

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKLARINDA
UYUMLU EYLEMLER**

Metin İKİZLER

Danışman
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY

- 145333 -

İzmir 2004

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum "Türk ve Avrupa Birliđi Rekabet Hukuklarında Uyumlu Eylemler" adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden olduğuunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğuunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

13.12.2004

Adı SOYADI

İmza

Metin İkiel
Metin İkiel

TUTANAK

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü' nün 15/12/04 tarih ve 23.sayılı toplantısında oluşturulan jüri, Lisanüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 30.maddesine göre Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora öğrencisi Metin İkizler'in "Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında Uyumlu Eylemler" konulu tezi/projesi incelenmiş ve aday 25.12.05. tarihinde, saat 13:30 da jüri önünde tez savunmasına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini/projesini savunmasından sonra 90.. dakikalık süre içinde gerek tez konusu, gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından jüri üyelerine sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin/projeninbaşarılı.....olduğuna oy..birliği.....ile karar verildi.

BAŞKAN

Prof. Dr. Hürriye Kubilay Selmanlı

ÜYE

Doç. Dr. Demet Özdemir
D. Özdemir

A. Kubilay

Prof. Dr. Haluk Selmanlı

ÜYE

Doç. Dr. Hürriye Selmanlı
H. Selmanlı

ÜYE

Yrd. Doç. Dr.
Ahmet T. İ. İ.
A. İ. İ.

YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DOKÜMANTASYON MERKEZİ TEZ VERİ FORMU

145333

Tez/Proje No: Konu Kodu: Üniv. Kodu

- Not: Bu bölüm merkezimiz tarafından doldurulacaktır.

Tez/Proje Yazarının
Soyadı: İKİZLER Adı: Metin

Tezin/Projenin Türkçe Adı: Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında Uyumlu Eylemler

Tezin/Projenin Yabancı Dildeki Adı: Concerted Practices in Turkish and European Union Competition Laws

Tezin/Projenin Yapıldığı
Üniversitesi: Dokuz Eylül Üniversitesi Enstitü: Sosyal Bilimler Yıl: 2004

Diğer Kuruluşlar:

Tezin/Projenin Türü:

Yüksek Lisans:

Dili: Türkçe

Doktora:

Sayfa Sayısı: XIX + 448

Tıpta Uzmanlık:

Referans Sayısı: 216

Sanatta Yeterlilik:

Tez/Proje Danışmanlarının

Ünvanı: Profesör Doktor

Adı: Huriye

Soyadı: KUBİLAY

Türkçe Anahtar Kelimeler:

1-Uyumlu Eylemler

2-Danışıklılık

3-Rekabet

4-Kartel

5-Gizli İş birliği

İngilizce Anahtar Kelimeler:

1- Concerted Practices

2- Collusion

3- Competition

4- Cartel

5- Conspiracy

Tarih: 13.12.2004

İmza:

Tezimin Erişim Sayfasında Yayınlanmasını İstiyorum

Evet

Hayır X

ÖZET

Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışmada Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında Uyumlu Eylemler konusu incelenmiştir.

Avrupa Topluluğu Antlaşmasınının 81. maddesi, üye ülkeler arasındaki ticareti olumsuz yönde etkileyebilecek, ortak pazar dahilinde rekabeti kısıtlayıcı, engelleyici ya da bozucu amaç ve etkiye sahip teşebbüsler arası danışıklı ilişkileri yasaklamaktadır. Bu anlamda m.81'in ihlâl edilmiş olması için; 1)teşebbüsler arasında anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerin olması, 2)bunun üye devletler arasındaki ticareti olumsuz yönde etkilemeye müsait olması ve 3)ortak pazar dahilinde rekabeti kısıtlama, engelleme ya da bozma amacı ya da etkisine sahip olması gerekir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunumuzun 4. maddesine göre de, doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunumuzun 4. maddesi, Avrupa Topluluğu Antlaşmasınının 81. maddesine uygun olarak düzenlenmiştir.

Uyumlu eylemlerin varlığı için, öncelikle, teşebbüsler arasında bir bağlantının ve bu bağlantıya istinat eden paralel davranışların varlığının gösterilmesi gerekir.

Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukuklarında uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı anlaşma (ya da karar) olarak nitelendirilmeyecek teşebbüslerin yasa hükümlerini dolanma amacı taşıyan danışıklı davranışlarını engelleyebilmektir. Kanaatimizce, uyumlu eylemler Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukuklarının anahtar kavramıdır. Zira uyumlu eylemler, rekabet kurallarının daha geniş kapsamlı uygulanabilmesi; emarelere ya da birtakım ölçüt ve kriterlere dayanılarak rekabetin korunabilmesi için kullanılmaya oldukça elverişlidir.

ABSTRACT

In this work prepared as a doctoral thesis, the issue regarding Concerted Practices in Turkish and European Union Competition Laws have been analysed.

Article 81(1) of European Community Treaty prohibits as incompatible with the common market collusion that may affect trade between member states and that has the object or effect of restricting competition. To infringe article 81(1), three conditions must be satisfied. There must be: 1) agreement, decision or concerted practices between undertakings, 2) which may effect trade between member states, and 3) which has the object or effect of restricting competition within the common market.

Under the article 4 of Turkish Competition Act (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun), agreements and concerted practices between undertakings and decisions and practices by associations of undertakings which have, directly or indirectly, as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition or which shall be prevented, restricted or distorted it, are prohibited. Concerted practices (Uyumlu eylemler) in article 4 of Turkish Competition Act correspond to concerted practices in article 81 of the EC Treaty.

A concerted practice mainly has three elements: contact between undertakings, be it or direct or indirect; subsequent parallel behaviour in the market; and causality between the two.

The object of the Turkish Competition Act and EC Treaty in creating the concept of concerted practice is to forestall the possibility of undertakings evading the application of competition rules by colluding in an anti-competitive manner falling short of a definite agreement (or a decision). Concerted practice must be a key concept under Turkish and EU competition laws. Owing to concerted practice, Competition Authorities must be able to apply article 81 and 4 broadly and rely on circumstantial evidence and deductive reasoning and presumptions to establish a violation of the Act or the Treaty.

**TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKLARINDA
UYUMLU EYLEMLER**

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
Y.Ö.K. DOKÜMANTASYON MERKEZİ TEZ VERİ FORMU.....	IV
ÖZET.....	V
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR.....	XVI
GİRİŞ.....	XIX

BİRİNCİ BÖLÜM

**UYUMLU EYLEMLERİN ORTAYA ÇIKIŞI, HUKUKİ KAYNAKLARI
VE DÜZENLENME AMACI**

§ 1. UYUMLU EYLEMLERİN ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ KAYNAKLARI	1
I. GENEL OLARAK.....	1
II. AMERİKAN REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER	2
A. Amerikan Hukuk Sistemine Genel Bir Bakış.....	2
B. Amerikan Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış	3
1. Amerikan Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar	3
a. Sherman Kanunu	3
b. Clayton Kanunu.....	4
c. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu	5
d. Robinson-Patman Kanunu	6
2. Değerlendirme	6

C. Uyumlu Eylemler Kavramının Ortaya Çıkışı	7
1. Sherman Kanununda Düzenlenen Damşıklı İlişkiler	7
2. Conspiracy-Combination İlişkisi ve Conspiracy Kavramının Ortaya Çıkışı	9
3. Conspiracy ve Combination Terimlerinin Türkçe İfade Edilmesi	14
4. Amerikan Rekabet Hukukunda Gizli İş Birliği Kavramının Gelişimi ve Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı	16
a. Gizli İş Birliğinin Unsurları	16
b. Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı	17
aa. Kereste Satıcıları Kararı	17
bb. Kereste Satıcıları Kararının sonuçları ve uyumlu eylemlerin bu karar sonrası gelişimi	20
III. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER	23
A. Antlaşmalarda Uyumlu Eylemler	23
B. AKÇTA m.65 ile ATA. m.81 Hükümünün Uyumlu Eylemler Açısından Değerlendirilmesi	24
1. ATA ve AKÇTA'nın Yorumunda Üye Devlet Dillerinin Rolü	26
2. Sonuç	28
IV. TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER	29
A. Uyumlu Eylemlerin Rekabet Kanunumuzdaki Yeri	29
B. Terim Sorunu	31
§ 2. UYUMLU EYLEMLERİN DÜZENLENME AMACI	32
I. GENEL OLARAK	32
II. KANUNA KARŞI HİLENİN TANIMLANMASI VE GENEL ÖZELLİKLERİ	34
III. KANUNA KARŞI HİLENİN ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN UYUMLU EYLEMLER	36

İKİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN TANIMI VE UNSURLARI

§ 3. UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI	39
I. GENEL OLARAK	39
II. UYUMLU EYLEMLERE İLİŞKİN OLARAK DOKTRİNDE YAPILAN TANIMLAR	40
III. MAHKEME KARARLARINDA UYUMLU EYLEMLERİN	

