın akdedildiği ya da uyarlamanın yapıldığı değil, 18.9.2005 tarihinden itibaren işletilmektedir.

2.2. İkinci Dönem

İkinci dönemi karakterize eden özellik, içtihat değişikliğinin sinyallerinin verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla henüz ilk dönem içtihadı değişmemiştir, ama intifa sözleşmelerinin Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilebileceğine dair bazı gelişmeler olmuştur. Bunlardan ilki Kurul tarafından verilen Güney-Poaş kararı⁴⁰, diğeri ise Kurumun Birinci Dairesi tarafından kaleme alınan Akaryakıt Sektör Raporudur⁴¹. Aşağıda bunları ayrı başlıklarda ele alıyoruz.

2.2.1. Kurul Kararı: Güney Petrol-POAŞ. Kararı

Kurul, Güney-POAŞ kararda aynen şu değerlendirmeleri yapmıştır: “...*Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, tek taraflı bildirim yapılmamış dahi olsa, söz konusu sözleşmelerde yer alan rekabet yasağının süresi (18.9.2005 tarihinden önce yapılanlar açısından) 18.9.2010 tarihine kadar muafiyet kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, rekabet yasağının ve dolaylı olarak da intifa hakkının Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal kabul edilmesi ve geçersizliğinin ileri sürülebilmesinin söz konusu 18.9.2010 tarihine kadarki dönem açısından mümkün olmadığı görülmektedir... ..Bu noktada, yukarıdaki paragraflarda yer verilen genel bilgilere yeniden dönülecek olursa, taraflar arasındaki bayilik/işleticilik sözleşmesinin süresi uzun süreli olsa dahi, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ve dolaylı olarak bayilik sözleşmesinin, 4054 sayılı Kanun ve 2002/2 sayılı Tebliğ bakımından 18.9.2010 yılına kadar muafiyet kapsamında olduğu ve geçerliliğini koruduğu görülmektedir. Dolayısıyla, intifa senedi bakımından da 18.9.2010 tarihine kadar bir sorun bulunmadığı söylenebilir. Başka bir ifadeyle, 'rekabet etmeme yükümlülüğü' bakımından bayilik sözleşmesine (ve buna bağlı olarak intifa hakkının süresine) ilişkin 18.9.2010 tarihine kadar Rekabet Hukukundan kaynaklanan bir ihlalden (ve dolayısıyla geçersizlikten) bahsetmek yersiz olacaktır.*”

Görüldüğü üzere Kurul açık bir şekilde içtihadını değiştirmemiş, ama değiştirmiş olsaydı da hukuki neticenin farklı olmayacağını eklemiştir. Bu itibarla intifa sözleşmelerinin Tebliğ kapsamında mütalaa edilebileceğini dolaylı

⁴⁰ Bkz. 7.2.2008 T. ve 08-12/123-40 sayılı Güney-POAŞ Kararı

⁴¹ Rapor Haziran 2008 tarihli olmakla birlikte, içtihat değiştiren Danıştay kararı (daha önce verilmiş olmasına rağmen) Rapor'da yer almamaktadır. Keza üçüncü dönemi karakterize eden Rekabet Kurulu kararları da henüz verilmemiştir. Dolayısıyla Raporu da, içtihat değişikliği öncesinde, bunun değişeceği sinyallerinin verildiği ikinci dönemde zikredebiliriz.

olarak belirtmiştir. Nitekim bu karardan sonra, eski içtihadı teyit eden başka bir karar verilmeksizin, intifa sözleşmelerine Rekabet Hukuku denetiminin yapıldığı üçüncü dönem kararları verilmiştir.

2.2.2. Akaryakıt Sektörü Raporu ve Özellikle Repsol Kararı

Bu dönem içerisinde görülebilecek olan bir başka gelişme ise, Birinci Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan Akaryakıt Sektör Raporu'dur. Rapor, sektörde karşılaşılan rekabet sorunları hakkında ayrıntılı değerlendirmeler içermekte ve intifa/bayilik sözleşmelerinden oluşan uzun süreli dikey ilişkileri de, bu sorunların önemli bir nedeni olarak görmektedir⁴².

Rapor net bir şekilde rekabet açısından intifa sözleşmelerinin süresinin dikkate alınması gerektiğini, nitekim dağıtım şirketlerinin yatırımlarının geri dönüşümü için bu sözleşmeleri akdetmelerinin de bunu teyit ettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla Tebliğ açısından sözleşmelerin süresinin 5 yıla sınırlandırılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁴³. Öte yandan bu tespitle sınırlı kalınmamış, Tebliğ'deki sürenin uygulanması halinde nasıl bir fayda sağlanacağına dair de bazı değerlendirmeler yapılmıştır.

Bu noktada Rapor, yoğunlaşmış⁴⁴ olan akaryakıt sektöründe, perakende ve dağıtım seviyesinde⁴⁵ rekabet yaratılmasının pazardaki rekabet şartları açısından son derece önemli olduğunu ve fakat bu sözleşmelerin, yeni ve daha ufak ölçekteki dağıtıcıların piyasaya girişlerine engel teşkil ettiğini belirtmektedir⁴⁶. Hatta Rapor, serbest fiyatlandırmaya geçilmiş olunmasına rağmen, fiyat rekabetinin olmamasını da bir ölçüde bu olguya bağlamaktadır⁴⁷. Dolayısıyla sözleşme sürelerinin kısaltılması, giriş engellerini azaltarak dağıtım seviyesinde (ve dolayısıyla da piyasanın genelinde) rekabetçi baskı unsuru olacaktır. Tebliğ hükmü bu piyasada aynen uygulanırsa, bu faydalar sağlanabilecektir.

⁴² YOLCU vd. 2008, s.33,90,91,116

⁴³ YOLCU vd. 2008, s.91

⁴⁴ Piyasanın % 90'ı, 5 teşebbüs tarafından kontrol edilmektedir. Bu nedenle Rapor piyasayı oligopolistik bir pazar olarak nitelendirmektedir.

⁴⁵ Rapor perakende seviyesinde rekabet yaratılmasının da pek anlamlı olmadığını ifade etmekte ama buna kilometre tahdid dışında anlamlı bir gerekçe zikretmemektedir (bkz. YOLCU vd. 2008, s.94,95).

⁴⁶ Özellikle Petrol Piyasası Kanunu'ndan kaynaklanan bazı yükümlülükler nedeniyle de, satış hacmi yüksek olan istasyonların serbest olması önemlidir. Bu noktada bilhassa Petrol Piyasası Kanunu'nun 9/2. maddesinde ve Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 17. maddesinde yer alan minimum tonaj yükümlülüğü zikredilebilir. Bu tonajı yakalamak için dağıtım şirketlerinin ticari hacmi yüksek olan istasyonlar ile anlaşma yapmaları zaruret arz etmekte, ama bu noktalarının uzun süreli sözleşmeler ile kapanmış olması, bu konuda engel yaratmaktadır (bkz. YOLCU vd. 2008, s.94,95,111).

⁴⁷ YOLCU vd. 2008, s.96, 120

Rapor bu konuyla ilgili benzer bir ihtilaf⁴⁸ içeren Repsol CPP (Comercial de Productos Petroliferos SA) kararına⁴⁹ da geniş vermekte ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun (Komisyon) rekabet yasağının süresi açısından benzer bir değerlendirme yaptığını belirtmektedir. Karar, İspanya'da akaryakıt piyasasında rafinaj dâhil dikey bütünleşik yapıda faaliyet gösteren ve hakim durumda olan Repsol'ün⁵⁰, dikey sözleşmelerini Komisyon'a bildirmesi üzerine alınmıştır. Komisyon rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerin ve bilhassa uzun süreli intifa haklarının Roma Antlaşması'nın 101. maddesine aykırı olabileceğini belirtmiş ve Repsol'ün bu aykırılıkları gidermek üzere verdiği taahhütler neticesinde, soruşturmasını sonlandırmıştır.

⁴⁸ Repsol kararına konu ihtilaf, sadece muhteva değil; başlangıç ve gelişimi açısından Türkiye'dekine son derece benzemektedir. Akaryakıt istasyonu sahipleri, Repsol (ve diğer sağlayıcılar) ile akdedilen uzun süreli intifa sözleşmelerinin İspanyol Rekabet Hukukuna aykırı olduğunu iddialarını dilemişlerdir. Mahkemeler tarafından verilen çelişkili kararlar neticesinde Repsol sözleşmelerini menfi tespit/muafiyet için Komisyona bildirmiştir. Repsol ihtilafına benzer dikey ilişkiyi konu alan ve Adalet Divanı'nın önüne bekletici mesele (preliminary ruling, EC .m.234) yoluyla gelen bir başka karar için bkz. Pedro IV Servicios SL v. Total Espana SA, C-260-07, 2.4.2009. Bu karara konu olan olay yine dağıtım şirketinin çeşitli sözleşmeler ile uzun süre ile istasyon malikini kendisini bağlaması ve aralarındaki ihtilafta rekabet hukukunun manivela olarak kullanılmasıdır. Pedro IV (Servicios SL) adlı istasyon maliki, Total (Espana SA) ile dört ayrı sözleşmeden (üst hakkı kuran sözleşme, kira sözleşmesi, ipotek sözleşmesi ve münhasır sağlama sözleşmesi) oluşan uzun süreli dağıtım ilişkisinin rekabet hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle İspanyol mahkemelerinde geçersizliğini iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi iddiayı reddetmiş ve temyiz (Barcelona Bölge) mahkemesi, sözleşme ilişkisinin iki yönden Avrupa Birliği rekabet hukukuna aykırı olup olmadığını belirlemek amacıyla Adalet Divanı'na dört ayrı soru yöneltmiştir. Soruların ikisi fiyat tespitini, diğer ikisi de sözleşme sürelerinin Tüzük kapsamında muafiyet kapsamında olup olmadığına ilişkindir. Konumuz açısından ikinci soru önem taşımaktadır. Soru, 2790/1999 nolu Tüzüğün 5(a). maddesinde yer alan istisna kuralın, sağlayıcının baştan itibaren hem taşınmazın hem de istasyonun maliki olmasını gerekli kılıp kılmadığını konu almaktadır. Mahkeme istisnanın uygulanabilmesi için, sağlayıcının gerek taşınmazın gerekse istasyonun mülkiyetine sahip olmasının gerekli olduğuna karar vermiştir. Bunun ihtilaf açısından anlamı ise, Total'ın yaptığı 20 sene süreli sözleşmelerin 2790/1999 nolu Tüzüğün kapsamı dışında kalmasıdır.

⁴⁹ Case Comp/B-1/38-348-Repsol CPP; 12.4.2006.

⁵⁰ Repsol'ün piyasa payı sattığı ürünlere göre perakende seviyesinde %35 ila 50'ler arasında değişmektedir. Cepsa hariç, Repsol'un bu piyasadaki rakiplerinin (BP, Shell) payları %10'un altındadır. Dolayısıyla piyasa çok yoğunlaşmış olduğu gibi, piyasada ciddi bir dikey bütünleşme söz konusudur.

Repsol, sekiz farklı tipte sözleşmelerini Komisyon'a bildirmiş⁵¹ ve Komisyon bunlardan özellikle 25 ila 40 yıllık süreler ile akdedilen intifa sözleşmelerinin anti rekabetçi etkileri olduğu tespitini yapmıştır⁵². Komisyon'a göre bu uzunluktaki sözleşmeler, özellikle bir dağıtım ağı kurmanın maliyeti ve piyasada bu tür dağıtım ağlarının varlığı nedeniyle dağıtım şirketlerinin piyasaya girişi yönünde engel oluşturabilir⁵³. Ayrıca alıcıların zayıf konumu, sürelerin uzunluğu ve perakende seviyesinde satıcıların %25 ila %35'lik bir kısmının bu sözleşmeler ile bağlanmış olması, sözleşmelerin piyasanın kapanmasına ciddi bir etkisi olduğuna işaret etmektedir.

Bu bulgular neticesinde Repsol bu anti-rekabetçi endişeleri ortadan kaldırmak için 31.10.2010 tarihine kadar geçerli olmak üzere çeşitli taahhütlerde bulunmuştur. Buna göre Repsol: **a.** Uzun süreli intifa hakkı doğuran sözleşmeler⁵⁴ için, malikin Repsol tarafından yapılan yatırımlar için makul bir bedel ödemesi kaydıyla karşı tarafa sözleşmeyi feshetme hakkı vermeyi⁵⁵; **b.** Uzun süreli bayilik anlaşması yapmamayı; **c.** 31.12.2007 tarihine kadar kendisinden münhasıran ürün almayan bağımsız istasyon (DODO) satın almamayı; **d.** Sözleşmelerin sona erme tarihleri ve sözleşmeyi önceden feshetme imkânları konusunda gereken tanıtım ve bilgilendirmeyi yapmayı ve **e.** Sözleşme sürelerinin sona ermesini takiben yenileme için istasyonlar üzerinde herhangi bir

⁵¹ Repsol sözleşmelerini 20.12.2001 tarihinde Komisyon'a bildirmiş ve fakat 1/2003 nolu yeni Tüzük'ün yürürlüğe girmesi nedeniyle bu başvuru zamanaşımına uğramıştır. 16 Haziran 2004 tarihinde Komisyon yeni Tüzük çerçevesinde inceleme başlatmış ve 18.06.2004 tarihinde ön değerlendirme notu hazırlamış ve Repsol'e görüşlerini bildirmesi için süre vermiştir. Ekim 2004'te Komisyon'un konu ile ilgili rekabetçi endişesi, bunun için öngörülen tedbirler hakkında ilgililerin görüş sunmaları istenmiş ve 25 görüş gelmiştir. Bu görüşler çerçevesinde Komisyon 7.03.2005 tarihinde Repsol tarafından sunulan tedbirlerin yeterli olmadığını ve yeni bir teklifle gelinmesi gerektiğini belirtmiştir. Repsol bunun akabinde çeşitli teklifler ile gelmiş ve son teklif 12.3.2006 tarihinde Komisyon'a sunulmuştur. Komisyon bu teklifi 12.4.2006 tarihinde kabul etmiştir.

⁵² İnceleme konusu yapılan husus sadece rekabet etmeme yükümlülüğü değil, aynı zamanda Repsol tarafından uygulandığı iddia edilen yeniden satış fiyatının tespit edildiğidir. Komisyon bu konuda önemli bir etkinin olmadığı gerekçesiyle incelemesini derinleştirmemiştir.

⁵³ Komisyon özellikle üç tip sözleşme (Dodo-perakendeci, İntifa-acente ve İntifa perakendeci) nedeniyle rekabetçi sorunların doğabileceğini belirtmiştir. Bunlardan ilkinde esasen süre 5 senedir. Diğerlerinde ise uzun süreler vardır. İlgili çekici olan bir başka husus ise, acente olarak adlandırılırsalar dahi rekabet etmeme yükümlülüğü açısından acentelik iddiası Komisyon tarafından dikkate alınmamıştır.

⁵⁴ Sözleşmenin feshedilebilmesi için bunun ya 1.1.2010 tarihinden veya sona erme tarihinden 12 sene önce herhangi bir zaman içerisinde diğer tarafa gönderilmesi gerekir. Bu açıdan örneğin 1.1.2010 tarihi geçmişse, sözleşmenin feshedilmesi için, sözleşmenin sona ermesine 12 seneden daha az bir zaman kalmış olması gerekir.

⁵⁵ Bu imkân borçlar hukukundaki dönme cezasına benzetilebilir (BK.m.158/3). Fakat burada şart, taraflarca değil, bir idari otoritenin kararı neticesinde (ya da en azından onun yaptırım tehdidi nedeniyle) uygulama alanı bulmakta ve bu haktan yararlanmak sadece sözleşmenin bir tarafına tanınmaktadır.

baskı kurmamayı; f. bu taahhütlere uyulup uyulmadığını denetlemek için de bağımsız bir kişinin denetimine tabi olmayı taahhüt etmiştir. Komisyon bu taahhütlerin söze konu anti-rekabetçi endişelerin giderilmesi için yeterli olduğu kanaatine vararak, soruşturmasını derinleştirmeden dosyayı kapatmıştır.

Taahhütler ile ilgili olarak bir nokta üzerinde durmakta yarar vardır. Komisyon, kararın verildiği esnada devam eden sözleşmeler ile ilgili olarak, bunların belirli bir tarihte sonlandırılmasına karar vermemiş; buna karşılık Repsol'un alıcılara makul bir tazminat ödemek kaydıyla sözleşmeyi fesih hakkı tanınmasını şart koşmuştur. Repsol tarafından alıcılara duyurulacak olan bu fesih sonucunda, ödenecek tazminat miktarı da Komisyon tarafından belirlenmiştir. Hatta bu tazminatın nasıl hesaplanacağı o kadar önemlidir ki, Repsol tarafından daha önce sunulan taahhüdün kabul edilmeme nedenlerinden birini oluşturmuştur⁵⁶. Yeni tazminat yönteminin ana ilkesi, Repsol'un bayilere sözleşmeyi feshetmeleri yönünde finansal güdü yaratacak mahiyette bir tazminat (*fee*) ödemesidir. Bu tazminat, 16 seneyi aşmayacak şekilde senelik (*annual*) olarak hesaplanabilir⁵⁷, yine maksimum 16 sene olmak kaydıyla hakkın (ekte belirlenen yöntemle göre hesaplanan) değeri temel alınarak veya yekün olarak takdir edilebilir. Fesih hakkının doğumu anından üç ay önce Repsol bayilere, bu hakkın nasıl kullanılacağı ve tazminatın nasıl takdir edileceği konularında açıklama içeren bir mektup göndermeyi de taahhüt etmiştir.

2.3. Üçüncü Dönem

Son dönem kararlarda Kurul, intifa sözleşmelerine dair içtihat değişikliğine gitmiş ve sözleşmeleri Tebliğ açısından değerlendirmeye başlamıştır. Dolayısıyla intifa sözleşmelerinin Rekabet Hukuku açısından değerlendirilebileceği kabul edildiği gibi, intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin bir bütün olarak ele alınması gerektiği fikri de benimsenmiş olmaktadır. Fakat bu yeni içtihat halihazırdaki sözleşmeler açısından önemli bazı hukuki sorunları beraberinde getirmiş ve ilgili Daire konu

⁵⁶ Daha önce teklif edilen hesap yöntemi, Repsol'un sözleşme vasıtasıyla elde ettiği kazanç ile kalan sürenin çarpılmasından ibaretti. Dolayısıyla bu yöntem de Repsol tarafından yapılan yatırımın "kalan" (residual) tutarını esas almıyordu. Tutarda uyumsuzluk çıktığı takdirde ise, İspanyol istisnâ hukukunun uygulanacağı belirtilmişti.

⁵⁷ Örneğin burada tazminat şu formüle göre hesaplanmaktadır: C (yıllık tazminat) = R (net yıllık kira bedeli) + $(\%60D_i \times v$ (senelik ortalama litre bazında satış hacmi)). " D_i " değeri ise, her bir yıl için ilgili yıldan geriye doğru son üç yıl içerisinde MD (DODO tipi anlaşmada her litrede kazanılan karın $\%70$ 'i) ve MU/S değerleri arasındaki oluşan farkların satış hacmine göre ağırlıklandırılmış ortalama değerini ifade eder. DODO tipi anlaşma ise, bağımsız bayiler ile akdedilen (ve herhangi bir intifa sözleşmesinin olmadığı) olağan 5 senelik bayilik anlaşmalarını ifade etmektedir.

ile ilgili bazı soruları yanıtlayan Görüş yayımlamıştır. Aşağıda önce Kurul kararlarını akabinde Görüş'ü ele alıyoruz.

2.3.1. Kurul Kararları

Kurulun Shell-Cabbaroğlu kararında oluşturduğu içtihadın, Danıştay'ın Rekabet Kurulu'nun Akdağ-Total kararını iptal etmesi üzerine, gözden geçirilmesi zorunluluğu doğmuştur⁵⁸. Danıştay söz konusu kararda özetle, işletme sözleşmesinin kira sözleşmesi ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini zira kira sözleşmesinin fiilen ilişkiyi uzattığını ve dolayısıyla da taraflar arasında işletme ve kira sözleşmelerinden oluşan anlaşmayı belirsiz süreli hale getirerek Tebliğ'in kapsamı dışına çıkardığını belirtmiştir⁵⁹. Bu çerçevede intifa/kira sözleşmelerine de Rekabet Hukuku denetimi yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Bu karar üzerine Kurul, Total-Akdağ arasındaki uyumsuzluğu tekrar ele almış ve Danıştay'ın bu iki sözleşmeyi 4. madde anlamında tek bir anlaşma olarak gördüğünü belirterek, bu anlaşmanın da Tebliğ'e uygun hale getirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁰. Bu uygunluğun nasıl sağlanacağı hususunda ise, yine ilk dönem verilen kararlardaki "*azami hadde indirme*" ve "*kalan süre*" prensipleri benimsenmiştir⁶¹. Dolayısıyla uyarılama yapılmamış dahi olsa, 2005 yılından itibaren 5 senelik süre uygulanacak ve (bu iki sözleşmeden ibaret olan) anlaşmanın 18.9.2010 tarihine kadar grup muafiyetten yararlanacağı söylenebilecektir. Bu tarihten sonra ise, anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Fakat taraflar uyumlaştırmayı yapmamış olsa bile, anlaşma 2010 yılına kadar grup muafiyeti kapsamı içinde olduğundan, bir işlem yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kurulun bu yaklaşımı, dağıtım anlaşmalarını çeşitli nedenlerle sonlandırmak (feshetmek) isteyen pek çok bayinin, Kuruma başvurmasına neden

⁵⁸ Bkz. Danıştay 13. D. 13.5.2008 T. ve 2006/1604 E., 2008/4196 K

⁵⁹ Karar'da aynen şu ifadeler yer almaktadır: "*İşletme sözleşmesinin birer yıl süreli yapıldığı ve bu sözleşmenin 1.3.2005 tarihinde Total tarafından tek taraflı olarak feshedildiği anlaşılacakla birlikte, kira sözleşmesinin işletme sözleşmesine olan etkisi nedeniyle işletme sözleşmesi de kira sözleşmesiyle birlikte 2017 yılı itibarıyla sona erecek bulunduğundan, taraflar arasında imzalanan işletme sözleşmesinin süresinin belirsiz hale geldiği yolunda ciddi bulguya ulaşılmaktadır. Bu durumda, 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca, belirsiz bir süre için veya beş yıldan daha uzun bir süre için anlaşma yapılarak bayiye rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilmesi, anlaşmayı Tebliğ dışına çıkarabileceğinden, şikayete konu olan işletme sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine uygunluk denetiminin yapılması gereklidir...*"

⁶⁰ Bkz. 30.10.2008 T. ve 08-61/997-389 sayılı Total-Akdağ Kararı

⁶¹ İlk dönem kararlarından farkı, burada bayilik sözleşmesinin değil, intifa sözleşmesinin süre açısından değerlendirilmesidir.

olmuştur. Kurul bu tarihten sonra konu ile ilgili çok sayıda karar almıştır⁶². Kararlarda bu prensipler büyük ölçüde tekrar edilmiş ve 5 yıllık sürenin işleme açısından da iki sözleşmenin oluşan ilişkinin başlangıç süresinin esas alınacağı belirtilmiştir. Örneğin Barbaros-Alpet kararında⁶³, bayilik sözleşmesi daha sonraki tarihte yenilense dahi sürede gerçek anlamıyla bir kesintiden bahsedilemeyeceği, intifa sözleşmesinden kaynaklanan tabiiyet nedeniyle bayilik değil, intifa sözleşmesi süresinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir⁶⁴. Bu çerçevede 2010 yılına kadar dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabileceği, ama bu tarihten sonra tarafların ortak rızası haricinde uzatılmaya çalışılması halinde 4. madde bağlamında işlem tesis edileceği bildirilmiştir.

Dolayısıyla Kurul, bu kararlar ile birlikte sadece bayilik sözleşmelerine değil, intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkiye, (Tebliğ'in kapsamı açısından) ilk dönem kararlarda benimsenen ilkeleri uygulamıştır. Bunun sonucunda 18.9.2010 yılına kadar bu sözleşmelere müdahale etmeyeceğini açık bir şekilde ortaya koymuştur.

2.3.2. Birinci Daire Görüşü

Daire Görüşü, Kurulun intifa sözleşmeleri ile ilgili yeni içtihadının uygulamada yaratabileceği sorunları hafifletmeye yönelik, (farazi olayların yer aldığı) soru ve cevaplardan oluşan ve Kurul'u bağlamayan açıklayıcı bir metindir⁶⁵. Metin

⁶² Bkz. 5.3.2009 T. ve 09-09/186-56 sayılı Polpet-Moil Kararı; 24.6.2009 T. ve 09-30/644-152 sayılı Shell-Gürpet Kararı; 15.7.2009 T. ve 09-33/773-186 sayılı Bulutlar-Altınbaş Kararı; 5.8.2009 T. ve 09-34/795-198 sayılı Selyak-Total Kararı, 5.8.2009 T. ve 09-34/799-202 sayılı Delta Petrol Kararı;

⁶³ Bkz. 5.3.2009 T. ve 09-09/187-57 Sayılı Barbaros-Alpet Kararı

⁶⁴ Burada Danıştay ve daha önceki Kurul kararı haricinde, 2002/2 sayılı Tebliğ'in Açıklanmasına Dair Kılavuz'un 37. maddesine de atıfta bulunulmuştur. Maddeye göre: *Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir önemli husus da, alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen herhangi bir fiili durumun olmaması zorunluluğudur. Örneğin, sağlayıcı alıcıya kredi temin etmiş ise, bu kredinin geri ödemesi, alıcının beş yıl sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyecek şekilde düzenlenmemelidir. Alıcı, beş yıllık rekabet etmeme şartının süresinin dolmasından sonra varsa kalan borçları geri ödeme olanağına sahip olmalıdır. Benzer şekilde, sağlayıcının alıcıya bazı ekipmanlar sağladığı hallerde, alıcının beş yıllık rekabet etmeme süresinin sonunda bu ekipmanları piyasa değeri üzerinden devralabilme imkânına sahip olması gerekmektedir.* İlginç olan daha önce de var olan bu hükmün değerlendirmelerde hiç dikkate alınmamış olmasıdır.

⁶⁵ İdare hukuku açısından bu metin "görüş bildirici işlem" kategorisinde değerlendirilebilir olmakla birlikte (bkz. GÖZÜBÜYÜK Ş. ve TAN T., *İdare Hukuku C.2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.307,308; ayrıca Rekabet Kurumu'nun idari işlemlerinin tasnifi konusunda bkz. BOZOĞLU S. (2007), *Rekabet Kurulu Kararları ve Kararların Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Projesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Yüksek Lisans Programı, s.39 vd.), bu işlemin olası etkileri dikkate alındığı zaman "atipik düzenleyici işlem" olarak nitelendirilmesi daha doğru gözükmektedir (benzer görüş için bkz.

incelendiği zaman temel ilkenin, intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin⁶⁶ hiç bir şart altında 5 seneden uzun olmaması gerektiği ve yenileme iradesinin varlığı halinde de, iki ilişkinin de yenilenmesi şartlarının arandığıdır. Daire Görüşü'ne göre, 5 senenin aşılması halinde anlaşma geçersiz hale geleceği gibi idari yaptırımlar da uygulanacaktır.

Sürenin hesaplanması açısından ise, kesintisiz devam eden ilişki dikkate alınacak, örneğin bir anlaşmanın diğerinden sonra akdedilmesi halinde, ilk anlaşmanın başlangıç tarihi, sona erme açısından tüm ilişkinin bittiği zaman esas alınacaktır⁶⁷. Süre sonunda bayilerin sözleşmeyi yenilemek istememeleri halinde, dağıtım şirketi tapudaki kaydı terkin ettirecektir. Yenileme iradesi varsa, bu iradenin her iki sözleşme açısından açık bir şekilde tezahür etmesi, örneğin intifa açısından tapuda terkin ve yeniden tescil veya iradenin yansıdığı ve şekil şartlarını taşıyan sözleşmenin akdedilmesi gerekmektedir⁶⁸.

Görüş metninde dile getirilen bir başka husus ise, dağıtım şirketinin daha uzun süreli intifa hakkına dayanarak, süre nedeniyle bayilik sözleşmesi sona eren bayi yerine, başka bayi ile anlaşma yapmasının da uygun olmadığıdır.

ASLAN İ. Y. (2009), s.42; atipik düzenleyici işlem için bkz. ODER B ve AYANOĞLU T., *İdare Hukuku Notları*, Basılmamış ders notları 2009-2010). Nitekim bu işlem aleyhine iptal davası açılmış olup, bu çalışmanın kaleme alındığı dönemde Danıştay henüz bir karar verilmemiştir. Fakat Danıştay açılan davalarda yürütmenin durdurulması taleplerini reddetmiş ve muhtemelen esasa girmiştir. Bkz. Danıştay 13. D. 2009/3044 E ve 13. D. 2009/5154 E.

⁶⁶ Metin dikey ilişkiyi: taraflar arasında bayilik, intifa hakkı, kira, emanet, kredi ve benzeri sözleşmelerden oluşan hukuki ve iktisadi ilişki bütünü olarak tanımlamaktadır.

⁶⁷ Örneğin kiranın önce, bayilik sözleşmesinin sonra akdedildiği ve bayilik sözleşmesinin daha sonra biteceği bir ihtimalde, başlangıç açısından kira, bitiş açısından bayilik sözleşmesi dikkate alınacaktır. Hatta halihazırda yenilenen bir sözleşme açısından da bu kural geçerlidir. Diyelim ki 2003 yılında başlayan bir bayilik ilişkisi olsun ve aynı yıl akdedilen 15 senelik bir intifa sözleşmesi bulunsun. Yine varsayalım ki bayilik sözleşmesi 2008 yılında yenilensin. Bu durumda sözleşmenin bitiş tarihi 2013 değil, 18.9.2010 tarihidir. Zira burada ilişkinin başlangıç tarihi 2003 yılıdır. Yenileme sadece bayilik sözleşmesi için yapıldığı için bu yenilemenin gerçek bir yenileme olmadığı, Rekabet Hukuku açısından süreyi kesmediği varsayılmaktadır.

⁶⁸ Yine somutlaştırmak gerekirse, 18.9.2010 tarihinde sona ermesi gereken bir ilişki için, taraflar ilişkinin uzatılması iradesini (en azından intifa açısından) resmi senette beyan edecekler ve hatta tapuya gidip bu hususta işlem yapacaklardır. Tabi ki tescil/terkin işlemi yapma zarureti her zaman ortaya çıkmayabileceği gibi, çıktığı hallerde de bazı hallerde uzatma; bazı hallerde kısaltma şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin 2000 yılı Ağustos ayında akdedilen 15 senelik bir intifa sözleşmesi için, tarafların her durumda 2010 yılında yenileme iradelerini beyan etmeleri gerekir. Ama burada (süre açısından 1 aylık sapma göz ardı edilirse) tapuda bir tescil işlemi yapmaya gerek kalmaz. Buna karşılık 13 senelik bir sözleşme söz konusu ise, 2013 yılında zaten süre nedeniyle sona erecektir. 2010 yılında iradenin açıklanması halinde, tapuda yapılacak işlemde süre uzatması yapılacaktır (18.9.2015). Nihayet eğer 20 senelik bir intifa söz konusu ise, taraflar 18.9.2010 tarihinde tapuda resmi senette iradelerini beyan edecekler ve bu beyan çerçevesinde süre kısaltımı işlemi de yapılacaktır. Dolayısıyla son iki ihtimalde, resmi senette vücut bulan iradeler ile aynı zamanda tapu kaydında bir değişiklik yapılması gerekecektir.

Burada ticari faaliyet ile istasyon arasında sıkı bir ilişki olduğu ve dağıtım şirketlerinin piyasaya girişi (korunan yarar) açısından 5 yıllık rekabet yasağı süresinin bir dağıtıcının bir istasyonu tek seferde yapacağı sözleşmeler ile kapatmasının üst sınırı olarak yorumlandığı belirtilmiştir.

3. ÜÇÜNCÜ DÖNEM SONRASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK OLASI SORUNLAR

Yukarıdaki açıklamalar, Kurulun yeni içtihadının uygulamada bazı sorunlar doğurabileceğine işaret etmektedir. Örneğin bundan böyle dağıtım şirketleri bayiler ile farklı sözleşmeler akdederek, dağıtım sistemini yenilemek durumunda kalacaklardır. Bilhassa istasyona yapılacak yatırımlar ve bunların nasıl güvence altına alınacağı, üçüncü dönem içtihatları ile başlayan dönemde dağıtım şirketlerini bekleyen sorunlardan bazılarıdır. Ama asıl sorun, içtihatlar sonrasında akdedilecek sözleşmeler değil, daha önce akdedilmiş olan ve bu içtihatlar nedeniyle öngörülen süreden önce sonlandırılacak olan sözleşmelerde karşımıza çıkacaktır. Nitekim önce bu sorunu ele alacağız.

3.1. Azami Hadde İndirme İlkesinin Uygulandığı Dikey İlişkiler

Kurulun Shell-Cabbaroğlu ve Total Mevlana kararlarında ortaya koyduğu ilkeler, 3. dönem kararları ile sadece bayilik değil, intifa sözleşmeleri için de uygulanmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak, daha önce bayilik sözleşmelerinde (bilhassa yenilenen sözleşmeler açısından) süre değişikliğine gitmek durumunda kalan dağıtım şirketleri, bu kararlar ile birlikte intifa sözleşmelerini de uyarlayacaklardır⁶⁹. Kurul 18.9.2010 yılına kadar sözleşmeler uyarlanmamış olsa bile herhangi bir müdahalede bulunmamaktadır; fakat bu tarihin gelmesiyle çok sayıda bayinin sözleşme değişikliğine gideceği tahmin edilmektedir⁷⁰.

Bu içtihatların neden olacağı biri nazari diğeri ikisi de pratik olmak üzere üç tür sorundan bahsedilebilir: İşlem maliyetleri, geçersizlik ve ilişkinin tasfiyesi. Aşağıda sırası ile bunları ele alıyoruz.

⁶⁹ Üçüncü dönem kararlarının verilmesinden önce yapılan tüm sözleşmeler açısından bu sonucun ortaya çıkabileceği söylenebilir. Hatta bu dönem kararlarının gereğini yerine getirmeyen dağıtım şirketleri açısından 1. Daire Görüşünün yayımlanmasına kadar akdedilen uzun süreli sözleşmeler de bu kapsamda süresinden önce sona erdirilecektir. Bu bağlamda 2007 ve 2008 yıllarında akdedilen (ve muhtemelen 2022-2023 yıllarında sona erecek olan) bayilik/intifa sözleşmeleri 2012-2013 yıllarında sonlandırılacaktır.

⁷⁰ Örneğin Aslan bu sayının 13.000 olacağını belirtmektedir. ASLAN Y. İ. (2009), s.39. EPDK tarafından yayınlanan istatistikler kontrol edildiği zaman 14.5.2010 tarihi itibarıyla 12728 istasyonlu akaryakıt bayisi olduğu görülmektedir (<http://www.epdk.gov.tr/lisans/petrol/bayilik/bayilik.asp> erişim tarihi 14.5.2010). Kurulun 3. dönem kararları ve web duyuru tarihi dikkate alındığı zaman, bu sayının 10 bin civarında olduğu söylenebilir.

3.1.1. İlişkilerin Sona Erdirilmesi Nedeniyle Ortaya Çıkan İşlem Maliyetleri

İlk sorun işlem maliyetlerinin doğacak olmasıdır. Özellikle intifa sözleşmelerinin resmi şekle ve tescile tabi olmaları nedeniyle, ilişkilerin sona erdirilmesi taraflar açısından yüksek bir işlem maliyetine (*transaction cost*)⁷¹ neden olacaktır⁷². Üstelik bu işlem maliyeti, sadece sözleşme ilişkisini sona erdirecek olan taraflar için değil, aynı zamanda ilişkiye devam etmek isteyen taraflar için de doğacaktır. Zira Görüş'e göre, ilişkiye devam etmek isteyen taraflar, yenileme iradelerini mutlaka beyan etmek durumundadır. İntifa sözleşmesinin varlığı nedeniyle, bu beyanın yazılı olması yetmeyecek, tapuda resmi şekilde yapılması ve tescil edilmesi, örneğin intifa süresinin kısaltılması gerekecektir.

İlişkiye devam iradesinin bu şekilde açıklanması şartı, dağıtım şirketlerinin baskısına muhatap olması nedeniyle, gerçekte devam iradesi olmaksızın, bayinin ilişkiye devam etmek zorunda kalması riskini bertaraf etmek düşüncesine dayanmaktadır⁷³. Zira ilişkilerin her 5 senede bir yenilenmesi, bayinin alternatif dağıtım şirketlerinden teklif almasına imkân verecek, bu durum karşısında hâlihazırdaki dağıtım şirketi daha rekabetçi bir teklif verme yönünde güdülenecek ve bayi en iyi teklifi değerlendirecektir. İşte bu işlemlerin yapılmaması, alternatif dağıtıcıların piyasaya girmesini ve istenilen rekabetçi yapının sağlanmasını güçleştirecektir. Dolayısıyla işlem maliyeti, bayilerin her beş senede bir serbest kalarak alternatif dağıtıcıların pazara girme olasılığının artması tahtında meşru kılınmaktadır.

3.1.2. Nasıl Bir Geçersizlik? Azami Hadde İndirme İlkesi?

3.1.2.1. Mevcut Uygulama

Üçüncü dönem sonucunda ortaya çıkan bir başka sonuç (ki bu Kılavuz⁷⁴ ve daha önceki Kurul kararlarında⁷⁵ da benimsenmiştir) Tebliğ'de öngörülen 5 senelik

⁷¹ SANLI K. C. (2007), Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Arıkan Yayınevi, İstanbul, s.131 vd.

⁷² Aynı yönde ASLAN İ. Y. (2009), s.12

⁷³ Gerçi şunu da belirtelim, dağıtım şirketlerinin zorlaması olmasa dahi, yani bayi tamamen serbest iradesi ile yenilemeyi arzu etse dahi, yukarıda ifade edilen prensipler geçerlidir.

⁷⁴ Kılavuz'un 36. paragrafı aynen şöyledir: "Tebliğ'de öngörülen limitlerin üzerinde bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün getirildiği ve bu yükümlülüğü içeren sözleşme maddesinin sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilirdiği tespit edilirse, Kurul, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini Tebliğ'de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak değerlendirebilecektir. Bu takdirde, şayet alıcı konumundaki teşebbüse getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü henüz Tebliğ'de öngörülen limiti doldurmamış ise, alıcı bu kalan süre kadar, başka bir ifadeyle Tebliğ'deki üst sınır dolana kadar, rekabet etmeme yükümlülüğü altında kalacaktır. Şayet, bu üst sınırı geçen bir süredir rekabet etmeme yükümlülüğü altında ise rekabet etmeme yükümlülüğü geçersiz olacak ve alıcı konumundaki teşebbüs tamamen bağımsız kalacaktır..."

süreden daha uzun bir rekabet etmeme yükümlülüğü kararlaştırılırsa, 5 seneden sonrası için sözleşmenin geçersiz olacağıdır⁷⁵. Örneğin Görüş bu hususta aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: “Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet koşullarını da taşımadığı takdirde, aynı Kanun’un 4. maddesi kapsamında yasak bir anlaşma olarak değerlendirilecektir. Bu durumun özel hukuk alanındaki sonucu, anlaşmanın beş yılı aşan süreler bakımından 4054 sayılı Kanun’un 56. maddesi gereği geçersiz hale gelmesidir. Kanun’un 56. maddesine göre, geçersiz anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez...”.