TANIMLANMASI.....	42
IV. GÖRÜŞÜMÜZ.....	43
§ 4. UYUMLU EYLEMLERİN UNSURLARI.....	44
I. GENEL OLARAK.....	44
II. TEŞEBBÜSLER ARASINDA GERÇEKLEŞMESİ.....	48
A. Terim Sorunu.....	49
B. Tanımı	49
C. Hukukî Bağımsızlık-Ekonomik Birlik Yaklaşımları.....	52
1. Bağlı Teşebbüslerin Durumu ve Somutlaştırılması.....	54
2. Bağlı Teşebbüsün Bağımsız Hareket Edip Edemeyeceği Sorunu	58
a. Genel Olarak.....	58
b. Adalet Divanının Konuya Yaklaşımı.....	60
c. Değerlendirme ve Türk Hukukunda Durum.....	62
D. Teşebbüs Kavramının Somutlaştırılması	67
1. Ticarî İşletme-Esnaf İşletmesi ve Teşebbüs	68
a. Gelir sağlamayı Hedef Tutma/Ekonomik Faaliyet	69
b. Devamlılık.....	71
c. Bağımsızlık.....	72
d. Esnaf Faaliyeti Sınırını Aşma.....	74
2. Devlet-Kamu Kuruluşları ve Teşebbüsler	74
a. Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Teşebbüslerinin Rekabet Kuralları Karşısında Durumu	75
b. Türk Hukukunda Kamu Teşebbüslerinin Rekabet Kuralları Karşısındaki Durumu.....	78
III. BAĞLANTI	82
A. Uyumlu Eylemlerde İrade Uyuşması Arayışları.....	83
1. Teşebbüsler Arasında Ortak Bir Plânın Varlığı	83
a. Amerikan Rekabet Hukukunda Ortak Plân Anlayışı	84
b. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Ortak Plân Anlayışı.....	89
2. Diğer Görüşler ve Görüşümüz	91
B. Bağlantının Özellikleri	102
1. Bilgi Değişimi.....	107
a. Genel Olarak.....	107
b. Komisyon ve Mahkemelerin Bilgi Değişimlerine Yaklaşımı	111
c. Bilgi Değişimi ve Uyumlu Eylemler	117
2. Tavsiyeler	120
3. Kamuya Yönelik Duyurular	125

IV. PARALEL DAVRANIŞLARIN VARLIĞI	130
A. Paralellik Yönüyle Paralel Davranışlar	130
1. Paralel Davranışların Sınıflandırılması	130
2. Oligopole Özgü Paralellikler	135
a. Oligopol Piyasa Yapısı ve Oligopolistik Bağımlılık.....	135
aa. Oligopolistik bağımlılığın nedeni	138
bb. Oligopolistik bağımlılığın bireysel kararlar üzerindeki etkisi.....	139
b. Oligopole Özgü Paralelliklerin Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler	141
B. Eylem ya da Davranış Yönüyle Paralel Davranışlar	144
1. Uyumlu Eylemlerde Geçen Eylem İfadesinin Anlamı	146
2. Pazar Davranışı Olarak Eylem	148
3. Eylemin Geniş Yorumlanması	149
4. Eylem-Bilgi Değişimi İlişkisi ve Uyumlu Eylemlerin Kapsamının Genişlemesi ..	150
5. Uyumlu Eylemlerin Yumuşak Dokusu	153
V. REKABETİN SINIRLANMASI	158
A. Rekabet ve Rekabetin Korunması.....	158
B. Amaç ve Etki Açısından Rekabetin Sınırlanması	160
1. Genel Olarak	160
2. Amaç Açısından Hukuka Aykırılık.....	161
a. Genel Olarak.....	161
b. Uyumlu Eylemler ve Amaç Açısından Hukuka Aykırılık	164
aa. Eylemden önce müdahale açısından	164
bb. Eylemden sonra müdahale açısından.....	170
3. Etki Açısından Hukuka Aykırılık.....	171

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI İLİŞKİLER VE MADDİ REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

§ 5. UYUMLU EYLEMLERİN ANLAŞMA VE KARARLARLA İLİŞKİSİ	173
I. GENEL OLARAK	173
II. ANLAŞMALAR	174
A. Anlaşmalarla Uyumlu Eylemlerin İlişkisi	174
B. Komisyon, Kurul ve Mahkeme Kararlarında Anlaşmalar	177
C. Uygulamada Benimsenen İlkeler Doğrultusunda Anlaşmaların	

Sözleşmelere Uygulanan Bazı Kurallar Açısından Değerlendirilmesi	179
1. Anlaşmanın Kurulması	180
a. Genel Olarak	180
b. Karşılıklı Anlayış Durumları	184
aa. Karşılıklı Anlayış Durumlarına İlişkin Kararlar	184
aaa. Sigara endüstrisi kararı	184
bbb. Viho/Toshiba kararı	185
ccc. Bilyeli yatak üreticileri kararı	187
bb. Karşılıklı Anlayış Durumlarının Sınıflanması ve Tanımlanması	194
2. Anlaşmalarda Şekil	196
3. Temsil Kuralları ve Anlaşmalar	196
D. Doktrinde Anlaşmalar	198
1. Anlaşma Kavramını Dar ve Geniş Yorumlayan Görüşler	199
a. Anlaşma Kavramını Dar Yorumlayan Görüşler	199
b. Anlaşma Kavramını Geniş Yorumlayan Görüşler	203
c. Anlaşma Kavramını Geniş Yorumlayan Görüşlerin İsabetliliği	205
2. Centilmenlik Anlaşmaları	209
a. Centilmelik Anlaşmalarının Anlaşma ve Sözleşme İle İlişkisi	209
b. Centilmenlik Anlaşmalarının Tanımlanması	211
c. Amaçlarına Göre Centilmenlik Anlaşmalarının Sınıflandırılması	212
aa. İkame amaçlı centilmenlik anlaşmaları	212
bb. Güvence amaçlı centilmenlik anlaşmaları	213
cc. Avantaj sağlama amaçlı centilmenlik anlaşmaları	214
d. Centilmenlik Anlaşmalarının Kamu Hukuku Alanında Görünümü	214
e. Özel Hukuk Alanında Centilmenlik Anlaşmaları	216
aa. Genel olarak	216
bb. Kanuna karşı hile açısından centilmenlik anlaşmaları	219
cc. Centilmenlik anlaşmasının konusu olarak yükümlülük düşmanı edimler	221
f. Rekabet Hukukunda Centilmenlik Anlaşmaları	222
aa. Rekabet hukukunda centilmenlik anlaşmalarının amacı	222
bb. Rekabet hukukunda centilmenlik anlaşmalarının yeri	223
cc. Anlaşmalarda/Centilmenlik Anlaşmalarında Bağlayıcılık Sorunu	224
dd. Anlaşmayla Centilmenlik Anlaşmasının Eş Anlamlı Kullanılması	230
III. TEŞEBBÜS BİRLİKLERİNİN KARARLARI	233
A. Kararlarla Uyumlu Eylemler Arasındaki İlişki	233
B. Birlik Kararlarının Düzenlenme Amacı	234
C. Teşebbüs Birliği	237
1. Tanım	237
2. Tüzel Kişiliğin Şart Olmaması	237

3. Birliğin Üyeleri	240
4. Birliğin Amacı	242
5. Kuruluşta ve Üyelikte Zorunluluk Bulunmasının Önemli Olmaması	243
D. Karar	245
1. Medenî Hukukta Kararlar	245
2. Rekabet Hukukunda Birlik Kararları	246
3. Karar Organları	247
4. Kararların Bağlayıcılığı	247
a. Tavsiye Kararları	248
aa. Komisyon ve mahkeme kararlarında birlik tavsiyeleri	248
bb. Doktrinde tavsiye kararları	251
aaa. Komisyon ve mahkeme kararlarının yorumuna dayanan görüşler	251
bbb. Doktindeki diğer görüşler	253
cc. Bağlayıcılık Açısından Tavsiye Kararları	255
aaa. Maddî açıdan birlik tavsiyeleri	255
bbb. İspat açısından birlik tavsiyeleri	257
b. Usulüne Göre Alınmamış Kararlar	257
5. Birlik Eylemlerinden Birliğin Sorumluluğu	262
IV. UYUMLU EYLEMLERİN ANLAŞMA VE KARARLARLA	
BİR ARADA BULUNMASI	263
A. Süregelen Tek İhlâlin Varlığı ve Karmaşık Karteller	264
B. Süregelen Tek İhlâlin Varlığı ve Karmaşık Kartel Görüşlerinin Maddî	
Sonuçları	267
§ 6. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER MADDİ REKABET KURALLARI	
İLE İLİŞKİSİ	269
I. HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE	
UYUMLU EYLEMLER	269
II. BİRLEŞME VE DEVRALMALARLA UYUMLU EYLEMLER	273
III. MUAFİYET AÇISINDAN UYUMLU EYLEMLER	275

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI

§ 7. GENEL OLARAK	279
§ 8. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULANMASI	

AÇISINDAN REKABET KURULU VE MAHKEMELERİN İLİŞKİSİ.....	280
I. REKABET KURUMUNUN YAPISI	280
II. REKABET KURULU VE MAHKEMELERİN GÖREV ALANI	282
A. Danıştay ve Yargıtayın Yaklaşımları.....	284
1. Danıştayın Yaklaşımı	284
2. Yargıtayın Yaklaşımı	287
B. Doktrindeki Görüşler	289
C. Görüşümüz	292
1. Danıştay ve Yargıtayın İçtihatlarının Eş Zamanlı Uygulanmasından Doğabilecek Sorunlar	292
2. Mahkeme Açısından Kurul Kararının Zorunlu Bekletici Sorun Yapılması	294
3. Kurul ve Mahkeme Kararlarının Birbiri Üzerindeki Etkisi	297
a. Kesinleşmiş Kurul Kararlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi	298
b. Kesinleşmiş Mahkeme Kararlarının Kurul Kararlarına Etkisi	299
aa. Mahkemenin tazminat talebini kabul kararı	301
bb. Mahkemenin tazminat talebini ret kararı	301
§ 9. UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI.....	302
I. GENEL OLARAK.....	302
II. UYUMLU EYLEMLERDE İSPATIN ÖZELİKLERİ.....	308
A. Uyumlu Eylemlerde İspat Araçları	310
B. Uyumlu Eylemlerde İspatın Türü	312
C. Uyumlu Eylemlerde İspat Ölçüsü	312
1. Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler İçin Aranan İspat Ölçüsü.....	313
2. Türk hukukunda Uyumlu Eylemler İçin Aranan İspat Ölçüsü	317
D. Uyumlu Eylemlerde İspat Yükü	319
III. İSPAT AÇISINDAN PARALEL DAVRANIŞLAR VE BAĞLANTI.....	320
A. İspat Açısından Paralel Davranışlar	321
1. Genel Olarak	321
a. Paralel Davranışların Uyumlu Eylemlerin İspatında Rolü	321
b. Oligopole özgü paralelliklere ilişkin Doktrindeki görüşlerin ispat açısından doğurduğu sonuçlar	323
2. Amerikan Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar	326
a. Paralel Davranışların İş birliğinin İspatı İçin Yetersiz Görülmesi.....	326
b. Artı Faktörler Anlayışı	328
aa. Maddî ve ekonomik artı faktörler	329
bb. Yorum ölçütü olarak işlev gören artı faktörler	330
3. Avrupa Birliği Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar	332
4. Türk Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar	337

a. Oligopole Özgü Paralellikler	337
b. Uyumlu Eylemler Karinesi	338
5. Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İspatla İlgili Bazı Özel Durumlar.....	341
a. Riskin Azaltılması	341
b. Kendi Çıkarlarına Aykırı Davranma.....	343
B. İspat Açısından Bağlantı	345
1. Bilgi Değişimi.....	347
a. Amerikan Hukukunda Bilgi Değişimi	347
b. Avrupa Birliği Hukukunda Bilgi Değişimi	351
2. Tavsiyeler	353
3. Kamuya Yönelik Duyurular	355
4. İş Birliğini Gösteren İfadeler	357
5. Toplantılar-Görüşmeler	359
6. Alış ve Satışta Birliktelik.....	362
IV. İSPAT FAALİYETİNİN TAMAMLANMASI VE TEŞEBBÜSLERİN	
AKSİNİ İSPAT FAALİYETİ	366
A. Alternatif Neden Sorunu	368
1. Avrupa Birliği Hukukunda Alternatif Neden Sorunu	368
a. Bağlantıya İlişkin Emarelerin Yokluğu ya da Yetersizliği.....	368
b. Bağlantıya İlişkin Yeteri Derecede Emarenin Olması	370
c. Alternatif Nedenin İspatına İlişkin Uygulamanın Sınıflandırılması	371
2. Türk Hukukunda Alternatif Neden Sorunu	373
B. Karşı ve Aksini İspat Faaliyetinde Başvurulabilecek Çeşitli Yollar.....	376
1. Ekonomik ve Rasyonel Gerekçeler.....	376
a. Kendi Çıkarları İle Bağdaşma	377
b. İş Birliği İçin İkna Edici Bir Nedenin Yokluğu	378
c. Genel Maliyet Artışları	378
d. Ekonomik Akla/Ticarî Zekâyâ Hitap Etme.....	379
e. Paralelliğin Karşı Tarafın Kusurundan Kaynaklanması.....	380
f. Eskisine Göre Kazançta Artış Olmaması.....	380
2. Bağlantı İle Paralellik Arasında Nedensellik Bağının Olmadığının İspatı	381
§ 10. UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI	383
I. KAMU HUKUKU ALANINDAKİ SONUÇLAR.....	383
A. Yapma-Yapmama Emri	384
B. İdarî Para Cezası	386
1. Cezalandırılan Durumlar	386
2. Para Cezasının Tayini.....	387
3. Ceza Kararına Karşı Yargı Yolu	389

II. ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLAR.....	390
A. Genel Olarak	390
B. Haksız Fiil Olarak Uyumlu Eylemler.....	391
C. Tazminat Hakkı	395
1. Yetkili ve Görevli Makam.....	395
2. Davanın Tarafları	397
a. Alman Rekabet Hukukunda Davanın Tarafları	397
aa. Kartel Üyesi Teşebbüslerin Rakipleri.....	398
bb. Pazarın Karşı Tarafı.....	399
cc. Tüketiciler	400
b. Türk Rekabet Hukukunda Davanın Tarafları	401
aa. Davahılar.....	401
bb. Davacılar.....	401
3. Tazminat Türleri	402
a. Misli Tazminat.....	402
aa. Düzenlenme amacı ve işlevi.....	402
bb. Tazminatın miktarı	403
b. Zararı Aşan Tazminat	405
aa. Düzenlenme amacı ve işlevi.....	406
bb. Zararı aşan tazminatın aleyhinde görüşler	408
cc. Zararı aşan tazminatın şartları	409
dd. Zararı aşan tazminatın azamî haddi.....	411
4. İspat Yükü	412
SONUÇ.....	414
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	424
YARARLANILAN KARARLAR.....	439
I. Amerikan Rekabet Hukuku	439
II. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku	441
Adalet Divanı Kararları	441
İlk Derece Mahkemesi Kararları	444
Komisyon Kararları.....	445
III. Türk Rekabet Hukuku	446
Rekabet Kurulu Kararları.....	446
Yargı Kararları	447

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
Abl.	: Amtsblatt (der Europaischen Gemeinschaften)
Abs.	: Absatz
Anm.	: Anmerkung
aşa.	: Aşağıda
Art.	: Article, Artikel
ATA.	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD.	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Aufl.	: Auflage
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AWD.	: Auşenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berater
Bak.	: Bakanız
Batider.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB.	: Betriebs-Berater
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGH.	: Bundesgerichtshof
BGHZ.	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: Communications
Cir.	: Circuit
CMLR	: Common Market Law Review
D.	: Daire
Der.	: Dergi
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot

E.	: Esas, Entscheidung
ECLR	: European Competition Law Review
ECR.	: European Court Report
ed.	: Edition, edited, editor(s)
Einl.	: Einleitung
EuR	: Europarecht
EuZW.	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GRUR/Int	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber Recht-International Teil
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hrsg.	: herausgegeben
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İDM.	: Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi
İş K.	: İş Kanunu
JZ.	: Juristische Zeitung
K.	: Karar
Kar.	: Karşılaştırınız
L	: Legislation
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrifts für Deutsches Recht
MK.	: Medenî Kanun
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Number, nummer, numara
Nu.	: Numara, sayı
OJ.	: Official Journal (of European Communities)
OLG	: Oberlandesgericht

Rev.	: Review
RG.	: Resmî Gazete
RK	: Rekabet Kurulu
RKK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
Supp.	: Supplement
T.	: Tarih
TDK.	: Türk Dil Kurumu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Tz.	: Textziffer
US	: United States Reports
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vol.	: Volume
Vorbem.	: Vorbemerkung
WuW.	: Wirtschaft und Wettbewerb
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

GİRİŞ

Rekabet hukukunun en önemli konularından biri teşebbüsler arasındaki danışıklı ilişkilerdir. Danışıklı ilişkilerle burada, ATA m.81 ve RKK m.4'de zikredilen anlaşma, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler kastedilmektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun kabulünden sonra, rekabet hukuku ile ilgili konulara Türk hukuk doktrininin ilgisi iyice yoğunlaşmıştır. Bunda, rekabet hukukunun, klâsik hukukî tanım ve kavramlarla uyuşmayan kendine özgü kavram ve tanımlarının çekiciliğinin payı oldukça büyüktür. Böylelikle kısa zamanda oldukça değerli eserlere kavuşmak da mümkün olmuştur. Bu eserler sayesinde rekabet hukukunun ne anlama geldiği ve neyi düzenlediği; diğer yandan hangi kavramları kapsadığı, nasıl uygulandığı ve nasıl uygulanması gerektiği artık genel hatlarıyla ortaya konulmuş olmaktadır.

Böylece rekabet hukukundan sonra hukukumuzun tanıştığı kavramlar üzerinde daha ayrıntılı çalışmalar yapma yolu da açılmıştır. İşte bu çalışma da, ATA m.81 ve RKK m.4 çerçevesinde, danışıklı ilişkiler içinde klâsik hukuk anlayışımıza en yabancı görünen uyumlu eylemler konusuna hasredilmiştir. Çalışmada uyumlu eylemlerin sadece uygulamaya dönük yönü değil, teorik yönü üzerinde de durulmuştur. Uyumlu eylemlerin, anlaşma ve teşebbüs birliği kararları ortaya konmadan tam olarak anlaşılamayacağı gerçeği karşısında, aynı yaklaşım bu ikisi için de sergilenmiştir. Bu yönüyle bu çalışmanın nihai amacı, rekabet hukuku kavramlarının da bir gün, medenî hukukunun yerleşik kavramları kadar sağlam zeminlere oturmasına hizmet etmektir.

Rekabet hukuku konusunda Türk hukuku ile Avrupa Birliği hukuku arasında oldukça yakın bir ilişki ve etkileşim olduğu dikkate alındığında, çalışmanın konusunun "Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında Uyumlu eylemler" olarak belirlenmesi makul karşılanacaktır. Öte yandan, kavramın ortaya çıktığı hukuk dalı olduğu için -çalışmanın odak noktasında bulunmamakla birlikte- Amerikan (ABD) rekabet hukukundaki uyumlu eylem ve iş birliği anlayışına yeri geldiğince değinilmesi kaçınılmaz olmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN ORTAYA ÇIKIŞI, HUKUKİ KAYNAKLARI VE DÜZENLENME AMACI

§ 1. UYUMLU EYLEMLERİN ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ KAYNAKLARI

I. GENEL OLARAK

Uyumlu eylemlerin ortaya çıkışından söz edildiğinde, akla ilk önce ABD rekabet hukuku ya da diğer ve tanınmış adıyla ABD antitröst hukuku gelmektedir. Zira Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukuklarında yer alan uyumlu eylemlerin kökeninin, Amerikan rekabet hukuku olduğu noktasında fikir birliği vardır¹.

Bu bölümde, tarihî gelişim süreci doğrultusunda uyumlu eylemlerin ortaya çıkışı ve yasal metinlerdeki yeri, önce Amerikan rekabet hukuku, sonra da Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukuku açısından ele alınacaktır.