Görüldüğü üzere Kurul, grup muafiyetinden yararlanmayan ve bireysel muafiyet şartları da taşımayan sözleşmelerin, Kanun’un 56. maddesi gereği 5 seneden sonra geçersiz olarak kabul etmektedir. Sözleşme akdedildiği tarihten 5 senelik sürenin dolmasına kadar ise geçerli sayılmaktadır. Bu prensip ise

⁷⁵ Örneğin 15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Kararda Kurul aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “18.9.2005 tarihi itibarıyla rekabet yasağının süresi 5 yılı geçenler, imzadan itibaren “**en yüksek yasal hadde indirilmekte**” ve 5 yıllık azami süre dolana kadar 2002/2 sayılı Tebliğ’in öngördüğü koşulları sağladığı kabul edilmektedir”.

⁷⁶ Sözleşmenin geçersizliği sonucu Tebliğ’den değil, Petrol Piyasası Kanunu’nun 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. İlgili madde istasyonlar ile yapılacak sözleşmelerin münhasır olması (rekabet etmeme yükümlülüğü içermesi) gerektiğini öngördüğü için, olağan şartlarda sadece rekabet etmeme yükümlülüğü açısından uygulanabilecek olan kısmi butlan yaptırımı, burada tatbik imkânını yitirmektedir. Diğer bir anlatımla Tebliğ (ilgili hükmüm sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrılabilmesi kaydıyla bkz. para. 36) sadece rekabet etmeme yükümlülüğünün geçersizliği gerektirmekte; örneğin alıcı (ya da yeniden satıcı) bunun sonucunda alternatif dağıtıcılardan da (uygun olduğu ölçüde) mal veya hizmet alabilmektedir. Oysa Kanun burada münhasırlığı şart koştuğu için, rekabet etmeme yükümlülüğünün geçersizliği, sözleşmenin geçersizliği sonucunu beraberinde getirmektedir. Gerçi Kurulun son dönem kararlarına bakıldığı zaman, Kurulun 5 seneden sonraki dönem açısından, PPK.m.8 değil, kısmi geçersizlik kuramı ve 2002/2 sayılı Tebliğ’in Açıklanmasına Dair Kılavuz’un 36. paragrafının ilk cümlesinin gereği olarak sözleşmenin tamamının geçersiz olduğunu kabul etmiş gözükmektedir. Mesela 25.2.2010 T. ve 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik kararında aynen şu ifadelere yer verilmektedir: “Bu doğrultuda, bildirim konusu Bayilik ile Kiralama Sözleşmeleri, tek bir anlaşma şeklinde değerlendirilmiş ve 15’er yıl süreli Bayilik ve Kira sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkinin, 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinde öngörülen beş yıllık süreyi aşar nitelikte rekabet etmeme yükümlülüğü içerdiği anlaşılmıştır. Diğer taraftan yeni bir yatırım yapılmasına yönelik ve yatırımın geri dönüşü de dikkate alınarak belirli bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü öngörülmüş olan bir anlaşmada, rekabet yasağına ilişkin hükmün sözleşmenin geri kalanından ayrılabilmesi mümkün gözükmediğinden, sözleşmenin beş yılı aşan süreler bakımından bir bütün olarak 2002/2 sayılı Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.” (para. 90) Kurulun geçersizlik ile ilgili bu tür bir tespit yapma yetkisinin bulunmadığını daha önce belirttiğimiz için buna dair açıklama yapma gereği duymuyoruz. Öte yandan PPK. m.8 hükmü var iken, Kurulun neden bu tür bir değerlendirme yaptığı anlaşılabilir.

TTK.'nun 1466. maddesinden esinlenilerek *azami hadde indirme ilkesi* olarak adlandırılmaktadır⁷⁷.

3.1.2.2. Mevcut Uygulamanın Eleştirisi

Bu noktada geçersizlik ile ilgili bazı tespitleri yapmakta yarar vardır. Kurulun yaptığı geçersizliğe dair bu değerlendirmenin, pratik, pragmatik ve açıkçası (en azından ilk bakışta) menfaatler dengesi açısından da makul bir çözüm sunduğunu kabul etmek gerekir⁷⁸. Bu nedenle uygulamada mahkemeler tarafından da aynı çözümün benimsenme olasılığı hiç düşük değildir. Fakat *pozitif hukuk* açısından bu çözüm tarzına bazı açılardan itiraz edilebilir⁷⁹.

- Daha önce de dile getirdiğimiz itirazlardan⁸⁰ ilki, Kurulun geçersizliğe dair değerlendirme yapmasının mümkün olmamasıdır. Kurul, ancak sözleşmenin (*süresi daha uzun olsa bile*) ilk beş sene grup muafiyetinden yararlanamayacağı tespitini yapabilir. Buna paralel olarak idari yaptırımları uygulamaktan imtina edebilir; ama bunun ötesinde geçersizlik tespiti yapmamalıdır. Bunu yapacak olan adli mahkemelerdir.
- İkinci itiraz, azami hadde indirme ilkesinin ve grup muafiyeti tebliğlerinin mahiyetiyle ilgilidir. Azami hadde indirme ilkesinin hukukumuzdaki pozitif dayanağı TTK.'nun 1466. maddesidir⁸¹. Hükme göre, Kanun veya yetkili makamlar tarafından herhangi bir sözleşme edası hakkında azami had kabul edilmişse, bunu aşan sözleşmelerin (ilgili eda açısından), azami had üzerinden yapıldığı kabul edilmekte; ayrıca sözleşmedeki bu geçersizlik açısından kısmi butlanın uygulanmasındaki sübjektif şart (BK.m.20/2) aranmamaktadır⁸². Dolayısıyla tarafların iradesi aksi yönde olsa bile,

⁷⁷ Bu uygulamanın ortaya çıkışından önce bu yönde hukuki analiz yapılabileceğine ilişkin olarak bkz. SANLI. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s.487 dnp.248

⁷⁸ GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.574

⁷⁹ Belirtelim ki bu eleştirilerimiz sadece süresinden önce sona erdirilmesi gereken anlaşmalar değil, 2002/2 sayılı Tebliğ'in uygulama alanı bulduğu tüm dikey anlaşmalar açısından geçerlidir.

⁸⁰ Daha önce dile getirdiğimiz eleştiriler için bkz. GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.571,572 ve özellikle 29 nolu dnp.

⁸¹ Önemle belirtelim ki geçersizliğin bu şekilde "dikey" uygulanması (değişik kısmi butlan yaptırımı) sadece TTK. 1466. maddeden değil, MK.m.23 hükmünden ve ahlaka aykırılık kavramlarından da doğabilir. Örneğin kişilik haklarını aşırı derecede sınırlayan çok uzun bir sözleşmenin geçersizliği halinde pekala hakim tarafların farazi iradelerine göre uygun süreyi belirleyerek, sözleşmeyi kısmen ayakta tutabilir. Bu manada TTK.m.1466, geçersizliğin bu halinin özel bir görümüdür (bkz. HATEMİ H. (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, s. 217 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.576, 606, 607).

⁸² Türk Ticaret Kanunu'nun 1466. maddesi aynen şu şekildedir: "*Ticari hükümlerle yasak edilmiş muamele veya şartlar, aksine özel bir hüküm bulunmadıkça batıldır; şu kadar ki; bir akit hükmünce*

sözleşme Kanun veya yetkili makamın kabul edeceği haddten yapılacak, tam butlan söz konusu olmayacaktır. Kurul tarafından benimsenen yoruma göre, Rekabet Kurulu *yetkili makam*, rekabet etmeme yükümlülüğüne dair 5 senelik süre *azami had* ve Tebliğ (5. madde)⁸³ de *yasaklama* hükmüdür.

Azami hadde indirme ilkesi doktrinde, kısmi butlanın bir türü olan *değişik (değiştirilmiş) kısmi butlan* kavramı⁸⁴ altında ele alınmaktadır⁸⁵. Genel kabul gören yoruma göre burada kanunun (veya yetkili makamın) öngördüğü süre ya da bedelin aşılması halinde, bir indirme yapılmamakta; ilgili hüküm batıl sayılarak yerine yeni bir anlaşmanın yapıldığı varsayılmaktadır⁸⁶. Nitekim 1466. madde lafzı da (“...yapılmış sayılmaktadır” demek suretiyle) bu yorumu desteklemektedir. Tebliğ’in de eğer 1466. maddede öngörülen türden bir kural getirdiği kabul ediliyorsa, o zaman taraf iradelerinin yerini (kanunun ya da) yetkili makamın öngördüğü azami had ikame etmektedir. Üstelik bu durumda artık taraf iradelerinin farklı olması da dikkate alınmamaktadır. Zira ikame hüküm (benimsenen yoruma göre) emredicidir.

yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahiyyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanununun 20nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.” Bu maddenin uygulanması hakkındaki tartışmalar için bkz. BAŞPINAR V. (1998) *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s.163-171.

⁸³ Bu yorum tarzının detayları açıklanmadığı için, Kurulun bu yaklaşımı benimserken Kanun 4. maddesini yasaklayıcı norm kabul etmiş olması da mümkündür.

⁸⁴ Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. (1996), *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler*, Selim Kaneti’ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul, s.25-33; BAŞPINAR 1998, s.152 vd.

⁸⁵ Kısmi butlanın diğer türü ise, *basit kısmi butlandır*. Burada geçersizlikten etkilenen sözleşme hükmü hukuken değer taşımamakta, buna karşılık sözleşme diğer hükümleri ile aynen ayakta kalmaktadır. Geçersizlikten etkilenen sözleşme hükmünün yerine bir ikame kural da (ne farazi irade ne de kanun hükmü gereği) gelmemektedir. *Değişik (değiştirilmiş) kısmi butlan* halinde ise, sözleşmedeki bir veya birkaç hüküm geçersiz sayılmakta, fakat bunların yerine yedek veya ikame hüküm geçmektedir. İkame hüküm, geçersiz kalan kısım ile ortaya çıkan sözleşme boşluğunu doldurmaktadır. İkame hüküm, bazı hallerde kanunun emredici bir kuralı, bazen ise tamamlayıcı kuralı olabilir. Hatta böyle bir hüküm olmasa bile, hakimin tarafların farazi iradelerine dayanan hükmü bulup boşluk doldurabileceği kabul edilmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU. 1996 s.26,32; BAŞPINAR. 1998 s.152 vd.). Önemle belirtelim ki BK.m.20 değişik kısmi hükümsüzlük nazariyesine dair açık bir kural ihtiva etmemekle birlikte, doktrinde bu durumun bu nazariyeyi kabule engel teşkil etmediği kabul edilmektedir (BAŞPINAR 1998, s.153).

⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 1996, s.31,32; BAŞPINAR 1998, s.169; ATAMER Y. M. (2001), *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* Beta Yayınevi, İstanbul, s.233. Gerçi burada farklı görüşlerin olduğu belirtilim. Bazı yazarlar ilgili hükmün tamamen geçersiz kabul edilmeyip, sadece süre açısından kısmi butlanın uygulanabileceğini (dikey geçersizlik) kabul etmektedirler (Görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2008, 606; BAŞPINAR 1998, s.164).

- Bu ilkeler çerçevesinde yapılması gereken ilk tespit dikey anlaşmaların 5 sene olarak kabulü, kısmi butlanın sözleşme süresini (düşey olarak) azaltacak şekilde uygulanmadığıdır. Süre öngören hüküm tamamen geçersiz kılınmakta, bunun yerini ise Tebliğ'in 5. maddesindeki süre almaktadır. Dolayısıyla taraf iradelerinin yerini de, (düzenleyici işlem ile) Kurulun iradesi almaktadır⁸⁷. Oysa Kanun'a baktığımız zaman Kurulun taraf iradelerinin yerine geçecek bir işlemde bulunma yetkisinin verildiğine dair bir düzenleme yoktur.
- Keza grup muafiyeti tebliğlerine de bu tür bir işlev yüklenmesi hukuken isabetli görünmemektedir⁸⁸. Zira tebliğler, 4. maddeye aykırı olma riski taşıyan anlaşmaları, tebliğlerdeki şartların varlığı halinde, 4. madde yasağından bir bütün olarak dışarı çıkarmaktadır. Tebliğ hükümleri incelendiği zaman, dikey anlaşmalarda yer alması gereken hükümlerin değil, bulunmaması gereken hükümlerin olduğu görülmektedir. Hatta bu 2002/2 sayılı Tebliğ'in, bundan önceki dönemden önemli bir (avantajı ve) farkıdır⁸⁹. Bu manada 5. madde sadece sözleşmelerin 5 seneden uzun olması halinde Tebliğ'in anılan hüküm açısından uygulanmayacağını belirtmektedir. Yoksa daha uzun süresi olan anlaşmaların "tamamının" 5 sene süreye tabi olacağı anlamını yüklemek, amacı aşmaktadır.
- Bu açıklamalar çerçevesinde aslında burada kısmi geçersizliğin yerine ikame edilecek bir "emredici kuraldan" bahsedilemez⁹⁰. Bu kural olsa olsa bir tamamlayıcı kuraldır. Somut olayın özelliklerini dikkate alan bireysel muafiyet halinde dahi öngörülmeleyen bu yetkinin, grup muafiyetinde

⁸⁷ Aksi görüşte GÜVEN (2009), s.1094. Yazar'a göre "Azami hadde indirilmiş olarak değerlendirilmede ise, sözleşme sürelerine Rekabet Kurulu tarafından müdahalede bulunulmamakta, ancak taraflar arasında daha uzun bir süre kararlaştırılmış olsa bile bunun beş yıllık olan kısmi muafiyet kapsamında değerlendirilmekte, daha uzun kısmi ise muafiyetten yararlanamamaktadır. Bu kapsamda teşebbüsler sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme ile ilgili hükmün grup muafiyetten yararlanmasını fiilen bu durumu ortadan kaldıran ve esas sözleşme ile bağlantılı olarak yapılan sözleşmelerdeki daha uzun süreler ile ilgili hükümleri ya da daha uzun süreli olarak tanınan intifa hakkının süresini esas sözleşme ile uyumlu hale getireceklerdir. Aksi halde muafiyetten yararlanamayacaklardır." Yazarın kabul ettiği sonuç doğru olmakla birlikte, bunu azami hadde indirme ilkesi ilişkisi zayıftır. Netice itibarıyla grup muafiyetten yararlanmayan anlaşmalar geçersizlik riski ile karşılaşmaktadır ve azami hadde indirme ilkesi esas bu noktada tartışma konusu olmaktadır.

⁸⁸ Aynı yönde GÜVEN (2009), s.1096,1097

⁸⁹ Bkz. ASLAN Y. İ (2007), *Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa, s.342

⁹⁰ Bu konuda HATEMİ, TTK.m.1466 kuralının genel bir kural olduğunu ve BK.m.20/2 kuralının uygulanmasını dışlayacağını kabul etmektedir (bkz. HATEMİ 1976, s.228,229).

olduğunu düşünmek için hiçbir neden yoktur⁹¹. Aksi düşüncenin benimsenmesi halde, bu yorum sadece 5. madde değil, Tebliğ'in 4. maddesi açısından da yapılabilir ki bu kabul edilemez. Örneğin yeniden satış fiyatının tespit edildiği bir sözleşme, 4/a maddesine aykırıdır. Acaba burada da sözleşmedeki bu hükmün yerini, Tebliğ'de izin verilen tavsiye veya maksimum satış fiyatı mı almıştır? Bu retorik soru, pekâlâ Kurulun düzenleyici işlem ile taraf iradelerini ikame edebileceğine dair yorumun varabileceği bir noktadır.

- Daha da ötesinde, grup muafiyeti kapsamı dışında kalan bir sözleşme, mutlaka hukuka aykırı ve geçersiz değildir. Sözleşmenin her zaman bireysel muafiyet alma imkânı mevcuttur. Hatta bizzat Tebliğ'in açıklanmasına dair Kılavuz, Tebliğ kapsamı dışında kalan dikey anlaşmaların kendiliğinden 4. maddeye aykırı olmayacağını da belirtmektedir (para. 41)⁹². Hal böyle olunca, Tebliğ'deki süreden daha uzun süreli bir münhasır anlaşmanın, pekâlâ 4. maddeye aykırı olmaması veya daha muhtemel olarak bireysel muafiyet alması mümkündür. Bu durumda ise, herhalde anlaşmanın geçersizliğinden ve azami hadde indirilmesinden bahsedilemeyecektir. Daha önce de açıkladığımız üzere burada askıda bir geçersizlik söz konusudur⁹³. Ne TTK. 1466 ne de değişik kısmi butlanın uygulama alanı bulduğu diğer ihtimaller, askıda geçersizliğin söz konusu olduğu bu durumda uygulanabilir.

Bu nedenle, bu ilkeye kaynak oluşturan Kılavuz'un 36. paragrafı da isabetli değildir. Diğer itirazlar bir kenara burada "*bireysel muafiyet şartlarını taşımayan*" ifadesinin yer verilmesi gerekirdi. Nitekim bu eksiklik daha sonra hissedilmiş olacak ki, 1. Daire Görüşü'nde bu şarta isabetli bir şekilde açıkça yer verilmiştir.

Netice itibarıyla ancak, *bireysel muafiyet şartlarını taşımayan anlaşmalar açısından değişik kısmi butlandan bahsedilebilir*. Bu ihtimalde dahi, Tebliğ'in 5. maddesi, TTK. 1466 kuralı gibi, tüm geçersizlik hallerinde emredici bir ikame norm olarak uygulanmaz. Fikrimizce Tebliğ'in 5. maddesi

⁹¹ Bireysel muafiyet kararı somut olayın özelliklerini dikkate alması itibarıyla, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin daha isabetli ve doğru değerlendirildiği bir mecradır. Buna karşılık burada bile, Kurul, taraf iradelerinin yerine geçecek şekilde bir karar alamaz. Kurul, ancak yükümlülük ve şart müesseseleri aracılığı ile tarafları belirli bir şekilde davranmaya zorlayabilir (RKHK.m.5/3, 13(b) ve 17(a)).

⁹² Bu yönde değerlendirmeler içeren kararlar da vardır. Örneğin: 10.9.2007 T. 07-70/864-327 sayılı Coca Cola kararı ve 15.5.2008 T. ve 08-33/421-147 sayılı Unilever kararı

⁹³ SANLI K.C. (2008), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Rekabet Dergisi, S.30, s.18

tamamlayıcı bir kural olarak tatbik edilebilir. Bu yorumun doğal sonucu ise, tamamlayıcı hükmün her şart altında sözleşme hükmünü ikame etmemesi, ancak sözleşmenin diğer hükümleri ile uyum içerisinde olması halinde tatbik edilmesidir. Bu anlamda 5 senelik süre hükmünün, sözleşmenin ruhuna uygunluğu hakim tarafından değerlendirilebilir. Uygunsuzluk halinde pekâlâ tarafların farazi iradeleri nazara alınabilir. Örneğin tarafların sözleşmeyi 5 seneden daha kısa süre için akdedecekleri veya (daha muhtemel olarak) hiç yapmayacakları tespit edilebiliyorsa, sözleşme süresi daha kısa olabilir ya da sadece intifa sözleşmesi geçersiz kılınabilir⁹⁴ veya tam butlan uygulanabilir.

Yaptığımız bu yoruma yapılabilecek olası bir itiraz, zaten olayların tamamında 5 senelik sürenin sözleşme düzenine (ve taraf iradelerine) uygun olacağıdır. Bu gerçekçi bir itirazdır; yapılacak değerlendirme ile bu sonuca varılabilir. Fakat bu durum, Tebliğ'deki süreyi aşan *tüm* dikey anlaşmaların *mutlak olarak* 5 sene sürelili olacağını kabul etmeyi gerektirmez. Bu manada hâkimin takdir yetkisini kullanarak, süreyi kısaltması ve daha da önemlisi sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz sayması, (pozitif hukuka daha uygun olması bir kenara) bazı olaylarda menfaatler dengesine daha uygun düşebilir. Yukarıdaki eleştirilerimizi bu şekilde anlamak gerekir.

İkinci bir itiraz ise, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması halinde, bunun bayi aleyhine sonuçlarının olabileceğidir. Nitekim bu nedenle 1466. madde BK.'nin 20/2 maddesinin uygulanma imkânını ortadan kaldırmıştır. Biz burada 1466. maddenin tatbik kabiliyeti olmadığını kabul ettiğimiz için, hukuken 20/2. maddenin uygulanmayacağını kabul etmek gibi bir zorunluluk yoktur. Benimsediğimiz yorum, 20/2. tarafların farazi iradelerinin araştırılarak Tebliğ'deki süreden farklı sonuca varılmasına müsaittir.

Peki, buna rağmen menfaatler dengesi ve özellikle bayi menfaatleri açısından, (farazi irade analizi sonucu) 5 senelik süreden farklı bir esasın benimsenmesi olumsuz bir durum yaratır mı? Hayır. Kısaca açıklayalım. Bir kere Rekabet Hukukunun (veya Tebliğ'in ilgili hükmünün) amacı bu sözleşme ilişkisinde bir tarafın (bayinin) menfaatini korumak değildir⁹⁵. Tebliğ'de yer alan sürenin amacı, yeniden satıcıların çok uzun olmayacak aralıklarla serbest kalması ve alternatif dağıtıcı veya sağlayıcılar ile çalışma olasılıklarının açık

⁹⁴ Gerçi intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan ilişki bütününe bir birleşik sözleşme olduğunu kabul ettiğimizde, sözleşmelerden biri açısından oluşan (kısmi) geçersizliğin, diğerini de geçersiz kıldığını kabul etmek gerekebilecektir. Bu anlamda birleşik sözleşmelerde bu tür bir kısmi geçersizliğin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir (bkz. GÜMÜŞ 2008, s.11,12).

⁹⁵ Tabi ki hükmün bazı hallerde bayinin ekonomik menfaatine hizmet ettiği söylenebilir. Örneğin bu şekilde bayiler, sağlayıcıların uzun süreli sözleşme taleplerini geri çevirecek ve sağlayıcılardan (rekabet baskısı sayesinde) daha rekabetçi şartlarda mal veya hizmet alabileceklerdir. Ama bu, hükmün asıl amaçladığı şey olmayıp, asıl amacın doğal bir neticesidir.

tutulmasıdır. Bu şekilde, üst pazarda piyasaya girişler kolaylaştırılmakta ve rekabet baskısı yaratılmaktadır. Dolayısıyla bayi menfaatine aykırı olması, BK.m.20/2 hükmünün tatbik edilmemesini gerektirmez.

Ayrıca bayinin menfaatine aykırı bir sonuç da doğmayacaktır. Önerdiğimiz çözüm, bireysel muafiyet alma imkanı olmayan sözleşmeler açısından maksimum süre 5 sene olmakla birlikte, hakimin sözleşmenin daha az bir süre üzerinden akdedilmiş sayabileceğine işaret eder. Bu ise, bayinin menfaatine aykırı değildir. Keza bu çözüm tarzı Rekabet Hukuku ve Tebliğ ile elde edilmek istenen amaçlar ile de uyumludur. Yukarıda belirttiğimiz üzere önemli olan yeniden satıcının alternatif sağlayıcılar ile çalışma imkânının açık tutulmasıdır ki her iki ihtimal de bu sonucun elde edilmesine elverişlidir. Örneğin sözleşmenin 3. senesinde taraflardan birinin mahkemede geçersizliği iddia ettiğini ve hâkimin sözleşmeyi başlangıçtan itibaren geçersiz olduğuna karar verdiğini düşünelim. Böyle bir durumda yeniden satıcı, derhal alternatif dağıtıcılar ile sözleşme yapma imkânına kavuşacağı için, 5. maddenin amaçladığı sonuca aykırı olmayacaktır.

Diğer taraftan önerdiğimiz çözümün önemli bir yararı olduğu söylenebilir. O da, taraflara 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun bir sözleşme hazırlama konusunda (Kurulun mevcut çözümüne kıyasla) daha kuvvetli bir güdü yaratmasıdır. Zira mevcut yorum tarzında, tarafların uzun süreli bir sözleşme akdetseler dahi 5 sene için bu sözleşme geçerli sayılmakta ve idari yaptırımlar da tatbik edilmemektedir. Bu ise, tarafların Tebliğ'e uygun sözleşme hazırlama güdülerini zayıflatır. Oysa bu sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olması riski, tarafların hukuka uygun davranma ve eğer gerekiyorsa bireysel muafiyet analizi başvurusu yapma güdülerini arttırır.

3.1.2.3. Geçersizliğin Pratikte Uygulanması: Kaos!

Bu nazari değerlendirmeler ışığında, geçersizliğe dair olası uygulamanın nasıl gerçekleşeceği hakkında bazı somut değerlendirmeler yapılabilir. Süresinden önce sona erdirilecek anlaşmalar, 18.9.2005 tarihi öncesi akdedilmiş olabileceği gibi, 3. döneme kadar (hatta bu dönem içerisinde) imzalanmış da olabilir. Bu anlaşmaların pratikte nasıl değerlendirileceği hakkında, çok çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Bilhassa bireysel muafiyet alma olasılığı, ihtimallerin sayısını arttırmaktadır.

Burada tüm ihtimalleri ele almamak adına, bireysel muafiyet olasılığına dair şu tespitleri yapmakla yetinelim: Bu dönemde akdedilen anlaşmalar da, diğer tüm dikey anlaşmalar gibi bireysel muafiyet şartlarını taşıyabilir. Örneğin yeni kurulacak olan bir istasyon için yatırım yapıp, malik/bayiye finansman sağlayan dağıtım şirketinin 2003 yılında malik ile akdettiği 15 senelik bir intifa

sözleşmesi, pekâlâ bireysel muafiyet şartlarını taşıyabilir. Dolayısıyla 18.9.2010 tarihinden önce dağıtım şirketlerinin Kuruma anlaşmalarını bireysel muafiyet için bildirmelerinde önemli yarar vardır. Eğer bu anlaşmalar bildirilmiş ve bireysel muafiyet kararı verilmiş ise, zaten 18.9.2010 tarihinde sözleşmelerin geçersizliğe tabi olmasından bahsedilemez⁹⁶. Nitekim Kurul yakın (dördüncü) dönemdeki bazı kararlar ile sözleşmelere bireysel muafiyet vermiştir⁹⁷. Bireysel muafiyet talebi reddedilmişse, bu durumda sözleşmeler geçersizlik yaptırımını ile karşılaşacaktır. Aşağıda ilke olarak bu olasılığı (yani bireysel muafiyet şartlarını taşımayan anlaşmaları) ele alıyor; fakat gecikmiş bir bireysel muafiyet başvurusu ihtimalini de bazı senaryolarda değerlendiriyoruz⁹⁸.

3.1.2.3.1. Tarafların Dikey İlişkiyi Sonlandırmak Arzusunda Olmaları

Bu ihtimalde mesele görece basittir. 18.9.2005 tarihi öncesinde akdedilen sözleşmeler, bireysel muafiyet şartlarını taşıyorlarsa⁹⁹ 18.9.2010 tarihinde geçersiz hale geleceklerdir. Taraflar sözleşme ilişkisine devam etmek istemiyorlarsa, hukuken bir sorun yoktur. Sağlayıcı intifa hakkının terkinini tapu idaresinden talep edecek (MK.m.796) ve taşınmaz istasyon sahibine fiilen teslim edilecektir. Taraflar dilerlerse bir ikale anlaşması akdedebilirler fakat bu sözleşmenin sona erdirilmesinden ziyade¹⁰⁰, ekonomik ilişkinin tasfiye sürecinde tarafların birbirlerinden ne gibi haklar talep ettiğini belgeleyen bir anlaşma olarak karşımıza çıkar¹⁰¹.

3.1.2.3.2. Tarafların Dikey İlişkiye Devam Arzusunda Olmaları

Bu ihtimal aslında basit gözükmeyle birlikte son derece karmaşık bazı hukuki sorunlar doğurabilir. Sözleşme bireysel muafiyet şartlarını taşıyorsa, 18.9.2010 tarihinde geçersiz hale geleceği için, sözleşmeye devam etme iradesinin açık bir şekilde beyan edilmesi gerekir. Mesela taraflar tapuya

⁹⁶ Bu sözleşmeler bireysel muafiyet kararı geri alınıncaya kadar (askıda) geçerlidir.

⁹⁷ Bkz. aşağıda 4.

⁹⁸ Bu değerlendirmelerimizi Kurul kararları ve Görüş'te kabul edilen esaslara göre yaptığımızı vurgulayalım.

⁹⁹ Anlaşmalar bireysel muafiyet şartlarını taşıyor, fakat başvuru yapılmamışsa durum biraz karışıktır. Kanun'da 2005 yılında yapılan değişik sonrasında, bildirim olmaksızın da muafiyet kararı verilebildiği ve bu kararın başlangıçtan itibaren hüküm ifade ettiği dikkate alınır, pekâlâ başvuru yapılmayan anlaşmalar da (sonradan verilecek bir muafiyet kararına bağlı olarak) 18.9.2010 tarihi sonrasında geçerli olabilir. Bu durumda bunlar için yapılacak olan anlaşma bir ikale anlaşması olacaktır.

¹⁰⁰ Burada anılan tarihten itibaren sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olduğu kabul edildiği için, geçersiz bir sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi mümkün değildir.

¹⁰¹ Tabiatıyla taraflar tasfiye sürecinde anlaşmazlığa da düşebilirler. Eğer bu konuda ihtilaf çıkarsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri (BK.m.61 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Fakat taraflar tasfiye sürecine ilişkin sözleşme akdetmişler ve bu sözleşmenin yorumunda ihtilafa düşmüşlerse, bu durumda sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

gidecekler ve intifa sözleşmesini ve bununla bağlantılı tapu kaydını tadil edeceklerdir¹⁰². Yeni yapılan sözleşme (ve tapudaki intifa süresi) de 18.9.2015 tarihine kadar geçerli olacaktır. Birinci Daire Görüşü de bu esası benimsemiştir.

Burada tabi ki sorun, yenileme¹⁰³ işleminin yapılmaması durumunda geçersizliğin söz konusu olup olmayacağıdır. Acaba tarafların sözleşmeye devam etme yönündeki iradeleri geçersizliği önler mi? Pozitif hukuk açısından bakılırsa, 18.9.2010 tarihinde intifa ve bayilik sözleşmeleri geçersiz olacak; tapu kaydı yolsuz hale gelecek; taraflar dikey ilişkiye devam etseler dahi, intifa sözleşmesi açısından taraf iradeleri resmi şekilde beyan edilmediği için geçerli olmayacaktır. Bu durumda tapu kaydı yolsuz olmaya devam edecektir.

Bayilik sözleşmesinde şekil şartı aranmamaktadır. Bu durumda bu sözleşme açısından tarafların sözleşmesel ilişkiye aynen devam etmeleri geçersizliği bertaraf eder mi? Bu sorunun cevabı sadece akaryakıt değil, 2002/2 sayılı Tebliğ'in genel uygulama alanı açısından önemlidir. Cevap ise, hükmün amacında yatmaktadır. Rekabet Hukuku yönünden geçersizlik yaptırımının uygulanması, özellikle bayinin "tek" bir sözleşme ile aralıksız uzun bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü ile bağlı olmasını önlemeye yöneliktir. Sözleşme tarafları belirli aralıklar ile serbest kalmalı ve alternatif dağıtıcılardan teklif alma olasılığı bulunmalıdır. Tarafların 2010 yılında *gerçekten serbest kaldıkları* bir kurguda, (*geçersizlik yaptırımı uygulamak suretiyle*) sözleşme ilişkisine devam etmelerini önlemek Rekabet Hukukunun amacı değildir.

Tabi sorun, bu durumda, tarafların hür iradeleri ile sözleşme ilişkisine devam edip etmediğinin belirlenmesi sorunudur. Fakat akaryakıt sektöründe, bayilerin devam iradesinin hür olmadığını kabul etmek için neden yoktur. Bilhassa idari yaptırım tehdidi, bilgisiz, zor durumdaki bayinin baskı altında kaldığı ihtimalini ortadan kaldırmaktadır¹⁰⁴. Dolayısıyla geçersizlik yaptırımı, bu

¹⁰² Tabiatıyla bu tadilin nasıl olacağı, intifa sözleşmesinin süresine bağlı olacaktır. Eğer 2015 yılından önce sona erecek bir intifa sözleşmesi ise, bu durumda tadil intifa sözleşmesinin süresinin uzatılmasını, 2015 yılından sonra sona erecek bir sözleşme ise süre kısaltılmasını gerektirecektir.

¹⁰³ Burada yenileme ile sözleşmeyi sona erdiren işlem değil, sona ermiş olan bir sözleşmenin aynı şartlar altında devamı yönünde irade beyanında bulunmak kastedilmektedir. Olağan şartlar altında yenileme, tarafların sözleşmeyi sona erdirerek, yeni bir sözleşme yapmalarını ifade etmektedir. Bu anlamda borcu sona erdiren bir nedendir. Burada sözleşme zaten geçersizlik nedeniyle sona erdiği için, yenileme sadece aynı şartları taşıyan sözleşme ilişkisine devam iradesinin karşılıklı beyanını içermektedir.

¹⁰⁴ Kurul içtihatları ve 1. Daire görüşü bayilerinin konumunu güçlendirmiştir. Rekabet Hukukunun sözleşmeler üzerindeki etkisi Kurum tarafından tüm sektöre duyurulmuştur ve dağıtım şirketinin herhangi bir bayinin bilgisizliğinden yararlanması mümkün gözükmemektedir. Ayrıca dağıtım şirketlerinin aksi yönde bir uygulama yapması halinde idari yaptırımı muhatap olması riski söz konusudur. Bu şartlar altında bayilerin dağıtım şirketiyle ilişkiye devam ettiği bir senaryoda, özgür irade vardır.

tür bir senaryoda gerekli olmadığı gibi amacı aşmaktadır. Fikrimizce burada Kurul tarafından uygulanacak idari yaptırımlar yeterli görülmelidir. Özetle tarafların 18.9.2010 sonrasında ilişkiye aynen devam etmeleri karşısında, sona ermiş olan bayilik sözleşmesini yenileme iradesi ile hareket ettiklerini varsaymak ve (aynı şartları haiz) yeni bir bayilik sözleşmesinin¹⁰⁵ geçerli bir şekilde kurulduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁶.

Tarafların ilişkiye devam etmeleri ve tapudaki kaydı terkin/tadil etmemeleri, intifa sözleşmesini geçerli hale getirir mi? Olağan şartlar altında sözleşmeye devam edilmesi yeterli iken, iradenin şekle bağlı olarak ileri sürülmesi gerektiği hallerde, yenilemenin de şekle bağlı olması şarttır. Burada hukuki sorun artık şekle aykırı sözleşmelerin yaptırımının ne olacağı sorunudur. Bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte, hâkim görüş bu sözleşmelerin butlan yaptırımına tabi olduğunu kabul eder¹⁰⁷. Fakat doktrinde¹⁰⁸ ve uygulamada¹⁰⁹

¹⁰⁵ Peki, yeni sözleşmenin süresi ne olacaktır? Kural olarak bunu eski sözleşmenin süresi belirler. Tereddüt halinde bu sözleşmenin süresiz olduğunu kabul etmek gerekir.

¹⁰⁶ Bir an için aksi yorumu benimsediğimizi düşünelim. 18.9.2010 itibarıyla sözleşme geçersiz olsun ve taraflar geçersiz sözleşme ilişkisinin hak ve yükümlülüklerini yerine getirmeye devam etsinler. Şimdi bu ilişki, salt tarafların fiilen ilişkiye son vermeyip, alternatif tedarikçiler ile sözleşme olasılıklarını değerlendirmedikleri için geçersiz mi sayılmalıdır? Rekabet Hukuku tarafların alternatif tedarikçiler ile pazarlık yapmalarını ve rekabetçi teklifler almalarını arzu etmekle birlikte, böyle bir yükümlülüğü yüklemekte midir? En azından geçersizlik yaptırımı ile değil! Tarafların ilişkiye devam etmeleri, onların hür iradelerinin ve alternatifler karşısında mevcut ilişkinin daha rekabetçi olduğuna delalet eder. Aksinin ise ispatı gerekir. Öte yandan bilhassa dağıtım şirketinin (ya da sağlayıcının) baskısı nedeniyle ilişkiye devam edileceği endişesi ise, idari yaptırımlar ile bertaraf edilebilir. Buna bir de geçersizliği eklemenin yararı yoktur.

Bu ilişkinin kendiliğinden geçersiz olduğunu kabul ettiğimizde, zaten herhangi bir ihtilaf çıkmadığı sürece pratik olarak geçersizliğin bir anlamı olmayacaktır. Taraflardan birinin geçersizliği ileri sürmesi ise, iki nedenden dolayı geçmiş dönem açısından sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. *İlk olarak* bayilik/intifa sözleşmelerinden oluşan dikey ilişki, sürekli edimli borç ilişkisi vasfını taşır. Bu tür bir ilişkide ise geçersizliğin geçmişe etkili olarak uygulanması, pratik güçlüklerden dolayı kabul görmez. *İkinci olarak* ise, geçersizliği bilen ve buna rağmen ilişkiye devam eden taraflardan birinin (sözleşme ilişkisinden sıyrılmak amacıyla) geçersizliği ileri sürmesi, (büyük olasılıkla) hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olacaktır. Dolayısıyla zaten geçmiş dönem açısından geçersizlik uygulama alanı bulmayacaktır.

Tabiatıyla bu yorum tarzının bazı ihtilaflara sebebiyet vermesi muhtemeldir. Örneğin ilişkiye devam eden bayiler, 18.9.2010 dönemi sonrasında başka bir nedenden dolayı ihtilafa düştükleri takdirde de, söz konusu ilişkiye baskı ile devam ettiklerini ileri sürerek Kuruma başvuru yapabilirler. Bu ise idari yaptırımların uygulanması riskini doğurur. Nitekim bundan dolayıdır ki dağıtım şirketlerinin basiretli davranarak ilişkileri yenilemeleri daha isabetlidir. Ama eğer yenilememişlerse, sırf bu nedenden dolayı devam ettirilen bayilik ilişkisinin geçersiz olduğunu kabul etmek de hukuk mantığına ve ekonomik realiteye uygun düşmemektedir.

¹⁰⁷ TEKİNAY S.S., AKMAN S., BURCUOĞLU H. ve ALTOP A. (1994), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul, s.100; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2008, s.308,311; OĞUZMAN K. ve ÖZ T. (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi,

(MK.m.2/II hükmü ile) tarafların durumu bilerek sözleşme ilişkisine devam ettikleri hallerde, butlan yaptırımının törpülenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Peki, bu yorum somut olayda aynen kabul edilebilir mi? Tarafların ilişkiye devam etmeleri durumunda bayilik sözleşmesinin zaten geçerli bir şekilde kurulduğunu varsaydığımız için, ancak 5 seneden daha uzun süresi olan intifa sözleşmeleri açısından meselenin tartışılması anlamlıdır¹¹⁰. Pratik olarak tarafların ve bilhassa bayinin 5 seneden daha uzun süresi olan bir intifa sözleşmesine devam etme iradesine sahip olduğunu kabul etmek güçtür. İlişkiye devam halinde karine, sadece bayilik sözleşmesinin kurulduğudur. Nitekim intifa sözleşmesi, işlevi itibarıyla amacına yabancılaştığı, teminat ve kontrol aracı olarak kullanıldığı için, uygulamada bu ilişkiye de devam edilip edilmediğini belirlemek güçtür.