Kuşkusuz, Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukuklarının yanında, en azından köken itibarıyla ilişkisi dolayısıyla, Amerikan rekabet hukukunda uyumlu eylemlerin ortaya çıkışını ve anlamını incelemekte de konumuz açısından yarar vardır.

1 Ruge, D.: Begriff und Rechtsfolgen des gleichförmigen Unternehmensverhaltens in Europa und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Köln/Berlin/München/Bonn 1968, s.36; Diekmann, E.: Abgestimmte Verhaltensweisen und Conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht, Diss., Göttingen 1971, s.19-20; Lübbert, H-D.: Das Verbot abgestimmtes Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, Diss., Hamburg 1975, s.34; Chang, Y.: Abgestimmtes Verhalten im amerikanischen, europäischen und deutschen Kartellrecht, Diss., München 1992, s.4-5; Goyder, D.G.: EC Competition Law, 3. ed., Oxford 1998, s. 98; Wolf, E.: Zum Kartellrecht der EWG, WuW 1962, s.645; Henrichs, H.: Die

II. AMERİKAN REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

A. Amerikan Hukuk Sistemine Genel Bir Bakış

İlk kurallı ve sistemli rekabet hukuku düzenlemelerini içermesi dolayısıyla rekabet hukukları arasında ayrı ve seçkin bir yere sahip olan Amerikan rekabet hukuku, Amerikan hukuk sisteminin bir ürünüdür. Bu hukuk sisteminin kaynağını ve İngiliz hukuk sisteminin de temelini oluşturan Common Law², geleneklere dayanan ve bunların kurallaştırılmasından doğan bir hukukî kurallar ve ilkeler bütünüdür. Karakteristik özelliği Kıta Avrupası hukukuna nazaran çok daha fazla yargısal içtihadı dayanması, bu kaynaktan gelişmesi ve beslenmesidir. Bu hukuk sisteminde yazılı kurallar olabildiğince soyut düzenlenmekte, bu kuralların içeriğini doldurma, ilke ve esaslarını belirleme işi büyük ölçüde mahkemelere kalmaktadır. Mahkemeler önlerine gelen olaylardan, sonradan ortaya çıkacak benzeri olaylara da uygulanabilecek ilkeler saptamakta ve hukuk hâkiminin elinde (Judge made law) gelişmektedir³.

Amerikan rekabet hukuku da bu genel çizgiden bir sapma göstermemektedir. Amerikan rekabet hukukunun çatısını oluşturan –aşağıda kısaca değinilecek– başlıca yazılı kaynaklar, oluşum süreçleri bir yana bırakılırsa, bu nedenle az bir değişiklik dışında güncelliklerini korumuşlardır. Zira ilk rekabet kanunundan günümüze kadar geçen yaklaşık 100 yıllık zamanda, gerek rekabet hukuku kurallarını yürütmekle görevli idarî organların, gerekse mahkemelerin gayretleriyle, kanun koyucunun getirdiği kavramlar ya yenilenmiş ya da bunlara yeni anlam ve kavramlar eklenegelmiştir.

Nitekim uyumlu eylemlere de yasal metinler içinde rastlanmaz. Uyumlu eylemlerin ortaya çıkışı, mahkemelerin ilkesel kararları ile olmuştur ve kavram,

“conscious parallelism” Doktrin des US-Antitrustrechts und der Begriff “aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen” in Art. 85 EWG-Vertrag, WuW, 1965, s.95.

- 2 Türk hukuk sistemi, Kıta ya da Kara Avrupası hukuk sistemi içinde Cermen hukuku grubuna dahilken, İngiliz ve Amerikan hukukları (değişik görüşler doğrultusunda yapılan sınıflandırmalara göre); Anglo-Sakson, ABD’ye nispetle Anglo-Amerikan hukuku ya da Common Law olarak adlandırılan hukuk ailesinin üyeleridir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Özsunay, E.: Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul 1976, s.283 vd.
- 3 Ayrıntılı bilgi için bak. Milson, S.F.C.: Historical Foundations of the Common Law, 2. ed., London 1981, s.1-96; Baker, J.H.: An Introduction to English Legal History, 3. ed., London 1990, 1-243, özellikle 224-232; ayrıca Özsunay, Karşılaştırmalı hukuk, 304-305.

zaman içinde içtihatlar yoluyla gelişimine devam etmiştir. O hâlide, Amerikan rekabet hukukunda uyumlu eylemler incelenirken, kavramın gelişimine temel teşkil eden ve günümüze kadar etkililiğini koruyan ilkesel yargı kararları temelinde yol alınması uygun olacaktır. Amerikan hukuku söz konusu olduğunda, bu yöntem, tüm çalışma boyunca takip edilecektir.

B. Amerikan Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış

1. Amerikan Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar

Amerikan rekabet hukukunu oluşturan temel kanunlar Sherman Act, Clayton Act, Federal Trade Commission Act ve Robinson-Patman Act'dir. Federal düzeydeki bu düzenlemelerin yanı sıra bir çok eyaletin ayrıca rekabet kanunları bulunmaktadır.

a. Sherman Kanunu

ABD'de iç savaş sonrası yani 1800'lerde başlayan hızlı ekonomik gelişme ve sanayileşmenin getirdiği pazarlardaki büyüme ve gittikçe büyüyen yatırımları finanse etmek gayretleri, küçük şirketlerin bir araya gelerek büyük ekonomik güçler hâline gelmesine yol açmıştı. Bu şirketler genellikle Tröst (Trust) denilen örgütlenmeler altında toplanıyordu⁴. Tröstlerde çeşitli şirketlerin hisse senetleri Trustee denilen kişilerde, yani tek merkezde toplanıyor ve sahipleri lehine bu kişilerce idare ediliyorlardı⁵. Öte yandan şirketler çeşitli ürün pazarlarında giderek tekel gücü elde etmeye başlamışlardı. İşte Sherman Kanunu tüm bu olanlara bir tepki olarak ortaya çıkmıştır ve rekabet hukukuna ilişkin federal düzeydeki kanunların ilkidir. 1890

4 Lusk H.F./Hewitt, C.M./ Dornell, J.D/ Barnes, A.J.: *Business Law*, 3. ed., Ontario 1974, s.991; Loy, C.: *Die Entwicklung des amerikanischen Antitrustrechts –Ein kurzer Überblick-*, in: *Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, hrsg. von Hans Pohl , Stuttgart 1985, s.318; Scaletta, P.J/Cameron G.D.: *Foundations of Business Law*, 2. ed., Boston 1990, s.91; Oppenheim, S.C/Weston, G.E/McCarthy, J.T.: *Federal Antitrust Laws*, 4. ed., St. Paul 1981, s. 7.

5 Gwartney, J.D/Stroup, R.L.; *Microeconomics Private and Public Choise*, 6. ed., San Diego 1992, s.277; Oppenheim/Weston/McCarthy, 7.

tarihinde kabul edilmiştir. Bu kanun kavramları itibariyle, bir bakıma, İngiliz hukuku kökenli Common Law'un ilkelerinin rekabet hukuku sahasına yansımalarıdır⁶.

Sherman Kanunu, rekabeti koruyucu iki genel hüküm içerir. Bunlardan biri, daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan, teşebbüsler arasında gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı danişıklı ilişkilere ilişkin sec.1'dir. İkincisi ise tekelleşmeleri, tekelleşme girişimlerini ve tekelleşme amaçlı birlikte davranışları yasaklama amacı güden sec. 2'dir.

b. Clayton Kanunu

Clayton Kanunu, Sherman Kanununun kabulünden 24 yıl sonra, 1914'te kabul edilmiştir. Bu dönem içinde Sherman Kanunu çok soyut düzenleme ve terimler getirdiği için eleştirilere uğramıştır⁷. Bu eleştirilere, Kanunun soyutluğunun mahkemeleri de zorladığı, böylelikle Sherman Kanununun bir bakıma uygulamada yetersiz kaldığı yönündeki görüşler örnek gösterilebilir⁸. Öte yandan bazılarına göre de küçük yerel teşebbüslerin, büyük teşebbüslerin uygulamaları ve genişlemeleri karşısında korunması için böyle bir kanuna gereksinim vardı⁹.

Clayton Kanunu, Sherman Kanununun aksine belirli davranış tiplerini ele alan ve bunları düzenleyen bir kanundur. Sherman Kanununun taşıdığı oldukça soyut olma özelliğine Clayton Kanununda rastlanmaz. Burada rekabet ihlâli türleri somutlaştırılmıştır. Clayton Kanununun getirdiği düzenlemelerden en önemlileri sec. 2, 3 ve 7'de toplanmıştır. Sec.2, fiyat ayrımcılığına¹⁰ (price discrimination, Preisdiskriminierung); sec. 3 ise bağlama sözleşmeleri [Tying contracts (arrangements), Kopplungsverträge] ile seçici dağıtım (arz) sözleşmelerine¹¹ [Exclusive-

6 Jentz, G.A/Miller, R.L/Cross F.B/ Clarkson, K.W.: West's Business Law, 4. ed., St. Paul 1997, s.741; Loy, 318.

7 Neale, A.D/ Goyder, D.G.: The Antitrust Laws of The USA, 3. ed., Cambridge 1980, s.181 vd.; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1018; Scaletta/Cameron, 98.

8 Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1018; Loy, 320-321; Neale/Goyder, 181.

9 Neale/Goyder, 182; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1018.

10 Ayrıntılı bilgi için bak. Corley, R.N/ Shedd, P.J.: Fundamentals of Business Law, 5. ed., Prentice Hall 1990, s.743 vd.; Oppenheim/Weston/McCarthy, 736 vd; Jentz/Miller/Cross/ Clarkson, 749 vd.; Neale/Goyder, 211 vd.; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1030 vd.