Dağıtım şirketinin intifanın geçerli olduğu varsayımıyla hareket ettiği bir kurguda ise, (yarattığı asimetrik ilişki nedeniyle) bayi ile aralarında bir ihtilafın çıkması son derece muhtemeldir. Bu ise Kurul kararlarını dikkate aldığımızda dağıtım şirketinin hiç de arzu etmediği bir sonuçtur. Sözün özü, pratik açıdan neredeyse intifa sözleşmesinin geçerliliği tartışma konusu yapılmayacaktır. Ama yapıldığını varsaydığımızda, Borçlar Hukukundaki yorumun Rekabet Hukukunda da benimsenebileceğini düşünüyoruz¹¹¹.

3.1.2.3.3. Taraflardan Birinin İlişkiyi Sonlandırmak Arzusunda Olması

Nihayet *son olasılık*, taraflardan sadece birinin sözleşmeye devam etmeme iradesine sahip olmasıdır. Arz ettiği önem nedeniyle, sadece bayinin ilişkiyi sonlandırmak istemesi ihtimalini değerlendirelim. Sözleşme 18.9.2010 tarihinde kendiliğinden geçersiz hale geleceği için, esasen bayinin bozucu yenilik doğuran bir beyanda bulunmasına, mesela feshi ihbar etmesine gerek yoktur. Bayinin

İstanbul, s.121,122; farklı görüş için bkz. EREN F. (2001), *Borçlar Hukuku* 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, s.270,271

¹⁰⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Genel Hükümler, s.312 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.102 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.123 vd. YAVUZ N. (1998), *Uygulamada Sebepsiz İktisap*, Adil Yayınevi Ankara, s.146,147; Bu konudaki geniş bilgi için bkz. ALTAŞ Hüseyin (1998), *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara

¹⁰⁹ Bkz. Yargıtay 30.9.1988 T. ve E.1987/2, K. 1998/2 sayılı İBK.; 13. HD. 2.12.1991 T. ve E.1991/7217, K. 1991/10901

¹¹⁰ Daha kısa süresi olanlar zaten bayilik sözleşmesi devam ederken sona erecektir. Dolayısıyla 18.9.2015 tarihinden daha uzun süresi olan intifa sözleşmelerinin durumu önem taşır.

¹¹¹ Her ne kadar Rekabet Hukukunda ortaya çıkan bu geçersizlik atipik özellikler arz etse de, burada farklı bir değerlendirmenin gerekli olduğunu düşünmüyoruz. Taraflardan biri, geçersizliği sonradan ileri sürdüğü takdirde, pekala bu itiraz hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilerek dikkate alınmayabilir (bu konudaki olasılıklar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2008, s.315 vd.).

sözleşmesel yükümlülükleri bu tarih itibarıyla sona ermektedir. Bayinin sadece, dağıtım şirketinin menfaatine hanel getirmemek ve sözleşmesel tasfiyenin dürüstlük kuralına uygun gerçekleşmesi adına, devam etmeme yönündeki iradesini dağıtım şirketine ihbar etmesi uygun olur.

Burada bir sorun tapudaki tescildir. Dağıtım şirketi bu kaydı terkinini talep etmediği sürece yolsuz tescil olarak varlığını korur. Dağıtım şirketi bu kaydı terkin ettirirse bir sorun ile karşılaşmaz. Aksi durumda istasyon maliki, tapu kaydının düzeltilmesi davası açarak (TMK.m.1025), intifanın terkinin mahkemeden talep edebilir. Malik burada, intifa sözleşmesinin RKHK'nin 4. maddesine aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu ve bunun tescili yolsuz hale getirdiğini ortaya koyacaktır. Malik aynı zamanda dağıtım şirketinin menfi davranışını Rekabet Kurumu'na şikâyet edebilir. Kurul da, bu durumda ilgili teşebbüse kaydı terkin etmesi yönünde bir karar alabilir (RKHK.m.9/3)¹¹².

Yargılamada gündeme gelebilecek bir konu, dağıtım şirketinin yargılama öncesi veya esnasında, sözleşmenin bireysel muafiyet alabileceğini ileri sürmesidir. Mahkeme bireysel muafiyet analizi yapma yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla böyle bir durumda, iddia eden tarafın Kuruma başvurusu ve bu esnada mahkemenin sorunu bekletici mesele yapması uygun olur. Zira burada Kurulun müspet yönde bir kararı, geriye yürüyecek ve ihtilafın esasını doğrudan etkileyecektir. Kurul ret kararı verirse, sözleşme geçersiz olacağı için mahkeme tapu kaydını düzeltecektir. Bireysel muafiyet kabul edildiği bir ihtimalde ise, sözleşme zaten geçersiz olmadığı için, mahkeme tapu kaydının düzeltilmesi talebini reddedecektir. Şüphesiz bundan sonraki senaryo, taraflar arasındaki ihtilafın mahiyetine göre yargılama konusu olabilecektir.

3.1.3. Geçersizliğin Mali Sonuçları: Sebepsiz Zenginleşme

Tartıştığımız senaryodaki üçüncü sorun, sözleşme ilişkisinin süresinden önce sonuçlanması nedeniyle, tarafların birbirlerine sözleşmenin süresinde sona ereceği varsayımıyla yaptığı kazandırmaların tasfiyesidir. Akaryakıt dağıtım ilişkilerinde, yatırım dağıtım şirketi tarafından yapıldığı için, pratikte bayinin zenginleşmesinin tasfiyesi söz konusu olacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, dağıtım şirketi bayiye yatırım yapmakta, bayi bu yatırımların karşılığını derhal ödemeyip, 15 senelik dağıtım ilişkisi süresince elde ettiği kazançtan pay vermek suretiyle geri ödemektedir. Nitekim Rapor'da da ifade edilen bu durum, intifa sözleşmelerinin aynı zamanda varlık nedenidir. Bu sözleşmeler uzun ekonomik ilişkinin hukuki zeminini oluşturduğu gibi; aynı etkileri nedeniyle sağlam bir

¹¹² Kurulun dava açma yetkisi olmadığı görüşü hakkında bkz. GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.561

teminat işlevi icra etmektedirler. Keza bazı dikey ilişkiler açısından, dağıtım şirketleri intifa hakkı karşılığında intifa bedelleri ödemektedirler.

Bu ilişkinin 5 senenin sonunda geçersizlik nedeniyle son bulması (dolayısıyla tarafların ilişkiye devam etmemesi), dağıtım şirketinin sözleşme ile beklediği geliri elde edememesine; bayinin de (somut olaya göre) zenginleşmesine sebebiyet verecektir. İşte bir tarafın zenginleşmesine, diğer tarafın ise gelir kaybına uğramasına neden olan geçersizliğin mali sonuçları, hukuken nasıl tasfiye edilecektir? Tabiatıyla sözleşme geçersiz olduğu için, dağıtım şirketi bayiye sözleşmeye dayalı bir talep ileri süremez. Dolayısıyla talep hakkı doğrudan kanundan doğmalıdır.

Bu olgu, tipik bir *sebepsiz zenginleşme* teşkil eder (bkz. BK.m.61 vd. ayrıca bkz. RKHK.m.56). Sözleşme ilişkisinin öngörülen süreden önce geçersiz hale gelmesi, istasyon malikinin kendisine yapılan kazandırmalar nedeniyle dağıtım şirketi aleyhine haksız zenginleşmesine sebebiyet vermiştir. Bayinin zenginleşmesinin, geçerli bir hukuki sebebi yoktur. Zira sözleşmeler geçersiz hale geldiği için, hukuki sebep sonradan ortadan kalkmıştır (*condictio ob causam finitam*)¹¹³. Dağıtım şirketi, Borçlar Kanunu'nun 61 vd. hükümleri çerçevesinde bayiye karşı bir alacak hakkına sahiptir.

3.1.3.1 Alacak Hakkının Kapsamı

Bu alacak hakkının kapsamı nedir? Kurul kararları ve Birinci Daire Görüşü, bu konuda herhangi bir açıklama öngörmemektedir¹¹⁴. Doğal olarak iadenin kapsamı, genel hükümler yani Borçlar Kanunu'nun 63 ve 64. maddeleri dikkate alınarak belirlenecektir¹¹⁵. Söz konusu hükümler incelendiği zaman aslında iade borcunun kapsamının büyük ölçüde hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde belirlendiğini söylemek yanlış olmaz¹¹⁶.

Bu başlık altında, iadenin kapsamının nasıl belirleneceği, örneğin alacak hakkının hesaplanması konusunda açıklama yapılmayacaktır. Fakat bazı

¹¹³ Bu sebepsiz zenginleşme görünümünden BK.m.61'deki ifadesi ile: "*vücudu nihayet bulmuş bir sebebe müsteniden*" zenginleşmedir.

¹¹⁴ Daire Görüşü'nde aynen şu ifadeler yer almaktadır: "*4054 sayılı Kanunun 56. maddesinde, daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizlik nedeniyle geri istenmesi halinde, tarafların iade borcunun Borçlar Kanunu (BK)nun 63. ve 64. maddelerine tabi olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar bu durumda beş yılı aşan süreler bakımından karşılıklı olarak münasip bir tazminat ödemek durumunda kalabileceklerdir.*" Bu konuların Kurul tarafından Repsol kararına benzer şekilde düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. ASLAN Y. İ. 2009, s.41

¹¹⁵ BK.m.63 iyiniyetli ya da kötünüyetli olmasını dikkate alarak, zenginleşenin neyi iade edeceğini, 64. madde ise, mala yaptığı masraflardan hangisi ya da hangilerini davacı fakirleşenden talep edebileceğini düzenlemektedir.

¹¹⁶ ULUSAN İ. (1984), *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, s.175,176

hususların altını çizmek uygun olur. İlk olarak iadenin kapsamının neye göre belirlenmeyeceğini vurgulamakta yarar vardır. Burada davacı dağıtım şirketi, ilişki devam etseydi kazanç payı ödemesinin toplam tutarını ya da yaptığı yatırım neticesinde davacının taşınmazındaki değer artışını talep edemez. Daha doğru bir deyimle bunlar iadenin kapsamının belirlenmesinde esas alınacak referanslar değildir. İlki sözleşmeye dayalı bir talebin konusu (müspet zararın tazmini), diğeri ise, kazandırmadan dolayı ortaya çıkan dolaylı zenginleşmelerdir¹¹⁷. Oysa sebepsiz zenginleşmede, ilk plandaki kazandırma dikkate alınır. Bu konuda doktrinde talep anındaki zenginleşme miktarının dikkate alınacağı belirtilmekteyse de¹¹⁸, bunun kanundan doğan bir hak olduğu dikkate alınırsa şartların gerçekleştiği anın esas alınması daha doğru gözükmektedir¹¹⁹. Bunun kapsamının belirlenmesinde de yine fark kuramı esas alınmakta¹²⁰, fakat fakirleşme tutarı iadenin üst sınırını teşkil etmektedir¹²¹.

Kanun'un sistemine göre iadenin kapsamı, davalı zenginleşenin iyiniyetli olup olmamasına göre belirlenmektedir. Davalı iyiniyetli ise, ancak zenginleşme konusu kazandırmadan iktisaden faydalandığı ölçüde iade ile yükümlüdür¹²². Eğer kötüniyetli ise, bu durumda iktisaden faydalanmasa bile, tüm kazandırmadan sorumlu olur. Akaryakıt dağıtım ilişkilerinde ise, istasyon maliklerinin iyiniyetli olduklarını kabul edebiliriz. Fakat üçüncü dönemdeki kararlar ve özellikle Daire Görüşü ile birlikte artık bayının bir "ihtimal" olarak ilişkinin 18.9.2010 tarihinde bitebileceğini öngörmesi ve buna göre davranması beklenmelidir. Dolayısıyla (her ne kadar somut olayda belirlenmesi gerekirse

¹¹⁷ Şartları gerçekleşmiş olsaydı bu ancak vekâletsiz işgörmeye temeline dayanan bir talebin konusu olabilirdi.

¹¹⁸ ÖZ T. (1998), *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, s.149; OĞUZMAN ve ÖZ 1998, s.703; TEKİNAY vd. 1993, s. 750; ULUSAN 1984, s.33. Fakat meselenin Türk hukukunda tartışmalı olduğunu da belirtelim. Aksi görüşler için bkz. EREN 2001, s.589; SEROZAN R. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III. Cilt*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.363

¹¹⁹ Bu şekilde yorumlanabilecek bir Yargıtay kararı için bkz. HGK. 19.1.1983, 1771/13 (karar için bkz. YAVUZ (1998) s.169-171). Bu durumda bir miktar para şeklindeki kazandırmalar açısından, kazandırmanın gerçekleştiği an ile iade talebinin söz konusu olduğu zaman arasındaki süre açısından paranın alım gücü dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Aksi halde enflasyon nedeniyle iade alacaklısı daha kötü bir duruma sokulmuş olur (13. HD. 15.4.1997; 3132/3529; 13. HD. 22.5.1997; 11385/1392 kararlar için bakınız YAVUZ (1998), 565 vd.).

¹²⁰ Zenginleşenin malvarlığının iktisaptan sonra ifade ettiği değer ile bu iktisap gerçekleşmeseydi taşıyacak olduğu değer arasındaki fark zenginleşmenin kapsamını oluşturur (ÖZ, s.28; krş. ULUSAN, s.38). Fakat buradaki değişik kısmi hükümsüzlük nedeniyle fark kuramı aynen uygulama alanı bulmayacak, katsayı devreye girecektir.

¹²¹ ÖZ 1998, s.36,37

¹²² Davalının iade ile yükümlü olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması halinde iyiniyetli olduğu söylenebilecektir.

de) olası bir yargılamada dağıtım şirketinin, görüşün yayımlanma tarihinden itibaren bayinin iyiniyetinin ortadan kalktığını ispatlaması mümkündür¹²³.

Peki, (iyiniyetli) bayinin sebepsiz zenginleşmeden doğan borcunun kapsamı nedir? Dağıtım şirketinin sözleşmenin geçerli olduğu inancıyla yaptığı tüm kazandırmalar aynen iade konusu olur mu? Şüphesiz olmaz. Burada iade borcunun kapsamı (somut olayın özellikleri farklı bir değerlendirmeyi gerektirmediği sürece) sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilen sürenin, toplam süreye oranlanması ile ortaya çıkan *katsayıya* göre belirlenecektir. Zira yapılan kazandırma, sözleşmenin tamamen geçersiz olmasından dolayı değil, öngörülen süreden önce sona ermesi nedeniyle sebepsiz hale gelmiştir. Bu bağlamda örneğin 15 senelik bir süre için akdedilen bir bayilik sözleşmesi 10. sene geçersizlik nedeniyle sona ermişse; buradaki katsayı 2/3 olacaktır. Dolayısıyla bayiye yapılan kazandırma tutarı her ne ise, bu tutarın katsayı ile çarpılması gerekecektir.

Zenginleşmenin kapsamı konusunda tartışma yapılabilecek bir husus, yapılan yatırımın vasfı nedeniyle, malikin gerçekten zenginleşip zenginleşmediğidir. Yatırımın vasfı ve tutarı her ilişkide farklı özellikler gösterebilir. Dağıtım şirketinin intifa bedeli adı altında ödeme yapması veya doğrudan nakdi yardım yapması durumunda sebepsiz zenginleşme açısından bir özellik yoktur¹²⁴. Bu durumda fakirleşme ve zenginleşme birbirine eşit olacaktır¹²⁵. Ama aynı yatırımlar açısından durum farklılaşabilir¹²⁶. Eğer bu yatırımlar istasyonun ilgili dağıtım şirketinin ticari politikaları ve kurumsal değerleri dikkate alınarak yapılmışsa, en azından bir kısmının “*batık maliyet*”

¹²³ Burada olası bir itiraz, sözleşmelerin 5 sene ile sınırlandırılmış olmasına rağmen, bayinin ve dağıtım şirketinin ilişkiye devam iradelerinin bulunması ihtimalidir. Yani bayi pekala henüz bu Görüş yayımlandığında, dağıtım şirketinden mal ve hizmet almaya devam etme iradesine sahip olabilir. Bu durumda ise iade yükümünde olduğu kesin değildir. Kanımızca bu kurguda dahi, olasılık olarak ilişkinin 18.9.2010 tarihinden süresinden önce biteceği bayiler tarafından bilinmektedir. Dolayısıyla bayinin bu olasılığı dikkate alarak tasarruflarda bulunması gerekir.

¹²⁴ Gerçi bu durumda da nakdi yatırımın belirli bazı amaçlar (istasyonun belirli şekilde inşa edilmesi, donanımların yapılması vs.) doğrultusunda kullanılması şartı öngörülebilir. Bu durumda ise aynı yatırımlardan farklı bir durum yoktur.

¹²⁵ Burada nakdi yardımın yapılma anı ile zenginleşmenin gerçekleştiği an aynı olmakla birlikte, bunun sebepsiz hale gelmesi sonraki bir tarihe tekabül etmekte; iade ise bundan da sonrasına denk gelmektedir. İadenin kapsamı talep anındaki zenginleşmeye göre belirlendiğine ve temerrüt faizi de talep öncesi de söz konusu olmayacağına göre, dağıtım şirketinin bir an önce talepte bulunmasında yarar vardır. Fakat burada nakdi kazandırmanın daha ilişkinin başında yapılması halinde, en azından talep anına kadar (paranın değerindeki değişmelerin telafisi için) kanuni faizin uygulanması gerektiği kabul edilebilir (bkz. ÖZ 1998, s.173).

¹²⁶ Yapılan aynı yatırımların (depolama sisteminin kurulması, makinelerin montajı, bina inşaatı, çevre düzenlenmesi vs.), bayinin taşınmazı üzerinde yapılmasından bahisle doğrudan kazandırma sayılacağından şüphe yoktur.

(*sunk costs*) vasfı taşıması mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, bu yatırımlar büyük ölçüde o ilişki dikkate alınarak (*ilişki spesifik*) yapılmıştır. İlişkinin son bulması halinde ise bayi açısından ekonomik değeri olmayabilir. Altyapı yatırımları ve teçhizat, bu kapsamın dışında olmakla birlikte, dağıtım şirketinin marka ve logolarını taşıyan donanımı bu kabilden sayabiliriz. İşte bu yatırımlar nedeniyle bayinin gerçekten zenginleştiği söylenemez. Bu durumda iadenin kapsamı, dağıtım şirketinin fakirleştiği tutardan çok daha düşük olabilecektir.

3.1.3.2. Rekabet Hukuku Alacak Hakkını Talep Etmeye Engel Oluşturur mu?

Yine iadenin kapsamı ile ilgili olarak, dağıtım şirketinin bayiye, yüksek tutarlı bir eda davası açacağını beyan eden bir ihtar göndermesi acaba rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen fiili durum sayılabilir mi? Kılavuz'un 37. paragrafında belirtilen bu kaygı, Görüş'te de ifadesini bulmuştur¹²⁷. Nitekim Avrupa Birliği hukukundaki Repsol kararında da bu kaygının ön planda olduğu ve bu nedenle de Repsol'un verdiği taahhütleri çeşitli defalar uyarladığı görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere¹²⁸ bu karara konu olayda yapılan kazandırmaların tasfiyesi ulusal hukuka bırakılmamış, Komisyonun soruna müdahil olması ile, bayiler tarafından ödenecek tutarın nasıl hesaplanacağı hususunda bir hesap yöntemi oluşturulmuştur.

Bu esasen yerinde bir kaygıdır. Bayinin finansman yapısına göre, yapılan yatırım tutarının kısmen dahi iadesinin talep edilmesi, bayinin ekonomik açıdan zorlanmasına sebebiyet verebilir. Bu durumda ise, 18.9.2010 sonrasında bayinin gerçekte aynı dağıtım şirketi ile devam etme iradesi olmasa bile, bu ekonomik yükün altına giremeyeceği için ilişkiye devam edebilir. Tabiatıyla bu, Kurul kararlarıyla varılmak istenen sonucu sekteye uğratabilecektir. Peki, bu gibi durumlarda Kurul müdahale edebilir mi? Fikrimizce çok istisnai haller dışında bu kabul edilmemelidir. Kurul ancak dağıtım şirketi ile bayinin

¹²⁷ Görüş'te yer alan açıklama aynen şu şekildedir: "İntifa sözleşmesi karşılığında dağıtıcı şirket tarafından bayiye yapılacak yatırımın tutarı ve geri dönüş süresi de; beş yılın sonunda bayinin bayilik sözleşmesini sona erdirmesini engellemeyecek şekilde belirlenmelidir. Örneğin bayiye gerekli olandan yüksek miktarda kredi ya da borç verilmesi ve beş yılın sonunda bu bedellerin bayiden talep edilerek bayinin sözleşmesini sona erdirmesinin engellenmesi ya da zorlaştırılması, duruma göre "fiili bir engel" olarak nitelendirilebilir. Böyle bir durumda söz konusu bedellerin beş yılın sonunda talep edilmesi gibi yükümlülükler, 2002/2 sayılı Tebliğ'in açıklanmasına ilişkin kılavuzun 37. paragrafında belirtilen anlamda, bayinin rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen fiili bir durum olarak nitelenebildiği surece geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca asıl olan; anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren her beş yılın sonunda, bayinin mevcut anlaşmayı sonlandırmak ya da yeniden müzakere ederek azami beş yıllık bir süre için yenilemek konusundaki özgür iradesinin tam olarak ortaya konulabilecek olmasıdır."

¹²⁸ Bkz. 2.2.2.

sözleşmenin süresinden önce herhangi bir nedenden dolayı sona ermesi halinde yapılacak ödemeler konusunda yaptıkları bir protokolün veya dağıtım şirketinin salt baskı altına amaçlı eylemlerinin¹²⁹ olması halinde müdahale edebilir. Yoksa dağıtım şirketinin yaptığı kazandırmaları, zaten kendisi açısından pek de elverişli olmayan sebepsiz iktisap yoluyla talep ettiği bir durumda, bunun Rekabet Hukuku engeline takılması söz konusu olmamalıdır¹³⁰. Dağıtım şirketi, kazandırmayı bayiden talep edecek ve eğer bayiyle tutar konusunda uyuşma olmazsa, dava yoluna gidecektir. Dağıtım şirketinin dava açtığı bir ihtimalde Kurulun bu işleme yaptırım uygulaması; mesela RKHK'nin 9. maddesine göre bir karar olması söz konusu değildir¹³¹. Bu Anayasa ile teminat altına alınmış hak arama özgürlüğüne (m.36) aykırı olduğu gibi, RKHK'nin 56. maddesiyle de çelişkili olur.

İktisadi açıdan da bu yaklaşımın olumsuz bazı yansımaları vardır. Sebepsiz zenginleşme taleplerine olası bir müdahale, dağıtım şirketlerinin (bu içtihatlar nedeniyle) zaten olumsuz etkilenen yatırım yapma güdülerini ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bu sadece akaryakıt değil, diğer tüm sektörleri olumsuz etkileyebilir. Daha da önemlisi, kazandırmayı iade ile yükümlü olmayan bayiler için bu durum sözleşmeyi sonlandırma yönünde güdü yaratacak ve/veya bu dağıtım şirketlerine karşı (pazarlık sürecinde) ilave bir koz olarak kullanılacaktır. Bu ise kaynak tahsisinde etkinsizliğe neden olacaktır.

3.1.3.3. Zamanaşımı Sorunu

Nihayet tartışma konusu yapılabilecek bir konu da, zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağıdır. Bu konu, inceleme konusu ihtilaflar açısından özellik arz etmektedir. Kısaca açıklayalım. Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı, davacının geri alma hakkının varlığını öğrenmesinden itibaren 1 sene (sübjektif

¹²⁹ Bkz. mesela 12.1.2010 T. ve 10-04/52-26 sayılı Total Başol Kararı

¹³⁰ Kanun, sebepsiz iktisap davasında iadenin kapsamı sınırlandırdığı gibi (elde kalan savunması - BK.m.63-, masrafların talebi imkânı -BK.m.64- hakkaniyet sınırlaması vs.), yukarıda bahsettiğimiz aynen yardım gibi bir kurguda somut olayın özelliği gereği dağıtım şirketi fakirleştiği tutarın tamamını (zenginleşmenin daha az olması nedeniyle) talep edemeyecektir. Dolayısıyla somut bir olayda, hukuken iadeye tabi iade tutarı zaten Kılavuz'un 37. maddesinde bahsedilen türden bir fiili engel sayılmayacaktır. Sayılsa bile biz artık burada Rekabet Hukukundan doğan bir müdahale olmaması gerektiğini düşünüyoruz.

¹³¹ Bu kurguda Kurul dava açılmasını bir ihlal olarak nitelendirip, dağıtım şirketine dava açmaktan kaçınması ya da talep ettiği alacak tutarını uyarlamasını emreden bir yazı gönderecek; dağıtım şirketi buna uygun davranmazsa soruşturma açacaktır. Soruşturma neticelendiği durumda ise, idari para cezası verilecektir. Tabi burada mahkeme talep edilen tutar hükmederse o zaman Kurul kararının durumu ne olacaktır? Dolayısıyla pratik açıdan da aksi çözümün benimsenmesi mümkün gözükmemektedir. Kurul hiçbir şekilde dağıtım şirketinin dava açmasına engel olabilecek bir müdahalede bulunamaz. RKHK sadece sözleşme özgürlüğüne müdahale etmektedir, yoksa hak arama ve dava açma özgürlüğüne değil.

ve nispi)¹³² ve her durumda hakkın doğduğu tarihten itibaren 10 sene (mutlak ve objektif) içerisinde zamanaşımına uğrar (BK.m.66). Olağan bir sebepsiz zenginleşme kurgusunda hak sahibi zenginleşme olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte ya da bundan sonra zenginleşeni ve kapsamını öğrenir. Oysa akaryakıt dağıtım sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda geçersizlik gelecekteki belirli bir tarihte gerçekleşeceği için, hak sahiplerinin öğrenme tarihi de ilişkinin sona ermesinden önce bir tarihe tekabül etmektedir. Eğer öğrenme anı esas alırsa, bu durumda zamanaşımı süresinin, henüz ilişki sona ermeden dolması riski söz konusudur.

Peki, bu risk gerçekçi midir? Yani mesela akaryakıt istasyonu sahibinin kendisine karşı açılan sebepsiz iktisap davasında, davacının öğrenme anının 1. Daire Görüşü'nün yayımlandığı tarih (veya üçüncü dönem Kurul kararlarının tarihi) olduğunu iddia ederek, 1 senelik zamanaşımı süresinin dolduğu yolunda bir defa ileri sürebilir mi? Netice itibarıyla pekâlâ dağıtım şirketi ilişkinin 18.9.2010 tarihinde geçersiz olacağını ve başlangıçta yapılan yatırımların sebepsiz hale geldiğini (basiretli tacir olarak) öngörebilir. Mahkemeler bu tür bir savunma (defi) karşısında nasıl karar vermelidirler?

Bu kaygı yerinde olmakla birlikte, zamanaşımı süresinin ilişki sonlanmadan başlamayacağını düşünüyoruz. Bize göre zenginleşme, ilişkinin geçersiz olduğu andan önceki bir zamanda gerçekleşmemektedir. Bu an ise, en erken 18.9.2010 tarihidir. Dolayısıyla örneğin Kurulun bu sözleşmeler ile ilgili politikasının ana hatlarını açıklayan 12.3.2009 tarihli duyuru, öğrenme anına (ve dolayısıyla 1 senelik sürenin başlangıcına) esas oluşturmaz. Zira bu tarihte sözleşmeler geçerlidir ve zenginleşme şartı gerçekleşmemiştir. Zenginleşme gerçekleşmeksizin, zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz¹³³. Nihayet tüm sözleşmeler açısından bireysel muafiyet olasılığı bulunduğu göre, 18.9.2010 tarihinde bile süre kendiliğinden işlemeye başlamaz. Sürenin Kurul tarafından verilecek bir bireysel muafiyet talebinin reddi kararından itibaren işlemeye

¹³² Davacının dava açma hakkını kesin olarak bilmesi gerektiği gibi, zenginleşen kişinin kimliğini, zenginleşmenin kendisine ait olduğunu ve nihayet haksız zenginleşmenin miktarını fiilen bilmesi de şarttır (EREN 2001, s.894; OĞUZMAN ve ÖZ 1998, s.765; ÖZ 1998, s.177; krş. SEROZAN 2009, s.384).

¹³³ Zenginleşme olgusu gerçekleşmeden, öğrenme anında zamanaşımı süresinin başlayacağını kabul ettiğimizde, hukukten kabul edilemez bazı sonuçlar doğabilir. Farz edelim ki taraflar 12.3.2009 tarihinde sözleşmelerin sona ereceğini ve kendilerinin de iade ile yükümlü olduğunu öğrenmiş olsunlar. Bu durumda süre 12.3.2010 tarihinde sona erecektir. Dağıtım şirketinin de 12.3.2010 tarihinden önce dava açması gerekmektedir. Peki, bu durumda zenginleşme gerçekleşmiş midir? Hayır. Ortada henüz dava konusu yapılabilecek bir zenginleşme yoktur zira henüz sözleşme geçerlidir. Bu durumda dava açılmaz. Dolayısıyla öğrenme, en erken zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren zamanaşımı süresine esas teşkil edebilir.

başlayacağını düşünüyoruz¹³⁴. Zira bu karara kadar sözleşmelerin geçersizliği “olasılık”tan ibaret olduğuna göre, kesin öğrenme şartı gerçekleşmiş kabul edilemez. Nihayet bireysel muafiyet ihtimalinden bağımsız olarak¹³⁵, ilişkiler anılan tarihte (veya 18.9.2005 tarihinden daha sonra kurulanlar 5 senelik sürelerin dolmasıyla birlikte) geçersiz hale gelecek olmakla birlikte, mutlaka sonlanmayacaktır. Yani Kurul kararları, her ilişkinin 5 senelik maksimum süreye sahip olacağını söylememektedir. Taraflar pekâlâ 5 senenin sonunda ilişkiye devam edebilecekleri için, henüz 5 sene dolmadan zenginleşmenin gerçekleştiğini ve dağıtım şirketlerinin durumu “kesin” öğrendiğini ileri sürmek¹³⁶, aynı zamanda kâhin olmayı gerektirir¹³⁷.

¹³⁴ Burada da karşımıza iki olasılık çıkacaktır. Taraflar sözleşmelerini Kurum’a bildirmiş olabilirler. Bu durumda sorunun çözümü yukarıdaki gibidir. Peki başvurmamışlarsa? Bu ihtimalde dahi sözleşmelerin otomatik olarak geçersiz olmayacağını düşünüyoruz. Fakat eğer taraflar tasfiye sürecine girmişlerse, bu durumda pratik olarak sürenin 18.9.2010 tarihinde başlayacağını kabul etmek gerekir. Bunun nedenine gelince, 18.9.2010 tarihinde bayinin devam etmeme yönünde iradesi nedeniyle, tasfiye sürecine girildiğini varsayalım. Eğer dağıtım şirketi bireysel muafiyet talebinde bulunmayıp, bir seneden fazla bir süre geçtikten sonra mesela 18.10.2011 tarihinde sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir dava açmışsa, bireysel muafiyet itirazı yapılamaz. Burada bayi/malik zamanasını defî ileri sürdüğü zaman, dağıtım şirketi buna karşılık olarak ilişkinin bireysel muafiyet koşullarını taşıdığını ileri süremez. Zira kendisi sebepsiz iktisap davası açmakla, sözleşmenin 18.9.2010 tarihinde geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Keza 18.9.2010 tarihinden itibaren uzun bir zamanın geçmesini bekleyip bireysel muafiyet başvurusu yaparsa, yine burada hakkın kötüye kullanılması kuralının işletilmesi düşünülebilir. İlişkinin geçersizliği ihtimalinin bu kadar yüksek olduğu bir senaryoda, dağıtım şirketinin ilişkinin zaten geçerli olduğunu düşünerek geç bir tarihte bu tür bir başvuru yapmasını hukuken himaye etmek anlamlı değildir. Pratikte de bunun gerçekleşeceğini düşünmüyoruz.

¹³⁵ Billhassa Kurul kararları ışığında pratikte bireysel muafiyet alma olasılığının düşük olduğunu kabul edebiliriz. Yukarıdaki senaryo daha ziyade bu ihtimale ilişkindir.

¹³⁶ Gerçi şunu da belirtelim bireysel muafiyet olasılığını bir kenara bırakırsak, taraflar ilişkinin 18.9.2010 tarihinde geçersiz olacağını bilmektedirler. Taraflarda devam etme iradesi olsa bile, artık bu taraf iradeleri ile yenilenen bir sözleşmedir. Dolayısıyla denilebilir ki, yenileme sonucunda yeni bir sözleşme ortaya çıktığına göre tarafların devam iradesine sahip olması, sebepsiz iktisap alacağının doğumuna engel oluşturmaz. Yani dağıtım şirketinin ilk sözleşmeden doğan bir alacak hakkı vardır. Bu durumda herhalde yenileme ile birlikte, dağıtım şirketinin bu haktan feragat ettiğini kabul etmek gerekir. Fakat bu teorik mülahazaya rağmen bize göre zamanasını süresinin başlangıcı açısından, yenileme ihtimali kesin öğrenme şartının gerçekleşmemesine neden olmaktadır.

¹³⁷ Dolayısıyla sebepsiz iktisap davasında olası bir zamanasını defî açısından risk, istasyon malikinin kesin olarak 18.9.2010 tarihinden itibaren ilişkiye devam etme iradesine sahip olmadığını dağıtım şirketine ihbar etmesi halinde söz konusu olabilir. Zira bu kurguda ilişkiye tarafların anılan tarihten sonra devam etmeyecekleri ve pratik olarak bireysel muafiyet alma olasılıklarının da bulunmadığı söylenebilir. Gerçi şunu da belirtelim, bu ihtimalde dahi halen bireysel muafiyet olasılığı mevcuttur. Çünkü muafiyet, yeniden satıcı tarafın iradesinden bağımsız olarak, ilişki şartları taşıyorsa uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla pekâlâ dağıtım şirketi (ihtilafın olduğu somut) ilişkinin bireysel muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığına dair Kuruma bir başvuru yapabilir. İlişki şartları taşıyorsa Kurul muafiyet kararı vereceği için, yeniden satıcı bayi

Bir an için zamanaşımı süresinin 12.3.2009 tarihinden itibaren başladığını düşünelim. Bu durumda 5 senelik ilişki dolmadan (yani 18.9.2010 tarihi gelmeden), dağıtım şirketleri zamanaşımı riskini bertaraf etmek amacıyla sebepsiz iktisap davası açacaklardır. Davaların açılması ise, arzu edilmeyen bazı sonuçlar doğuracaktır. Bir kere davanın açıldığı bir kurguda, dağıtım şirketi ile istasyon arasındaki ticari ilişki sekteye uğrayacaktır. Taraflar, aralarında yargılama devam ederken, ticari ilişkiyi verimli bir şekilde yürütemezler. Dolayısıyla iktisadi açıdan ilişkiye devam etme iradesine sahip olan taraflar, sırf bu nedenle ilişkilerini sonlandırabilirler¹³⁸.

İkinci bir husus ise, arzu edilenin (ve bu durumun) tam aksine, talep edilen alacak tutarının, bayinin üzerinde bir baskı unsuru oluşturma ihtimalidir. Eğer bu davalar, zamanaşımı kaygısı nedeniyle ilişkinin hukuken sonlanmasından önce açılacak olursa, talep tutarından ötürü bayilerin olağan şartlarda devam etmeyecekleri ilişkiye devam etme hususunda güdüleri olabilir¹³⁹. Bu ise, Rekabet Kurulu kararları ile istenilenin tam aksine neticeler doğurur. Dolayısıyla bayi ve dağıtım şirketlerinin iktisadi açıdan (daha) doğru kararlar vermeleri açısından da zamanaşımı süresinin ilişkinin sonlanmasından sonraki bir dönemde başlamış olması isabetli gözükmektedir.

Özetle, zamanaşımı süresi hiçbir şekilde 18.9.2010 tarihinden önce başlamayacaktır. Zira bu tarihten önce ilişkinin bireysel muafiyet alma ve/veya devam etme olasılığı bulunduğu için, henüz “kesin öğrenme” şartı dağıtım şirketi açısından gerçekleşmez. Dolayısıyla 1 senelik süre en erken 18.9.2010 tarihinden itibaren başlar. Fakat bu tarih bile, tarafların ilişkiye devam etme ve bireysel muafiyet imkanı nedeniyle 1 senelik sürenin başlangıcına esas olmaz. Burada ikili ayırım yapmak gerekir. Taraflar ilişkiye devam ediyorsa, ortada halen bir zenginleşme olmadığı (ve olup olmayacağı da belli olmadığı için) süre işlemeye başlamaz. Eğer taraflar ilişkiyi sonlandırmışlarsa, bu durumda

rekabet hukuku nedeniyle ilişkiyi sonlandıramayacak, olsa olsa olağanüstü fesih yoluna gidebilecektir. Bu itibarla, bu gibi kurgular açısından zamanaşımı riski, dağıtım şirketinin Kuruma bireysel muafiyet yapması ile tamamen bertaraf edilebilir. Fakat tekrar belirtelim, burada da sübjektif zamanaşımı süresi 18.9.2010 tarihinden önce başlamamaktadır. Zira ne olursa olsun, bu tarihten önce dağıtım şirketinin geçersizlik ve zenginleşme konusundaki bilgisi kesinliğe değil, bir olasılığa dayanmaktadır.

¹³⁸ Bir başka olasılık ise, dağıtım şirketinin (özellikle ilişkiye devam etme niyetindeyse) bayi ile olan ticari ilişkiyi bozmamak kaygısıyla, dava açmaktan imtina etmesidir. Zira dava açtığı bir kurguda, ilişkiye devam niyeti olsa bile pekala bayi fikrini sırf davanın açılmış olması nedeniyle değiştirecektir.

¹³⁹ Dağıtım şirketlerinin sebepsiz iktisap davası açmalarının rekabet hukuku engeline de takılmayacağını kabul ettiğimiz için, (bkz. 3.1.3.2) bu davaların ilişki üzerinde çift yönlü olumsuz etkileri olacaktır.

18.9.2010 tarihi itibarıyla geçersizliğin söz konusu olduğunu söyleyebiliriz¹⁴⁰. Zamanaşımı süresinin ise, ancak bu tarihten itibaren başlaması söz konusu olacaktır¹⁴¹. Buna karşılık dağıtım şirketi ilişkiyen devam etme arzusunda ise ve ilişkinin de muafiyet koşullarını taşıdığı düşünüyorsa, bireysel muafiyet başvurusunda bulunmalıdır. Böyle bir durumda ise zamanaşımı süresi ancak Kurulun bu talebi reddettiği andan itibaren işlemeye başlar.

3.2. Üçüncü Dönemden Sonra Kurulan Dikey İlişkiler

Bu dönemde kurulan dikey ilişkilerin özelliği, tarafların süre konusundaki Kurul içtihatlarını ve uzun süreli sözleşmelere karşı olası hukuki yaklaşımı biliyor

¹⁴⁰ İlişki fiilen sonlandırılmış ve bireysel muafiyet başvurusunun reddedilmişse (veya böyle bir başvuru yoksa), bu durumda geçersizlik 18.9.2010 tarihinden itibaren başlar ve her durumda objektif zamanaşımı süresi bu andan itibaren işlemeye başlar ve 18.9.2020 tarihinde sonlanır.