11 Ayrıntılı bilgi için bak. Corley/Shedd, 756 vd.; Jentz/ Miller /Cross/Clarkson, 751 vd.; Neale/ Goyder, 265 vd.; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1019 vd.; Treuman,W/Peltzer, M/Kuehn, A.M.:

dealing(s) contracts, Ausschließlichkeitsverträge] ilişkindir. 1950 tarihli Coller-Kefauver Kanunu ile desteklenen sec. 7 ise teşebbüsler arası birleşme ve devralmalara¹² [Mergers and Acquisitions, Fusions und Übernahmen (Zusammenschlüsse)] uygulanır.

c. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu

Federal Trade Commission (FTC) Act, yani Federal Ticaret Komisyonu Kanunu, Clayton Kanununa benzer gerekçelerle¹³ ve eş zamanlı olarak 1914 yılında kabul edilmiştir. FTC, esas itibariyle, FTC Kanununun hükümlerini yürütmekle görevlendirilmiş, bu yönüyle Adalet Bakanlığı'nın yanında yer alan, bağımsız bir idarî organdır. FTC Kanunu sec.5, haksız rekabet yöntemlerinin (unfair methods of competition) önlenmesi ile ilgilidir. 1938 tarihinde yapılan ilâvelerle (Wheeler-Lea Amendments) sec. 5, iş (commerce) hayatında başvurulan tüm haksız ve aldatıcı eylem ya da uygulamaları (unfair or deceptive acts or practices) kapsar hâle gelmiştir.

Amerikan rekabet hukukunda FTC önemli bir yere ve güce sahiptir. Nitekim Clayton Kanununun yanı sıra, Sherman ve Robinson-Patman Kanunlarının ihlâline neden olan davranışlar da FTC Kanunu kapsamında görülmekte; FTC, anılan kanunların yürütülmesinde de yetkili ve görevli kabul edilmektedir¹⁴. Bu durumun yasal dayanağı olarak, özellikle, FTC Kanununun (sınırları kanun koyucu tarafından açık bırakılmış) "haksız" ve/veya "aldatıcı" olma ifadeleri gösterilmektedir¹⁵.

US-Amerikanisches Wirtschaftsrecht/US Business Law, 2 Aufl., Köln 1990, s.303-304, 307; Oppenheim/Weston/McCarthy, 642 vd.

12 Ayrıntılı bilgi için bak. Corley/Shedd, 759 vd.; Jentz/Miller/Cross/Clarkson, 753 vd.; Oppenheim/Weston/McCarthy, 410 vd.; Neale/Goyder, 183 vd.; Lusk/Hewitt/Dornell/ Barnes, 1020 vd.; Treuman/Peltzer/Kuehn, 311 vd.

13 Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1049.

14 Neale/Goyder, 5; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1049; Loy, 323; Oppenheim/Weston/ McCarthy, 21; Corley/Shedd, 771-773; Treuman/Peltzer/Kuehn, 291; Posner R./Easterbrook, F.H.: Antitrust, Cases, Economic Notes and other Materials, 2. ed., St. Paul 1981, s. 35.

15 Bak. Corley/Shedd, 771-776; Oppenheim/Weston/McCarthy, 21; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1049; Posner/Easterbrook, 35.

d. Robinson-Patman Kanunu

Robinson-Patman Kanunu, Clayton Kanununun eksiklerini gidermek için 1936 yılında kabul edilmiştir. Kanun, Clayton Kanunu sec.2 gibi fiyat ayrımcılığını önlemeye odaklanmıştır. Bununla birlikte Clayton Kanunundan farklı olarak, yalnızca büyük satıcılar düzeyindeki değil, alıcı ya da müşteri düzeyindeki rekabeti de düzenler. Böylece güçlü bir alıcının arz edenle yaptığı anlaşmalar yoluyla küçük satıcılara karşı haksız bir rekabet avantajı elde etmesi önlenmek istenir¹⁶. Böylece Robinson-Patman Kanunu, rekabetin üç farklı düzeyinde gerçekleşen ayrımcı uygulamaları yasaklama amacı taşır: İlk düzeyde bulunanlar, ayrımcı satıcı ile rekabet edenlerdir. İkinci düzeyde kayınlan ya da tercih edilen (preferred) alıcının rakipleri yer alır. Üçüncü düzeyde ise kayınlan alıcı tarafından kontrol edilen perakendeci ile rekabet içindeki perakendeciler bulunur¹⁷.

Robinson-Patman Kanunu yalnızca konusu maddî mal olan satışlara uygulanır; hizmet sunumları ve gayrimaddî malların satışına uygulanmaz¹⁸. Leasing ve konsinye satışlara, gayrimaddî malların satışına ve hizmetlere ilişkin bu tarz sorunlara Sherman Kanunu sec.1 ve FTC Kanunu sec.5 uygulanır.

2. Değerlendirme

Amerikan rekabet hukuku, yukarıda görüldüğü gibi, tek kanun bünyesinde toplanmamış, başlıca dört temel kanun üzerine oturtulmuştur. Aslında FTC Kanunu, teknik olarak rekabet kanunları arasında sayılmaz¹⁹ ve temel işlevi, haksız rekabet uygulamalarına karşı tüketicinin korunması olarak görülür²⁰. Bununla birlikte uygulamada, tüm rekabet sınırlamalarına müdahale edebilme imkânının kendisine tanınması ile Federal Ticaret Komisyonu, rekabet hukuku açısından da, Adalet Bakanlığı ile birlikte mahkeme dışı bir kurum olarak, önemli bir işlev üstlenmiş olmaktadır.

16 Bak. Neale/Goyder, 211 vd., özellikle 213-215; Scaletta/Cameron, 101-102; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1029-1030.

17 Treuman/Peltzer/Kuehn, 318-319.

18 Treuman/Peltzer/Kuehn, 318-319; Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1031, Neale/Goyder, 242-243.

19 Lusk/Hewitt/Dornell/Barnes, 1049.

20 Neale/Goyder, 382; bak. Gwartney/Stroup, 278; bak ve kar. Oppenheim/Weston/ McCarthy, 21.

Amerikan rekabet hukukundaki tüm bu kanunlaştırma faaliyetleri, bir bakıma, rekabet hukukunun tarihî gelişim sürecini de ortaya koymaktadır. Rekabet düzenlemelerine sahip olmak isteyen diğer ülkelere düşen ise, Amerikan tecrübesinden yararlanarak bu metinleri, *kendi hukuk sistemlerine ve rekabet anlayışlarına uygun biçimde*, bir araya getirmek olmuştur.

Amerikan rekabet hukukuna uyumlu eylemler açısından bakıldığında, bu husustaki Türk ve Avrupa Birliği rekabet düzenlemelerine karşılık gelen Kanunun, Sherman Kanunu (özellikle sec.1) olduğu görülür. Clayton ve Robinson-Patman Kanunları hükümlerinin benzerleri ise, Avrupa Birliği ve Türk hukukunda, rekabeti sınırlayıcı davranış örnekleri arasına serpiştirilmiştir (örneğin, RKK m. 4/II, bent e ve f). Dolayısıyla bu yönüyle uyumlu eylemlerle ilgili olmaktadırlar. Öte yandan, genişlemiş yetkileri doğrultusunda Sherman Kanununun yürütümünde de söz sahibi olduğu için, FTC'nin bu Kanuna ilişkin yorum ve uygulamaları da, uyumlu eylemler açısından dikkate alınmağa değerdir.

C. Uyumlu Eylemler Kavramının Ortaya Çıkışı

1. Sherman Kanununda Düzenlenen Danışıklı İlişkiler

Sherman Kanununda danışıklı ilişkilerin üç başlık altında toplandığı görülmektedir; "contract", "combination", "conspiracy"²¹. Görüldüğü gibi Sherman Kanununda concerted action (uyumlu eylemler) kavramına rastlanmaz. Tekrarlamak gerekir ki uyumlu eylemler zaman içinde içtihatlar yoluyla Amerikan rekabet hukukuna girmiştir.

Sherman Kanununda yer alan "contract"ın, öncelikle Kıta Avrupası hukukundaki sözleşmeyi (Vertrag) karşıladığı tartışmasızdır²². Bu anlamda, kısaca, yasal olarak bağlayıcılığı olan anlaşmadır²³. Tarafların sözleşme yapma yani fiil

21 Sherman Kanunu Sec.1: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is declared to be illegal."

22 Bak. Oxford Dictionary of Law, London 1997, s.105; Ovacık, M.: İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara 1986, s.89.

23 "Contract"ın unsurları ve sözleşmeler hukuku açısından Common Law'a özgü bir hukuksal kavram olan (Özsunay, Karşılaştırmalı hukuk, 307) "consideration" için bak. Ranieri, P.: Europäisches Obligationenrecht, Lehr- und Textbuch, Wien 1999, 13-15; Fisk, M./Mietus, N.J./

ehliyetleri bulunmalı ve sözleşme şekil şartlarına uygun yapılmalıdır²⁴. Bununla birlikte Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi genellikle şekil serbestisi geçerlidir. Dolayısıyla sözleşme yazılı, sözlü ya da örtülü (zımnî) olarak kurulabilir²⁵. Doktrinde bazı yazarlar Sherman Kanununun "contract" kavramını sözleşme olarak anlarken²⁶, bazı yazarlara göre "contract"ın bunu aşan bir anlamı vardır²⁷ ve rekabeti sınırlamaya yönelik hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmaları da kapsayabilir²⁸. Bu genişlikteki "contract" kavramı anlamca "combination" ve "conspiracy" kavramlarından önemli bir fark göstermez²⁹.