¹⁴¹ Burada ise çeşitli olasılıklar söz konusu olabilir. İlk olasılık, tarafların ve özellikle dağıtım şirketinin ilişkinin bireysel muafiyet alamayacağını bilmesi ve bu nedenle geçersizlik konusunda kesin bir yargıya sahip olmasıdır. Bu ihtimalde artık süre 18.9.2010 tarihinde başlayacaktır. İkinci olasılık, istasyon sahibinin iradesi nedeniyle tarafların ilişkiye devam etmemeleri durumudur. Bu durumda ilişkinin fiilen son bulması, ancak bireysel muafiyet şartlarını taşımaması halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla dağıtım şirketi eğer ilişkiye devam etmek niyetindeyse, bu durumda ancak bireysel muafiyet şartları var ise bu iradesi hukuken geçerlilik kazanacaktır. Bu noktada en uygun yaklaşım ise dağıtım şirketinin ilişki son bulmadan evvel bayilik ve intifa sözleşmelerini Kuruma bildirmesidir. Kurul kararı verilmeye kadar dağıtım şirketi geçersizliği ve zenginleşmenin gerçekleştiğini “kesin” olarak bilmeyeceği için bu durumda zamanaşımı süresi (ilişki muafiyet talebinin reddedilmesinden dolayı 18.9.2010 tarihinde geçersiz olsa bile) Kurulun red kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır. Burada ilginç bir olasılık tabi dağıtım şirketinin bireysel muafiyet başvurusunda bulunmamasıdır. Yukarıda bu gibi kurguda açılan sebepsiz iktisap davasında, istasyon malikinin zamanaşımı defni ileri sürmesi karşısında ilişkinin bireysel muafiyet kapsamında olduğunu itiraz olarak ileri süremeyeceğini belirtmiştik. Zira bu çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturur. Peki dağıtım şirketi sözleşmeye dayalı alacak davası açarsa ne olacaktır? Burada da çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Bir kere dağıtım şirketinin bu davayı 18.9.2010 tarihinden çok geç bir tarihte açmamalıdır. (bu teorik olasılığı) Pratik olarak düşündüğümüz zaman 18.9.2010 tarihinden geç olmayacak bir tarihte istasyon maliki dağıtım şirketi ile yeni bir sözleşme yapmak istemediğini beyan edecek, dağıtım şirketi ise (eğer sözleşmenin geçerli olduğunu düşünüyorsa) bu ihtar cevaben sözleşmenin geçerli olduğunu zira bireysel muafiyet kapsamında olduğunu ve dolayısıyla da sözleşmeden doğan borcuna riayet etmesi gerektiği ihtar edecektir. Kurul kararları çerçevesinde (her ne kadar bireysel muafiyet başvurusu yapma yükümlülüğü yoksa da) dağıtım şirketinin bu aşamada derhal Kuruma başvuru yapması tavsiye edilir. Eğer yapmamışsa, ilişkinin fiilen sonlanması üzerine ise, dağıtım şirketi alacak davası açacaktır. Bu davada ise istasyon maliki Kurul kararları ve Daire Görüşü'nü gerekçe göstererek ilişkinin anılan tarihten itibaren geçersiz olduğunu itiraz olarak ileri sürecektir (veya ileri sürmese bile hakim tarafından resen gözetilecek) ve davanın reddini talep edecektir. Dağıtım şirketi de ilişkinin bireysel muafiyet kapsamında olduğu savunma olarak ileri sürecektir. Mahkeme bu iddiayı değerlendirme iktidarına sahip olmadığı için, sorunu (takdirine göre) bekletici mesele yapacak ve ihtilaf konusu sözleşmeleri Kuruma gönderecektir. Kurumun red kararıyla birlikte sözleşme 18.9.2010 tarihinden itibaren geçersiz kabul edilecek, ama sübjektif zamanaşımı Kurumun red kararından itibaren başlayacaktır.

olmalarıdır. Bu bağlamda artık sözleşmelerin uzun süreli olarak akdedilmesi ihtimali zayıftır. Bu nedenle de, yukarıda bahsedilen geçersizlik, sebepsiz iktisap ve işlem maliyetlerine dair sorunlar bu evrede görülmeyecektir. Bu dönemden sonra kurulan dikey ilişkilere dair iki sorundan bahsedebiliriz.

İlk sorun, dağıtım şirketlerinin bundan böyle uzun süreli intifa sözleşmesi akdetme imkânlarının zayıflaması nedeniyle, dağıtım sisteminin yenilenmesi sorunudur. Tabiatıyla sorun olan yenilemenin kendisi değil; bunun neden olacağı belirsizliktir. Bilhassa sözleşmelerin halen bireysel muafiyet alma olasılıklarının varlığı, dağıtım şirketlerinin uzun süreli sözleşmeler akdederek Kuruma başvurmalarına yol açacaktır ki bunun olası sonuçlarını aşağıda ele alıyoruz¹⁴². Bu durumda akaryakıtın ne şekilde dağıtılacağı, bunun hukuki esasları yakın dönemde Kurul tarafından verilecek kararlar ile netleşecektir.

İkinci sorun ise dağıtım şirketlerinin yatırım yapma güdülerinin olumsuz etkilenmesidir. Bu, sözleşmelerin 5 sene süre ile sınırlanmasının doğal neticesi olarak görülmelidir. Bunun istasyon malikleri açısından sonucu, gereken altyapı ve donanım maliyetlerinin yükselmesidir ki bu son tahlilde istasyon kurulmasının maliyetlerini arttırabilir¹⁴³. Muhtemelen buna bağlı olarak daha az istasyon kurulacak¹⁴⁴, kurulan istasyonlardaki altyapı ve donanım kalitesi de düşebilecektir. Bunun ise tüketici refahını olumsuz etkilemesi riski vardır¹⁴⁵.

4. GELECEK (DÖRDÜNCÜ) DÖNEM HAKKINDA ÖNGÖRÜLER

4.1. Dördüncü Dönem Kararları

Üçüncü dönemde verilen kararlar, 18.9.2010 tarihinden itibaren akaryakıt dağıtım sektöründe yeni bir döneme girileceğine işaret etmektedir. *Dördüncü dönem* olarak adlandırabileceğimiz bu dönemde, Kurulun sektörde oluşan belirsizliği giderecek tarzda düzenlemeler yapması veya en azından kararlar

¹⁴² Bkz. 4.

¹⁴³ Tabiatıyla burada yapılan zımnî varsayım, kredi piyasalarının etkin bir şekilde işlemediğidir ki bunun tartışılabilir olduğunu kabul ediyoruz.

¹⁴⁴ Belki de daha doğru bir ifade her sene açılan istasyon sayısında bir azalmanın olması yani piyasanın büyüme hızının yavaşlamasıdır.

¹⁴⁵ Bunun her durumda tüketici refahını olumsuz etkilediğini iddia etmiyoruz. Zira daha az kaliteli altyapı ve donanım olsa bile, son tahlilde bunun ürün fiyatına yansıtacağı kabul edilebilir. Daha ucuz ürün ve kalitesiz istasyon ikileminde pekala tüketicilerin önemli bir kısmı ilkin tercih edebilir. Bu tüketicilerin bu parametrelerden hangisini daha çok değerledikleri ile ilgilidir. Ama belirtmek gerekir ki (kartelleşme gibi bir olgu yoksa) mevcut durumda istasyon yatırımının bu seviyede yapılması, (eğer dağıtım şirketleri rasyonel davranıyorlarsa) tüketicilerin ikincisine de en az ilki kadar değer attiklerinin işaretidir. Diğer taraftan istasyon sayısının azalması da, optimum istasyon sayısını bilmediğimize göre başlı başına olumsuz bir durum değildir.

alması gerekmektedir. Burada ideal olan, daha önce de belirttiğimiz üzere¹⁴⁶ aynen otomotiv sektöründe olduğu gibi, sektöre özgü bir düzenleme yapılmasıdır¹⁴⁷. Ama şu ana kadarki uygulamalar, Kurulun bu politika tercihinde bulunmadığını göstermektedir. Dolayısıyla Kurul vereceği kararlar belirsizliğin giderilmesinde temel rolü oynayacaktır.

Nitekim 2010 yılı başından bu yana Kurul bu belirsizliği azaltacak bazı kararlar vermiştir¹⁴⁸. Bu makalenin hazırlandığı esnada henüz sadece iki gerekçeli karar yayımlandığı için, bu kararlarda benimsenen ilkelerin, gelecek dönemde ne ölçüde izleneceği tartışılabilir. Ama bu iki karardaki genel ifadelerden ve (henüz gerekçesi yayımlanmayan) diğer kararların sonuç kısımlarından anlaşıldığı üzere, Kurulun ikili bir ayırım yaptığı ve bundan sonraki politikasını bu ikili ayırım üzerinde inşa edeceği söylenebilir.

Bu konuda ilk verilen karar Opet-Mehmetçik kararıdır¹⁴⁹. Opet ve Mehmetçik İnşaat, 15 sene süreli bayilik ve kira sözleşmelerinden oluşan dikey ilişkiyi Kuruma bireysel muafiyet için bildirmişler ve Kurul dikey ilişkiye 10 sene süre ile bireysel muafiyet vermiştir. Kurul ilk tespit olarak sözleşmenin Tebliğ'in izin verdiğinden daha uzun süreye sahip olması nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin kapsamının dışında olduğunu tespit etmiş ve bireysel muafiyet analizine geçmiştir. Analizin ilk koşulu açısından Kurul, yeni ürün veya üretim tekniklerinin bulunmasına imkan vermeyen akaryakıt dağıtımında, sadece yapılan yatırımın büyüklüğü nedeniyle bir etkinlikten bahsedilebileceğini belirtmiş ve bu konuda mehzadaki uygulama ve doktrine atıfta bulunmuştur.

Kurul, yeni istasyon kurulacak olması nedeniyle dağıtım şirketinin ilişkiye özgü bazı yatırımlar yapacağı ve bunun da arazinin değerlendirilmesi, istihdam sağlanması ve Mehmetçik İnşaat'ın piyasaya girmesine imkân vereceği gerekçeleriyle 5/2.a. maddesi şartının yerine getirildiği tespitini yapmıştır. Tüketicinin bu sınırlamalardan sağladığı yarar ise, bölgede yeni bir istasyonun faaliyet göstermesi ve finansman sayesinde daha kaliteli ve güvenli hizmetin sunulmasıdır. Kurulun analizinde belirleyici olan ise, 5/2.c maddesindeki değerlendirmedir. Kurul benzer nitelikleri dağıtım ağları nedeniyle ortaya çıkabilecek piyasa kapama etkisinden bahsetmiş, ama burada piyasa payı temelli

¹⁴⁶ GÜRZUMAR ve SANLI 2009, s.576

¹⁴⁷ Bkz. 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ, 12.11.2005 T. ve 25992 sayılı RG.

¹⁴⁸ Bkz. 31.3.2010 T. ve 10-27/410-156 sayılı BP-Akata Petrol Kararı, 31.3.2010 T. ve 10-27-408-154 sayılı Petrol Ofisi-Öz Petrol Kararı; 18.3.2010 T. ve 10-24/338-122 sayılı Total Kararı; 25.2.2010 T. ve 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik Kararı; 25.2.2010 T. ve 10-19/229-87 sayılı Delta Petrol Kararı

¹⁴⁹ 25.2.2010 T. ve 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik Kararı

bir yaklaşımdan ziyade, yapılacak yatırımın mahiyetini esas alan bir değerlendirmenin tercih edileceğini belirtmiştir. Bu çerçevede, yalnızca “ilk kez kurulacak istasyonlar” bakımından ve “istasyona özgü yatırımın dağıtıcı tarafından üstlenildiği” hallerle sınırlı kalmak kaydıyla 5 yılı aşan süreler bakımından muafiyet tanınabilir. Bu durumda ortaya çıkacak kümülatif etki, piyasanın rakiplere ya da yeni girişlere kapanmasına sebebiyet vermeyecektir. Son şart açısından ise Kurul tarafların talep ettiği 15 senelik sürenin, yapılan yatırımın amorti edilmesi için gerekli olmadığını, bunun için 10 senelik sürenin yeterli olabileceğini belirtmiştir¹⁵⁰.

Fakat karar aynı zamanda bir “koşul” (şart) içermektedir¹⁵¹. Buna göre, 5. seneden sonra, bayinin ilişkiye özgü yatırımın kalan tutarını tazmin etmesi kaydıyla sözleşmeyi feshetmesine imkan veren bir sözleşme hükmü konulması şartıyla muafiyet verilmiştir. Bu şekilde hem dağıtım şirketlerinin yatırım güdülerinin olumsuz etkilenmemesi sağlanmış, hem de bayinin makul bir süreden sonra ilişkidenden kurtulması imkânı teminat altına alınmıştır.

Bu konudaki diğer karar, Delta Akaryakıt ile muhtelif bayiler arasındaki sözleşmelerin bildirilmesi üzerine alınmıştır¹⁵². Burada kira yerine intifa sözleşmesi yer almakta ama bildirim konu sözleşmeler ve buna temel olan ekonomik ilişkiler büyük paralellik arz etmektedir. Kurul 15 sene süreli olan sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışında kaldığını tespit ettikten sonra, doğrudan bireysel muafiyet analizine geçmiştir. Bu analiz ise, bir önceki Opet-Mehmetçik İnşaat kararındakiyle tamamen örtüşmektedir. Kurul burada da aynı gerekçeler ile aynı sonuca varmıştır. Dolayısıyla sözleşme bayiye, dağıtım şirketinin ilişkiye özgü yatırımın kalan kısmını tazmin etmesi suretiyle fesih hakkı vermesi şartıyla, 10 sene süre ile bireysel muafiyet olacaktır.

İkinci kararın bir özelliği, dağıtım şirketinin yeni ve piyasa payı itibarıyla küçük bir teşebbüs olmasıdır. Kurul buna rağmen ayrı bir değerlendirme yapmamış, hatta bu analizin küçük ya da büyük tüm dağıtım şirketleri açısından uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Dolayısıyla bu iki

¹⁵⁰ Taraflar anlaşma ile kurulacak olan istasyona yapılacak yatırım tutarının, işletme giderleri düşülmek suretiyle sıfırlanabilmesi için, istasyonun bir bayi tarafından Opet markası altında asgari beş yıl üç ay süre ile işletilmesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Buna karşılık anlaşma süreleri 15 senedir. Kurul bu yatırımların dahi bir kısmının ilişkiye özgü olmadığını, kalan 10 senelik sürenin neden gerekli olduğu hususunda tatmin edici bir açıklamanın yapılmadığı gerekçeleriyle bu süreyi gereğinden uzun bulmuştur. Dolayısıyla Kurul’a göre 15 sene, somut olayda rekabetin gereğinden fazla sınırlanması anlamına gelmektedir.

¹⁵¹ Kurul, tarafların iradesi yerine geçerek sözleşmeye müdahale edemeyeceğine göre, bu uygulama ancak bireysel muafiyete eklenecek bir şart vasıtası ile sağlanabilir. Kurul, tarafların sözleşmeye fesih imkânı öngören bir hüküm koymaları şartıyla bireysel muafiyet vereceği kararını verirse, taraflar da (dilerlerse) sözleşmelerini bu şekilde uyarlayacaklardır.

¹⁵² Bkz. 25.2.2010 T. ve 10-19/229-87 sayılı Delta Akaryakıt Kararı

karar çerçevesinde 10 senelik bireysel muafiyetin ancak yeni kurulacak istasyonlar için, ilişkiye özgü yatırımların varlığı halinde verileceği söylenebilir. Kurul muhtemelen Repsol kararından etkilenecek, ayrıca sözleşmelerde *dönme cezası* hükmüne yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵³. Fakat Repsol kararından farklı olarak burada ödenecek tazminat tutarının ne şekilde hesaplanması gerektiğine ayrıntılı ilkeler öngörmemiş, sadece “*ilişkiye özgü yatırımın kalan tutarı*” ölçütünü öngörmüştür. Dolayısıyla muhtemelen bu cezanın çok ağır olması ya da bu tutardan çok yüksek olması halinde muafiyet alma olasılığı düşecektir. Esasen sözleşmenin Kurul önüne geleceği ve bu hükme (ya da şarta) dair yapılacak denetim sonucunda muafiyet alacağı dikkate alınır, ayrıntılı bir karar verilmesinin de gerekli olmadığı söylenebilir.

Bu kararlar ışığında yeni kurulacak bir istasyon söz konusu değilse, bayi ile yapılacak 5 seneden daha uzun sözleşmelerin bireysel muafiyet alması güç gözükmektedir. Muhtemelen yapılan yatırım ve sözleşmeyi çevreleyen piyasa şartları dikkate alınmaksızın, sözleşmelerin süresinin 5 sene olması gerektiğine hükmedilecektir.

4.2. Dördüncü Dönem Kararları Hakkında Kısa Değerlendirme

Dördüncü dönem kararları olarak adlandırabileceğimiz bu kararlar neticesinde, piyasada iki tip sözleşmenin yapılacağı söylenebilir. Yeni kurulacak akaryakıt istasyonları için, beşinci senede bayının tazminat ödemek suretiyle feshetme imkânına sahip olduğu 10 sene süreli sözleşmeler ve mevcut istasyon malikleri ile akdedilecek 5 senelik sözleşmeler. Muhtemelen bunlardan ilkinde mevcut ilişkilere benzer bir şekilde intifa ve bayilik sözleşmelerinden oluşan ikili sözleşme yapısı muhafaza edilecek, buna karşılık 5 senelik sözleşmeler açısından intifa sözleşmesi akdedilmeyecektir. Dolayısıyla dördüncü dönemde, hâlihazırda ekonomik faaliyet yürütmekte olan istasyon sahibi ile kurulacak dikey ilişki salt 5 sene süreli bayilik sözleşmesi olacaktır.

Bu tahminlerimizin gerçekleşeceğini varsayarsak, aslında Kurulun bir anlamda piyasayı bireysel muafiyet yoluyla “*regüle ettiğini*” söyleyebiliriz. Varılan sonuç isabetli kabul edilse bile, her şeyden önce tercih edilen yöntemin hukuken doğru olmadığını düşünüyoruz. Dağıtım şirketleri kurdukları ilişkilerde nasıl intifa hakkını işlevine yabancılaştırıyorsa, Kurul da bireysel muafiyet hükmünü bu uygulama ile amacına yabancılaştırmaktadır¹⁵⁴. Piyasanın genel kuralları ile düzenlenmesi isteniyorsa, daha önce de belirttiğimiz üzere, bunun sektörel bir Tebliğ (veya en azından Tebliğ değişikliği) ile yapılması uygun olurdu. Bireysel muafiyet, somut olayın özelliklerini dikkate alan ve anti-

¹⁵³ Repsol kararı için bkz. yukarıda 2.2.2

¹⁵⁴ Bkz. yukarıda 1.

rekabetçi etkileri ve rekabetçi yararları dengeleyen bir analiz yöntemidir. Eğer söz konusu dördüncü dönem kararları öngörümüz doğrultusunda uygulamaya yol açacaksa, bireysel muafiyet hükmü bu piyasada fiilen uygulanmamış olacaktır. Bu durumda somut olayda rekabetçi yararları nedeniyle bireysel muafiyet alması gereken ilişkiler, sırf ilkelerin dışında kaldığı için muafiyet alamama riski ile karşı karşıya kalacaktır.

Bir örnek ile somutlaştıralım. Varsayalım ki, kırsalda bulunan eski bir istasyon, yeni ve yerel bir dağıtım şirketi ile anlaşma yapacak olsun. Fakat dağıtım şirketi, istasyonun eski olmasından dolayı, güvenlik ve marka imajı kaygısı ile tamamını yıkıp yenilemek istesin. Bunun maliyetinin ise (yeni kurulacak bir istasyondan yüksek olması nedeniyle) bayinin bu tür bir yapım faaliyeti için yeteri ölçüde finansal kaynağı bulunmadığını düşünelim. Bu şartlar altında dağıtım şirketinin bu yatırımı yapabilmesi için, 5 senelik süre yeterli olmayabilecektir. Acaba bu ilişki daha uzun süre için bireysel muafiyet alabilir mi? Tarafların başvuru yapması gerekir mi? Şüphesiz bu soruların cevabı somut olayda yapılacak analiz ile verilebilir. Buna benzer nitelikte, kararlarda öngörülen ayırımın dışında kalan çeşitli kurgular düşünülebilir¹⁵⁵. Fakat Kurul bunlar için bireysel muafiyet analizi yapmaktan imtina ederse, gerçekten piyasadaki rekabeti olumsuz etkilemeyen anlaşmalar hiç kurulmayabilecektir. Bunun Rekabet Hukukunun arzu ettiği bir sonuç olduğunu düşünmüyoruz. Bu, meselenin genel kurallar ile çözümlenmek istenmesinin doğal sonucudur. Eğer bu kurallara istisna tanınırsa bu sefer, ilk planda amaçlanan sonuç gerçekleşmeyecek, belirsizlik artacak; bu da bireysel muafiyet başvurusu yapılmasına sebebiyet verecektir. Kurulun iş yükü de kaçınılmaz olarak artacaktır¹⁵⁶. Nitekim bu nedenle genel kuralların genel düzenleyici işlem ile

¹⁵⁵ Netice itibarıyla Kurul kararlarında benimsenen ölçütler, yapılacak yatırımın büyüklüğü ile doğrudan ilgili olduğu için, istasyonun yenileme maliyetlerinin yüksek olduğu her kurgu, 5 değil 10 senelik ya da belki de 7 senelik bir bireysel muafiyeti gerektirebilir. Örneğin istasyon alanı büyük olabilir veya dağıtım şirketi yeni ve pahalı bir teknoloji tatbik etmek isteyebilir. İşte tüm bu kurgularda 5 sene yeterli olmayabilir. Öte yandan tam aksi kurguları da düşünebiliriz. Mesela yeni kurulan istasyon alanı çok küçük olabilir ve yapılacak yatırım tutarı çok düşük olabilir. Bu ilişkilerin de belki de 10 senelik muafiyet almasına gerek olmayabilir. Genel ölçütler benimsenmesinin kaçınılmaz sonucu olan bu tür çelişkili durumlar, en azından dağıtım şirketlerinin yatırım güdülerini koruyacak şekilde bireysel muafiyet ile sağlanabilirdi. İşte dördüncü dönem kararlarında öngördüğümüz politik tercih yapılırsa bu imkan ortadan kalkacaktır. Bunun kaçınılmaz bir sonucu, dağıtım şirketlerinin yenilik ve yatırım güdülerinin olumsuz etkilenme riskidir. Örneğin inşaat alanı açısından daha büyük daha eski istasyonların yeni dağıtım şirketleri ile anlaşma yapma olasılıkları bu tür bir kurguda daha az olacaktır.

¹⁵⁶ Hemen belirtelim ki aslında mevcut uygulama da Kurulun iş yükünü arttırabilir. Bir kere yeni istasyonların kurulmasına vesile olan bayilik ve intifa sözleşmelerinin bireysel muafiyet için Kurul'a bildirilmesi gündeme gelecektir. Her ne kadar bireysel muafiyet için bildirim ve izin mecburiyeti yoksa da, en azından bu prensipler netleşinceye kadar çok sayıda bildirim yapılması muhtemeldir. Keza kararlarda belirtilen kapsamın dışında kalan, ama yatırım tutarı itibarıyla yeni

koyulması, buna karşılık özellikli durumların da bireysel muafiyet aracılığı ile somut olayda değerlendirilmesini öneriyoruz.

Varılan sonuç açısından ise, yapılan yatırım tutarı dikkate alınarak bireysel muafiyet verilmesini ve muafiyetin de şarta bağlanmasını olumlu bir uygulama görüyoruz. Bir olasılık olarak Kurul, bireysel muafiyeti hangi şartlar altında vereceğini daha açık bir şekilde ortaya koyabilirdi. Gerçi Kılavuz hükümleri ve daha önce içtihatlar dikkate alınınca, (belki de iyimser bir yaklaşımla) dağıtım şirketinin dönme cezasını bayinin fiilen feshetmesini engelleyecek tarzda düzenlemeyeceğini söyleyebiliriz¹⁵⁷. Fakat tabii ki salt yeni kurulacak istasyonlar için yapılan yatırımlar değil, başka bazı sözleşme ilişkileri de bireysel muafiyet almayı gerektirebilir. Bu içtihatlar çerçevesinde diğer tip sözleşmelerin muafiyet alma imkanı kalmamışsa olumlu uygulamanın sınırlı bir kapsamı olacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada yaptığımız tespitleri ve vardığımız sonuçları “*de lege ferenda*” gözlemlerimizle birlikte şu şekilde özetleyebiliriz:

- Kurulun üçüncü dönem kararları, akaryakıt dağıtım sektöründeki dikey anlaşmaların analizinde bir hatayı düzeltmiştir. Hiç şüphe yok ki, dağıtım şirketi ile bayi arasındaki dikey ilişkinin değerlendirilmesinde, intifa ve bayilik sözleşmeleri bir bütün olarak dikkate alınmalı ve her ikisi de Rekabet Hukuku kapsamında analiz edilmelidir. Bu manada Kurulun bu yaklaşımı isabetlidir. Sözleşme sürelerinin kısaltılması, Rapor’da da

istasyon kurulmasının maliyetinden daha fazla yatırım gerektiren istasyon yenilemeleri açısından da tarafların başvuruda bulunması muhtemeldir.

¹⁵⁷ Burada şu tür bir soru akla takılabilir: acaba dağıtım şirketi sektörde yapılan ortalama yatırım ölçeğinden daha yüksek bir yatırım yapmışsa ve bu tutar fiilen bayinin ilişkiyi feshetmesini önlüyorsa Rekabet Kurulu duruma müdahale edebilir mi? Görüş bu gibi hallerde müdahale edilebileceğine dair bazı ifadeler içermektedir. Örneğin 6. nolu sorunun cevabında aynen: “*İntifa sözleşmesi karşılığında dağıtıcı şirket tarafından bayiye yapılacak yatırımın tutarı ve geri dönüş süresi de; beş yılın sonunda bayinin bayilik sözleşmesini sona erdirmesini engellemeyecek şekilde belirlenmelidir. Örneğin bayiye gerekli olandan yüksek miktarda kredi ya da borç verilmesi ve beş yılın sonunda bu bedellerin bayiden talep edilerek bayinin sözleşmesini sona erdirmesinin engellenmesi ya da zorlaştırılması, duruma göre “fili bir engel” olarak nitelendirilebilir*”. Biz bayi tarafından bu tür bir iddia ile yapılacak şikayetin hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiğini ve prensip olarak da bu tür iddialara itibar edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Dağıtım şirketi tarafından yapılacak yatırım tutarının ne zaman “optimum” olacağını belirlemek son derece güçtür. Dolayısıyla çok bariz ve açık vakalar dışında bu iddiaların reddedilmesi gerekir. Somut olayda yapılan değerlendirmede gerekli olandan yüksek miktarda bir kredi verilmiş ve bu dönme cezasına aynen konu olmuşsa, hakim burada BK..161/3 kuralını “*kıyasen*” uygulayarak meblağı indirebilir. Önemle belirtelim ki bu uygulama Borçlar Kanunu değil, RKHK gereğidir.

belirtildiği üzere, toptan dağıtım seviyesinde rekabet baskısı yaratarak bazı ekonomik yararlar sağlama potansiyeline sahiptir.

- Hal böyle olmakla birlikte, biz 2002/2 sayılı Tebliğ'in bu ilişkiye doğrudan tatbik edilebilir olduğunda tereddüt ediyoruz. Fakat tatbik edildiğini kabul etsek bile, burada tüm dikey sözleşmelerin 18.9.2010 tarihine kadar geçerli, bundan sonra geçersiz olacağına, daha uzun süreli sözleşmelerin sürelerinin azami hadde inmiş sayılacağına dair ilk dönem kararlardan itibaren benimsenen yaklaşımın hukuken isabetli olmadığını ve çeşitli pratik ve teorik sorunlara yol açabileceğini düşünüyoruz.
- Tebliğ'in 5. maddesi şartlarını taşımayan ve daha uzun süre ihtiva eden sözleşmeler değişik kısmi butlan yaptırımına tabidir. Fakat bu doğrudan Türk Ticaret Kanunu'nun 1466. maddesinin uygulama alanını oluşturmaz. Bu anlamda Tebliğ'in 5. maddesi emredici bir ikame kural değil, tamamlayıcı ikame kuraldır. Hâkim somut olayın özelliklerine göre, tarafların farazi iradesi farklı bir çözümü gerektiriyorsa bunu da uygulayabilir. Nitekim bu noktada Kurulun geçersizlikle ilgili yaptığı değerlendirmeler mahkemeler açısından ancak tavsiye mahiyetini taşır.
- Ayrıca bu sözleşmelerin her şart altında 18.9.2010 tarihinde geçersiz olacağı da, bireysel muafiyet olasılığı karşısında isabetli bir önerme değildir. Kurul, sözleşmelerin uygulanacağı piyasa şartlarını analiz etmeden, bunların bireysel muafiyet alamayacağını *ex ante* öngöremeyeceğine göre, tüm sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna varılamaz. Dolayısıyla değişik kısmi geçersizlik de ancak bireysel muafiyet alma imkânı olmayan sözleşmeler açısından uygulama alanı bulabilir.
- Sözleşmelerin tamamının 18.9.2010 tarihinden itibaren geçersiz olacak olması, sektörde pratik bazı sorunlar da yaratabilir. Tarafların sözleşmeye devam etmek istemeleri durumunda bile doğacak işlem maliyeti ilk akla gelen sorunlardan biridir. Bunun yanı sıra dağıtım şirketleri tarafından yapılan yatırımların iadesinin nasıl sağlanacağı da dördüncü dönemi bekleyen önemli sorunlardan diğeridir.
- Dağıtım şirketinin bayiye yaptığı nakdi veya ayni kazandırmalar, sözleşmenin öngörülen süresi öncesi sonra ermesine bağlı olarak sebepsiz iktisap talebine konu olacaktır. Geçersizlik nedeniyle kalan sürenin, sözleşme süresine oranlanması ile bulunacak katsayı, ilke olarak iadenin kapsamının tespitinde belirleyici olacaktır. Yapılan yatırımların batık maliyet vasfı taşıyan kısmı için, iyiniyetli zenginleşen konumunda olan bayi, zenginleşmenin elinde kalmadığı ya da olmadığı savunması yapabilecektir. Rekabet Hukuku, sebepsiz zenginleşmeden doğan talebin

(bayiyi fiilen bağladığı gerekçesiyle) ileri sürülmesine engel teşkil etmeyecektir. Bu taleplerin tabi olduğu zamanaşımı da, en erken 18.9.2010 tarihinden itibaren başlayacak ve öğrenme anı açısından da, bayinin bireysel muafiyet başvurusunun reddi esas alınacaktır.

- 18.9.2010 tarihi ile başlayan dördüncü dönemde Kurulun oluşan belirsizliği ortadan kaldıracak düzenlemeler yapması gerekmektedir. İdeal olan bunun genel düzenleyici bir işlem ile sağlanmasıdır. Fakat Kurulun verdiği bazı yeni kararlardan, bu şekilde bir tercih yapılmadığı, bireysel muafiyet rejimi ile piyasanın regüle edildiği görülmektedir. Biz bunun yerinde bir hukuk politikası tercihi olduğunu düşünmüyoruz. Bireysel muafiyet mahiyeti itibarıyla genel kurallar konulmasına elverişli bir müessese değildir.
- Son dönem kararları incelendiği zaman, iki tip anlaşmanın olduğu ve bunlardan birinin 10 sene süre ile bireysel muafiyet aldığı görülmektedir. Anlaşma yeni bir istasyon kurulumuna yönelikse Kurul, bunun riskleri ve yatırımın büyüklüğünü dikkate alarak, dağıtım şirketine yatırım güdüsü sağlamak için 10 sene süre ile bireysel muafiyet tanımaktadır. Buna karşılık halihazırda ekonomik faaliyetin yapıldığı bir istasyon maliki ile yapılacak anlaşma açısından bireysel muafiyet verilmemekte, grup muafiyetinin öngördüğü 5 senelik süre yeterli görülmektedir.
- Her ne kadar bu ayırım iktisadi açıdan anlamlı gözükse, bireysel muafiyet kararları ile sorunu çözümlenememesi problematiktir. Uygulamada yapılan yatırım ölçeği ve/veya yatırım yapanın piyasadaki konumu gibi faktörler, mevcut istasyon maliki ile yapılacak sözleşme süresinin 5 seneden fazla olması durumunda dahi rekabetçi yararlar sağlayabilir. Dolayısıyla kararlarda benimsenen ölçüt, bu gibi hallerde muafiyet tanınmasına imkân vermeyebilir. Kurulun olaylar karşısında yeni ölçütler benimsemesi ise, sorunun genel kurallar ile çözümlenmesi amacını sektete uğratar. Kararlar yol gösterici olmaktan çıkabilir ve bireysel muafiyet başvuruları karşısında Kurulun iş yükü artar. Bu kaygılar, sorunun bireysel muafiyet yerine genel düzenleyici bir işlem ile düzenlenmesinin daha doğru olduğuna işaret etmektedir.

Bireysel muafiyet şarta bağlı olarak verilmektedir. Bu şart ise, bayinin 5. seneden itibaren ilişkiye özgü yapılan yatırım tutarının kalan kısmını tazmin ederek ilişkiyi feshetmesine imkan veren bir *dönme cezasının* sözleşmelere konulmasıdır. Repsol kararından esinlendiği görülen bu çözüm, dağıtım şirketlerinin yatırım yapma güdülerini olumsuz etkilemeksizin, bayilerin alternatif dağıtım şirketleri ile sözleşme fırsatlarını değerlendirmesine imkan vererek bir denge kurmaktadır. Bu açıdan olumlu bir düzenlemedir.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, H. (1998), *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara
- ASLAN, Y. İ (2007), *Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa
- ASLAN, Y. İ (2009), *Türk Akaryakıt Dağıtım Piyasasının Yapısı*, Petder için Hazırlanan Rapor
- BAŞPINAR, V. (1998) *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara
- BÜYÜKAY Y. ve M. DOĞAN (2009), “İntifa Hakkı Kurulması Şartının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII* içinde, s.449-480
- EKDİ, B. (2009), *Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalarla Piyasayı Kapatması*, Lisansüstü Tez Serisi 16, Rekabet Kurumu Yayını Ankara
- EREN, F. (2001), *Borçlar Hukuku* 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul
- GÜMÜŞ, A. (2008), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- GÜRZUMAR O. B ve K. C. SANLI (2009), *Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi Halinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında*, Haluk Konuralp Anısına Armağan C.III, Yetkin Yayınları, Ankara, s.549-577
- GÜVEN, P. (2009), *Esas Sözleşme ile Bağlantılı Olarak Yapılan İntifa Hakkının Tanınması veya Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri Yapılmasının Rekabet Hukukundaki Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Açısından İncelenmesi*, Legal Hukuk Dergisi, S.76, Nisan 2009, s.1085-1101
- HATEMİ, H. (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul
- KARACEHENNEM, N. (2006), *Akaryakıt Bayileri Rekabet Etmeme Yükümlülüğünden Kurtulabilecekler mi?*, Rekabet Forumu S.25, s.10-16
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (1996), *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler*, Selim Kaneti'ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul, s.23-33

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul
- ODER B. ve T. AYANOĞLU (2009), *İdare Hukuku Ders Notları 2009-2010*, Basılmamış notlar.
- OĞUZMAN K. ve T. ÖZ (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul
- ÖZ, T. (1998), *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, Kazancı Yayınevi, İstanbul
- SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara
- SANLI, K.C. (2007), *Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Yayınevi, İstanbul
- SANLI, K.C. (2008), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, *Rekabet Dergisi*, S.30, s.3-73
- SANLI, K.C. (2009), *Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım*, SANLI K.C. (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar Derlemesi* içerisinde, Onikilevha Yayınevi, İstanbul
- SEROZAN, R. (2009), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III. Cilt*, Filiz Kitabevi, İstanbul
- TEKİNAY, S., S. AKMAN, H. BURCUOĞLU ve A. ALTOP (1994), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul
- ULUSAN, İ. (1984), *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*, Kazancı Yayınevi, İstanbul,
- YAVUZ, C. (2002), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2002
- YAVUZ, N. (1998), *Uygulamada Sebepsiz İktisap*, Adil Yayınevi Ankara
- YOLCU, İ.A., Ç. ÜNAL ve H. GÜNDÜZ (2008), *Akaryakıt Sektör Raporu*, Rekabet Kurumu, Ankara

YARARLANILAN KARARLAR

Rekabet Kurulu Kararları

2.10.2003 T. ve 03-64/770-356 sayılı Shell-Cabbaroğlu Kararı

19.10.2004 T. ve 04-66/947-225 sayılı Opet Kararı

26.1.2006 T. ve 06-04/55-13 sayılı Total Mevlana Kararı

26.1.2006 T. ve 06-04/57-15 sayılı Akdağ-Total Kararı

26.1.2006 T. ve 06-04/56-14 sayılı Shell-Aypet Kararı

20.7.2006 tarih, 06-53/709-201 sayılı Marshall Kararı

15.11.2006 T. ve 06-84/1059-306 sayılı Karar;

11.7.2007 T. ve 07-59/689-244 sayılı Eropet Kararı

10.9.2007 T. 07-70/864-327 sayılı Coca-Cola kararı

7.2.2008 T. ve 08-12/123-40 sayılı Güney-POAŞ Kararı

15.5.2008 T. ve 08-33/421-147 sayılı Unilever kararı

30.10.2008 T. ve 08-61/997-389 sayılı Total-Akdağ Kararı

5.3.2009 T. ve 09-09/186-56 sayılı Polpet-Moil Kararı

5.3.2009 T. ve 09-09/187-57 Sayılı Barbaros-Alpet Kararı

24.6.2009 T. ve 09-30/644-152 sayılı Shell-Gürpet Kararı

15.7.2009 T. ve 09-33/773-186 sayılı Bulutlar-Altınbaş Kararı

5.8.2009 T. ve 09-34/795-198 sayılı Selyak-Total Kararı

5.8.2009 T. ve 09-34/799-202 sayılı Delta Petrol Kararı

12.1.2010 T. ve 10-04/52-26 sayılı Total Başol Kararı

25.2.2010 T. 10-19/228-86 sayılı Opet-Mehmetçik Kararı

25.2.2010 T. ve 10-19/229-87 sayılı Delta Petrol Kararı

31.3.2010 T. ve 10-27/410-156 sayılı BP-Akata Petrol Kararı

31.3.2010 T. ve 10-27-408-154 sayılı Petrol Ofisi-Öz Petrol Kararı

18.3.2010 T. ve 10-24/338-122 sayılı Total Kararı

Yargıtay Kararları

- 19.1.1983 T ve 1771/13 sayılı H.G.K. Kararı
30.9.1988 T. ve E.1987/2, K. 1998/2 sayılı İ.B.K.
2.12.1991 T. ve E.1991/7217, K. 1991/10901
15.4.1997 T. ve 3132/3529 sayılı 13. H.D. Kararı
22.5.1997 T ve 11385/1392 sayılı 13. H.D. Kararı
6.6.2001 T ve E. 2001/11-426; K. 2001/481 H.G.K. Kararı

Danıştay Kararları

13. D. 2005/1026 E. ve 2005/3388 K.
13. D. 15.1.2007 T. ve 2006/1287 E., 2007/145 K.
13. D. 13.5.2008 T. ve 2006/1604 E., 2008/4196 K
13. D. 2009/3044 E ve 13. D. 2009/5154 E.

Komisyon Kararı

Case Comp/B-1/38-348-Repsol CPP; 12.4.2006

Avrupa Adalet Divanı Kararı

Pedro IV Servicios SL v. Total Espana SA, C-260-07, 2.4.2009