Common Law'da "combination", ceza hukukunda ve özel hukukta farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Ceza hukukunda, birden çok kimsenin yasal olmayan faaliyetlerde bulunmak üzere birleşmelerini ve bu suretle meydana getirilen birliği ifade eder. Özel hukukta ise ihtira hukuku ile ilgili kullanılır ve mevcut bir alet ya da makinenin ihtira beratına hak kazandıracak şekilde tamamen yeni bir tarzda tertip ve tanzimini anlatır³⁰.

"Conspiracy" ise asıl itibarıyla ceza hukuku kökenli bir kavram olup rekabet hukukuna buradan geçmiştir ve genel bir ifade ile, hukuka aykırı bir amaç için birden fazla kimsenin anlaşmaları anlamına gelir³¹.

Uyumlu eylemler açısından ele alınması gereken sorunlardan biri de, bu kavrama temel teşkil eden "conspiracy" ve "combination" kavramlarının rekabet hukukunda yüklendiği anlamın ortaya konulmasıdır. İlk bakışta "combination", Sherman Kanununun lâfzıyla da bağlantılı olarak tröst ve buna benzer birlikleri karşılıyor gibi düşünülebilirse de, aşağıda dolaylı olarak ele alınacağı üzere, ceza

Snapp, J.C.: Applied Business Law, 10. ed., Cincinnati 1970, 88-211; Treitel, G.H.: The Law of Contract, 10. ed.; London 1999, 1 vd.; Scaletta/Cameron, 178-350, özellikle 194-232; Corley/Shedd, 145-184; Jentz/Miller/Cross/Clarkson, 113-261, özellikle 125-159.

24 Scaletta/Cameron, 252-270; Jentz/Miller/Cross/Clarkson, 159-184; Corley/Shedd, 184-203; Fisk/Mietus/Snapp, 135-145.

25 Jentz/Miller/Cross/Clarkson, 199-215; Corley/Shedd, 221-240; Fisk/Mietus/Snapp, 168-183.

26 Chang, 41; Diekmann, 21.

27 Lusk/Hewitt/DornellBarnes, 995; Blackburn, J.D/ Klayman, E.I /Malin, M.H.: The Legal Environment of Business, 4. ed., Boston 1991, s. 562.

28 Oppenheim/Weston/McCarthy, 190-191; ayrıca bak. Lusk/Hewitt/DornellBarnes, 995; Blackburn/ Klayman/Malin, 562.

29 Bak. Lusk/Hewitt/DornellBarnes, 995; Blackburn/ Klayman/Malin, 562.

30 Ovacık, 72.

31 Smith, J.C/Brian, H.: Criminal Law, 7. ed., London 1992, s.269.

hukukundaki anlamına çok daha yakındır. Öte yandan "conspiracy" kavramının rekabet hukukunda ele alınışı, "conspiracy" ile "combination" arasındaki ilişki, bunların doktrin ve yargısal içtihatla nasıl anlaşıldıkları, bu yönüyle AB ve Türk rekabet hukuku açısından hangi tür danışıklı ilişkilere yakın anlamlar içerdiklerinin açıklığa kavuşturulması da önemlidir.

2. Conspiracy-Combination İlişkisi ve Conspiracy Kavramının Ortaya Çıkışı

"Combination" ile "conspiracy" arasındaki ilişki, "conspiracy" kavramının tarihi gelişim süreci ile yakından ilgilidir. "Conspiracy" Amerikan hukukuna İngiliz hukukundan geçmiştir. İngiltere'de, 1066'daki Norman istilası ile I.Edward'ın tahta geçişi arasında, suç oranında önemli artış olmuş ve kişilere, mülkiyet ve seyahat özgürlüğüne karşı işlenen suçlar, sosyal düzeni bozacak boyutlara ulaşmıştı³². Bu dönemde adalet mekanizmasının işleyişini bozmaya yönelik her girişim sosyal dengeyi zedeleyici, Common Law'a göre cezalandırılabilir bir suç olarak kabul ediliyordu. Özellikle I. Edward'a kadar, "conspiracy"nin alanı, adaletin yürütülmesini engelleme ya da saptırma amacı taşıyan, kişilerin fiili birliktelikleri (combination) ile sınırlanmıştı³³ ve "conspiracy" bu dönemde tamamen ceza hukuku karakterli bir kavram niteliğindedir³⁴.

"Conspiracy" ile ilgili ilk yazılı (yasal) kaynaklar I. Edward zamanına rastlar. Nitekim 1293'de Gizli İş Birlikçiler Kanunu (The Statute of Conspirators) kabul edilmiştir. Bu düzenleme, "conspiracy" faillerini, bunları plânlayanları, tahrik ve teşvik edenleri, yardımda bulunanları ve bunun bir kısmına dahi olsa iştirak edenleri ve bunlara aracılık edenleri şikâyet imkânı sağlıyordu³⁵. Bu dönemde de "conspiracy" adaleti aldatmaya ve adaletin işlenmesini engellemeye yönelik eylemleri konu alıyordu. "Conspiracy"nin kapsadığı suçlara bu anlamda "maintenance" ve

32 Bu dönem İngiliz hukuku için bak. Pollock, F/Maitland, F.W.:The History of English Law, Before the Time of Edward I, 2. ed., vol.I, Cambridge 1988, s.1 vd.

33 Bryan, J.W.: The Development of the English Law of Conspiracy, London 1970, s.11; Holdsworth, W.:A History of English Law, vol.III, London 1973, 400-401.

34 Bak. Byran, 11-15.; Holdsworth, 397 vd.; Leach,T.J.: Civil Conspiracy: What's the Use?, University of Miami Law Rev., 1/1999, s.1-4; Kelder, G.E./Daynard, R.A.: The Role of Litigation in the Effective Control of the Sale and Use of Tobacco, Stanford Law & Policy Rev., 8/1997, s. 64.

“champerty” örnek olarak verilebilir. “Maintenance”, kendisinin hiçbir hukukî yararının bulunmadığı bir davanın açılmasını (ya da sürdürülmesini) teşvik ve tahrik etmektir³⁶. “Champerty” ise “maintenance”in özel bir türü olup, kazanılması hâlinde dava konusunun bir kısmının alınması karşılığında, bir üçüncü kişi tarafından (kendisinin korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı) bir davanın açılmasının (ya da sürdürülmesinin) desteklenmesi ve teşvik edilmesi anlamına gelir³⁷.

1293 tarihli düzenlemede “conspiracy”nin özel hukuksal sonuçlarına ilişkin bir açıklık yoktu. Bununla birlikte uygulamada ceza yolu yerine ya da onun yanında tazminat davaları da açılmaya başlandı. Böylece “conspiracy”nin mahkeme önünde bir sivil yani özel hukuk davası ile takip edilebilmesi yolu açılmış oldu³⁸. Öte yandan doğrudan failer yanında (ceza hukuku açısından asli maddî fail) eylemi plânlayan, yardım eden ve teşvik edenler aleyhine de bu sorumluluk genişletilmiş oldu³⁹.

Bununla birlikte bu düzenlemede kendisine karşı hukukî koruma sağlanan ihlâlin unsurları yer almamıştır. Gerçekten de bu metinde “conspiracy” ve onun faili olarak “conspirator”ın tanımına yer verilmemiştir.

1. Edward dönemine rastlayan 1305 tarihli Gizli İş Birlikçiler Fermanında ise (The Ordinance of Conspirators) yine “conspiracy” tanımlanmamış ama “conspiracy” faili olarak “conspirator”ın anlamı ortaya konulmuştur. Buna göre “conspiracy”nin faillerinin, gerçeğe aykırı beyanda bulunmak vb. yollarla bir kişinin beraat etmesini sağlamak ya da mahkemeler önünde gerçeğe aykırı iddialar ortaya koymak üzere

35 Brazil, E.: \$206 Billion Tobacco Deal, San Francisco Examiner, Nov.15,1998, at A1; Leach, 5-6.

36 “Para vererek veya sair suretle taraflardan birine dava açması veya kendisini müdafaa etmesi hususunda yardım etmek suretiyle kendisinin hiçbir surette ilgisi bulunmadığı bir davayı tahrik etme. Bu fiil bir suç teşkil eder.” Ovacık, 208; “An unlawful upholding of the demandant or plaintiff, tenant, or defendant in a cause defending in suit, by word, action, writing, countenance, or deed.” Holdsworth, 398.

37 “Başkasına ait bir dava hakkının satın alınması; bir dava taraflarından biri ile üçüncü bir şahıs arasında, üçüncü şahsın davayı masraflarını kendisi karşılamak suretile takip etmesi ve mukabilinde dava kazandıği takdirde dava mevzuunun bir kısmını alması hususunda yapılan anlaşma.” Ovacık, 62; “The promotion or support of litigation by a third party who has no legitimate interest in the proceedings (maintenance) and the support of litigation by a third party in return for a share of the proceeds (champerty, an aggravated form of maintenance).” Oxford Dictionary of Law, 278.

38 Bryan, 17; Leach, 5-6; Holdsworth, 404.

39 Prosser, W/Keeton, W.P/Dobbs, D.B/Keeton, R.E/Owen, D.G.: Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. ed., St. Paul 1984, s. 324.

birbirlerine ant, sözleşme ya da diğer bir surette bağlanan ve böylelikle fesat birliği kuran kişiler olduğu anlaşılır⁴⁰.

Bu zamana kadar yapılanlar, Common Law uygulamasının hukuka aykırı birlik ve birliktelilere (combination) karşı geliştirdiği ilkeleri yazıya aktarmaktan ve "conspiracy" faillerinin cezalandırılması ve zarardan sorumlu tutulabilmesi için bir sistem getirmekten ibaretti⁴¹.

17. yüzyılın başlarında ise conspiracy anlayışında değişimler yaşanmış ve sonucuna bakılmaksızın "conspiracy" için anlaşmak ceza için yeterli görülmüştür. Bugünkü İngiliz hukukunda "conspiracy", ceza ve özel hukuksal olmak üzere iki görünüm arz eder. Bununla birlikte 1977 tarihli Ceza Kanununun (Criminal Law Act) "conspiracy" anlayışı (statutory conspiracy) ile Common Law'un "conspiracy" kavramı büyük ölçüde sınırlanmış ve şu konulara hasredilmiştir⁴²: Dolandırma amaçlı fesat birliktelikleri kurmaya⁴³, bir memurun kamu görevine aykırı davranmasına neden olmaya⁴⁴ ve genel ahlâkı ve adabı (belli derecede) bozmaya yönelik iş birlikleri.

Özel hukukta ise "conspiracy", kendisine karşı gizli iş birliğine girişilen kişiye tazminat konusu bir zarar verilirse söz konusu olmaktadır⁴⁵.

Yukarıda ifade edildiği gibi, Amerikan hukuku İngiliz hukukuna ait kavramlar üzerine kurulmuş ve bu kavramlar Amerikan yargısınca büyük ölçüde İngiliz hukuk sistemi anlayışına uygun şekilde yorumlanmıştır. Bu yüzden Amerikan hukuku açısından da "conspiracy" ile "combination" arasında yakın bir ilişki vardır. Nitekim 1819 tarihli US v. Addystone Pipe&Steel kararında hâkim Taft, "conspiracy" kavramını, hukuka uygun araçlarla hukuka aykırı bir amacı ya da hukuka aykırı araçlarla hukuka uygun bir amacı (ya da neticeyi) gerçekleştirmek için iki ya da daha

40 Bryan, 18; Leach, 6-7; Holdsworth, 405-406.

41 Bryan, 21-22; Leach, 6-7;

42 Clerk, J.F./Lindsell, W.H.B.: Clerk & Lindsell on Torts, 17. ed., London 1995, s.1268; Oxford Dictionary of Law, 99; bak ve kar. Card, R.: Introduction to Criminal Law, 10. ed., London 1984, Nr. 17.6.

43 Örnekler için bak. Oxford Dictionary of Law, 99.

44 Örneğin, hakkındaki ceza kovuşturmasını düşürmek için ilgili kamu görevlisine rüşvet vermek hususunda bir başkasıyla anlaşmak ya da kendi lehine sahte şahitlikte bulunması için birisiyle anlaşmak. Bu tür "conspiracy" içerikli adaletin işleyişine ve akışına müdahale öngören sözleşmelerin özel hukuk açısından geçersizliği ile ilgili bak. Treitel, 408.

45 Oxford Dictionary of Law, 99.; Leach, 8.

fazla kimsenin bir araya gelmesi yani "combination"ı olarak tanımlamıştır⁴⁶. Bu tanımın, "conspiracy"nın gerek özel gerekse ceza hukuku anlamı için, doktrinde de kabul gören bir tanım olduğunu söylemek mümkündür⁴⁷.

Amerikan rekabet hukukunda da "combination" ve "conspiracy" hemen hemen aynı anlamda kullanılmaktadır. Yüksek Mahkeme, kural olarak, "combination" ve "conspiracy" arasında önemli bir fark görmemektedir⁴⁸. Nitekim bu anlayış doktrinde de genelde benimsenmektedir⁴⁹. Örneğin, Blackburn/Klayman/Malin'e göre, bir nüans olarak, "conspiracy" gizli kapaklı toplantılar ve ayrıntılı plânlarla örtülü fesat dolu bir yapı arz ederken; "combination" ona göre daha az tehlikeli ve sözleşmeye (contract) göre de daha az resmî bir görünüm arz eder⁵⁰.

Bununla birlikte farklı görüşler de vardır. Baker, "combination" kavramı altında, katılımcıların birlikte hareket etmeye tehdit ve zorlama altında razı olduğu gevşek uzlaşma ya da anlaşma formlarını toplarken, bunun dışında kalan, teşebbüslerin bir

46 "A conspiracy is a combination of two or more persons to accomplish an unlawful end by lawful means or a lawful end by unlawful means" 85 F 271, 293 (6th Cir. 1819).

47 Nitekim "Conspiracy is an agreement between two or more persons to do an unlawful act or to do a lawful act by unlawful means." bak. Clerk/Lindsell, 1267; Leach, 8; ".....conspiracy is a combination between two or more persons for the purpose of accomplishing an unlawful act or a lawful act by unlawful means." Low, P.W.:Criminal Law, St. Paul 1984, s.275; "A conspiracy is a combination for an unlawful purpose." Perkins, R.M/Boyce, R.N.: Criminal Law, 3. ed., Mineola 1982, s.682; "Conspiracy is a combination between two or more persons to accomplish a criminal or unlawful act, or to do a lawful act by criminal or unlawful means.", s.681.; "(Conspiracy:) A combination or confederacy between two or more persons formed for the purpose of committing, by their joint efforts, some unlawful or criminal act, or some act which is innocent in itself, but becomes unlawful when done by the concerted action of the conspirators, or for the purpose of using criminal or unlawful means to the commission of an act not in itself unlawful." Dow, P.E.: Criminal Law, Monterey 1985, s.214.

48 Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp., 392 US.134 (1968).; Aynı yönde United States v. Singer Mfg Co., 374 US.174 (1963).; ayrıca, Bogosian v. Gulf Oil Corp., 561 F. 2d 434,445, (3d Cir. 1977): "We perceive no distinction between the terms combination and conspiracy....".

49 American Bar Association: Antitrust Handbook: Contract, Combination and Conspiracy, 1958, s.119.; Rahl, J.: Conspiracy and the Antitrust Laws, Illinois Law Rev., 44/1950, s.744.; Taubmann, J.: Pools, Combinations, Conspiracies and Joint Ventures, Antitrust Bulletin, 4/1959, s.341 vd.

50 Blackburn/Klayman/Malin, 562.

zorlama olmaksızın kendi iradeleri ile katıldıkları anlaşmalar sonucunda gerçekleşen ortak fiil ve davranışları "conspiracy" altında toplamaktadır⁵¹.

Amerikan rekabet hukuku anlayışını özetlemek gerekirse, kanuna aykırı bir amaçla kurulan bir ittifak ve bu suretle meydana getirilen fiilî bir birlik olarak her "combination" bir "conspiracy" ve bir fesat birliği olarak her "conspiracy" de bir "combination" içermektedir⁵².

Nitekim bundan dolayı Amerikan rekabet hukukunda "combination" ve "conspiracy", hukuken bağlayıcı olmayan, tüm rekabeti sınırlama amaçlı uzlaşma ve bağdaşmaları kapsamaktadır⁵³. Bu bakımdan Lübbert'in de ifade ettiği gibi, Amerikan rekabet hukukunda uyumlu eylemleri bir "combination" ya da bir "conspiracy"ye istinat eden rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları olarak anlamak mümkündür⁵⁴.

Hatta contract da dahil olmak üzere, Sherman Kanununda sayılan danişıklı ilişkilerin tümünün özünün, birlikte (müştereken) gerçekleştirilen eylemler/birlikte davranışlar (concerted action) olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

Bu nedenle Sherman Yasası sec. 1'in "combination" ve "conspiracy" kavramları, AB. ve Türk rekabet hukukunun yazılı kaynakları ile karşılaştırıldığında gerek centilmenlik anlaşmaları ve birlik kararları, gerekse uyumlu eylemleri içine alacak derecede genişlilik gösterirler⁵⁶. Bu açıdan Amerikan rekabet hukukuna ilişkin yargı kararları değerlendirilir ve ele alınırken bu noktanın gözden kaçırılmaması gerekir. Varılacak diğer bir sonuç ise "conspiracy" kavramının AB ve Türk hukukundaki uyumlu eylemleri birebir karşılayan bir kavram olmadığıdır.

51 Baker, J.: Combinations and Conspiracies- Is There a Difference?, Antitrust Bulletin, 14/1969, s.71 vd.; Aynı yönde bak. Note (Utah Law Rev.): "Combinations" of the Sherman Act, 1966, s. 75 vd.

52 Benzer şekilde Chang, 42.

53 Diekmann,21.

54 Lübbert, 34; Chang, 43.

55 Sullivan, L.A.: Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul 1977, s. 312; Blackburn/Klayman/Malin, 562.

56 Benzer şekilde Diekmann, 24.

3. Conspiracy ve Combination Terimlerinin Türkçe İfade Edilmesi

Almanca literatürde "conspiracy" kavramını karşılamak üzere "Verschwörung", "Komplott"^{57 58}; özel hukuksal "conspiracy" (civil conspiracy) için "geheime Absprache (ya da geheime Verabredung)"⁵⁹, "geheime Verschwörung"⁶⁰ ifadeleri kullanılıyor. Özellikle rekabet hukukundaki "conspiracy" kavramını ifade etmek üzere "verschwörisches Zusammenwirken"⁶¹, "wettbewerbsbeschränkende Absprache"⁶² ya da "heimliche Übereinkunft"⁶³ kullanımlarına rastlanılıyor. "Verschwörung", komplo, gizli plân ve bununla bağlantılı olarak "verschwörisches Zusammenwirken", gizli anlaşmalar ya da plânlarla birlikte etkili olma (ya da etkililik) şeklinde tercüme edilebilir. "Heimliche Übereinkunft"un ise, çok daha fazla, gizli uyuşma, uzlaşma, anlaşma anlamı vardır.

Türkçe'de "conspiracy", kötü amaçla yapılan gizli anlaşma/iş birliği, suikast, kumpas (benzer anlamda; plot, intrigue, machination, collusion); gizli plân, suikast plânı, kötülük için yapılan plân (benzer anlamda, secret plan, criminal plan); yasa dışı/kötü amaçlarla bir araya gelen kimselerin kurduğu topluluk (benzer anlamda, cabal); birlikte yapılan eylem, belirli bir sonucu sağlayacak iş birliği⁶⁴ ya da komplo; yasa dışı bir şey yapmak için tasarlanan gizli plân ve genelde hukukî açıdan fesat düzeni/tertibi: cinayet, sahtekârlık vb. suçları işlemek üzere iki ya da daha fazla kimse arasında yapılan anlaşma⁶⁵, gizi ittifak, suç işlemek maksadı ile birden fazla kimsenin anlaşmaları⁶⁶; özellikle rekabet hukukundaki anlamıyla gizli anlaşma⁶⁷ ya da iş birliği⁶⁸ olarak ifade edilmektedir.

57 Dietl, C.E/Moss, A.A./Lorenz, E.: Dictionary of Legal, Commercial and Political Terms /Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik, English-Deutsch, Newyork, München 1985, s.154; von Beseler D./ Jacobs-Wüstefeld, B.: Law Dictionary, English-German, 4. ed, Berlin/Newyork 1986, s.378.

58 Bu anlamda Fransızca, Conspiracy, Complot, bak. Law&Commercial Dictionary in Five Languages, A-J, ed. by Wesh Publishing Company, St. Paul 1985, s.324.

59 Dietl/Moss/Lorenz, 154.

60 von Beseler/Jacobs-Wüstefeld, 378.

61 Bak. Diekmann, s.54 dn.2

62 Dietl/Moss/Lorenz, 154.

63 Treuman/Peltzer/Kuehn, 294.

64 TDK.: İngilizce-Türkçe Sözlük, (hazırlayan: Hâmit Atalay), Ankara 1999, s.755.

65 TDK., İngilizce-Türkçe Sözlük, s.755.

66 Ovacık, 86.

“Combination” ise Almanca’da “Verbindung”, “Vereinigung”, “Zusammensetzung”, “Zusammenstellung”, “gemeinsamen Handeln”, “Bundnis”, “Konzern”, “Trust” gibi sözcüklerle karşılanırken⁶⁹, özellikle rekabet hukukundaki anlamıyla Almanca’ya “wettbewerbsbeschränkender Zusammenschluß⁷⁰/ wettbewerbsbeschränkendes Zusammenwirken⁷¹” olarak çevrilmektedir. Bununla birlikte Almanca literatürde her iki kavramı da orijinaleri ile ifade etme eğilimi ağır basmaktadır.

“Combination” sözcüğünün, 1. Birleş(tir)me, meczetme, bağdaşma, uyuşma (benzer anlamda, association, union, coalescence); 2. Düzen, tertip, terkip; 3. Birlik, topluluk, ittifak (benzer anlamda, association, federation, coalition, bloc) gibi anlamları vardır. Adı geçen kavramın; ittifak, düzen, tertip ve bu anlamda bağdaşma içeren anlamı, öte yandan tröst ve benzeri birlikleri kapsamı ve fakat bu birim ya da birliklerin bir tüzel kişilik taşıması, yani hukuk süjesi olmasının gerekli görülmemesi ve bu açıdan fiilî birlik ve birliktelikleri de içermesi, en önemlisi rekabet hukuku açısından gizli iş birliği ile yan yana ve aynı anlamda kullanılmasıyla tröst benzeri bir bünyenin varlığından çok teşebbüslerin rekabetin sınırlandırılması hedefi ile bir araya gelmesini ifade ettiği dikkate alındığında, bu çalışmada “combination” “fiilî birliktelik” olarak ifade edilecektir. Öte yandan Amerikan rekabet hukukundaki “combination” ve “conspiracy” kavramları arasındaki yakın ilişki ancak bu şekilde ortaya konulabileceği için, her iki kavramı birden karşılamak üzere “iş birliği” kullanılacak; ayrıca belirtilmesi gerektiğinde ya da bilimsel ve yargısal içtihatla tek başına kullanıldığı zamanlarda “conspiracy” için “gizli iş birliği” ifadesi tercih edilecektir.

67 Öz, G.A.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s.26.

68 Akıncı, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s.141. Ancak Akıncı’nın “işbirliği”nden söz ederken, yalnızca “conspiracy”i mi, yoksa “combination” ve “conspiracy”i birlikte mi kastettiği açık değildir.

69 Bak. Dietl/Moss/Lorenz,129.; von Beseler/Jacobs-Wüstefeld, 319.

70 Law&Commercial Dictionary in Five Languages, A-J, 272.; Dietl/Moss/ Lorenz,129.; von Beseler/Jacobs-Wüstefeld, 319.

71 Dietl/Moss/Lorenz,129.

4. Amerikan Rekabet Hukukunda Gizli İş Birliği Kavramının Gelişimi ve Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı

a. Gizli İş Birliğinin Unsurları

Gizli iş birliği asıl itibariyle ceza hukukuna ait bir kavramdır. Common Law'da taşıdığı anlamının yanında Amerikan hukukunun modern ceza kanunlarında da yer almaktadır⁷². Sherman Kanununun cezaî yaptırım yönü⁷³ dikkate alındığında rekabet hukukunda kullanılması da doğal görülebilir.

Gizli iş birliğinin ceza hukuku niteliği ağır basan unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür⁷⁴:

- suç kastı/kanuna aykırı amaca ulaşma niyeti (criminal intent)

-bu amaca yönelik anlaşma (agreement)

-anlaşma içinde ifadesini bulan suç niyetinin açığa çıktığı eylem ya da icraî hareket⁷⁵ (overt act, Ausführungshandlung).

72 Örneğin, "(a) A person commits criminal conspiracy if, with intent that a felony be committed: (1) he agrees with one or more persons that they or one or more of them engage in conduct that would constitute the offense; and (2) he or one or more of them performs an overt act in pursuance of the agreement." Texas Penal Code Annotated § 15.02; başka örnekler için bak. Louisiana Revised Statutes Annotated §26; California Penal Code §182.

73 Henrichs, 97.

74 Bak. Developments in Law: Criminal Conspiracy, Harvard Law Rev., vol. 72, 1958/59, s.922 vd.; Perkins/Boyce, 681 vd; Cross/Jones, Nr.17.6 vd; Smith, J.C./Hogan, B.: Criminal Law, 6. ed., London 1988, 274 vd; Low, 275 vd; Lübbert, 34.; Diekmann, 22; Dow, 214 vd; Low, P.W/Jeffries, Jr.J.C/Bonnie, R.J.:Criminal Law, Cases and Materials, 2. ed., Mineola 1986, s.434 vd.

75 Bir kimsenin bir diğeriyle; (örneğin, onun banka soygunu yapmasına yardımcı olacağı hususunda) gizli iş birliği içinde olduğunu söylemek için, tarafların hukuka aykırı anlaşmasını destekleyen ek bir faaliyetin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu anlamda silahların sağlanması "overt act"i karşılar. Ancak salt sözle anlaşmanın ötesindeki herhangi bir eylemin de "overt act" için yeterli olacağı kabul edilmektedir. Soygunda görevlerin taksimine ilişkin plânlarn tartışılması buna örnek verilebilir. Bununla birlikte bazı gizli iş birliği türleri için yalnızca anlaşmanın varlığı yeterlidir. Özellikle Common Law kökenli olanlar bu kategoriye sokulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bak. Dow, 219; Low, 276; Smith/Hogan, 274 vd; Perkins/Boyce, 685 vd. Yukarıdaki örnek dikkate alındığında gizli iş birliğinin ceza hukukumuzdaki iştirak kurumunu karşıladığı düşünülebilirse de, gizli iş birliğinin burada yer verilmeyen özellikleri de dikkate alındığında, yerine göre onu iştirakin bir türü ya da iştirake alternatif bir kavram olarak görmek daha uygun olur. Bak. Low/Jeffries/Bonnie, 434 vd ve 464 vd.

Amerikan rekabet hukukunda klâsik gizli iş birliğinin unsurları, Yüksek Mahkemenin içtihatları yoluyla zaman içinde yumuşama göstermiştir. Önemli ispat kolaylıkları sağlanmış, özel bir suç kastı ya da niyeti ve "overt act" anlamında icraî bir hareketin zorunlu olarak aranmasından vazgeçilmiştir⁷⁶. Böylece rekabet hukukundaki gizli iş birliği, ceza hukuksal gizli iş birliği kavramından ayrı ve yeni bir yol izlemeye başlamış, teşebbüsler arası iş birliğinin gösterdiği özelliklere göre gelişmiştir⁷⁷.

Bu gelişim süreci aynı zamanda uyumlu eylemlerin de ortaya çıktığı süreçtir ve bu gelişim sürecinde uyumlu eylemlerin önemli bir rolü olmuştur. Uyumlu eylemlerin ortaya çıktığı tarihî süreç, aynı zamanda rekabet hukukunda uyumlu eylemlere duyulan gereksinimi anlamak açısından da önem taşır. Bu nedenle burada rekabet hukukunda uyumlu eylemlerin ortaya çıkışının ve zaman içinde kazandığı anlamın belirlenmesi önemli olmaktadır.

b. Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı

aa. Kereste Satıcıları Kararı

Amerikan rekabet hukukunda, Yüksek Mahkemenin uyumlu eylemlerle ilgili ilk önemli kararı 1914 tarihli Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. US kararıdır⁷⁸. Bu karara konu olan olayda, Amerikan perakende kereste satıcıları birliklerinin, toptan kereste satıcılarının doğrudan tüketiciye satış yapmasını önlemek için, iş birliği yaptıkları iddia edilmişti. Davalılar, Newyork, New Jersey, Pennsylvania, Connecticut Massachusetts, Rhode Island, Maryland ve Columbia bölgesindeki çok sayıdaki perakende kereste satıcısının üyesi oldukları çeşitli kereste birlikleri (associations) ve bu birliklerin görevli ve yöneticileriydi. Bölge mahkemesine göre, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin sayısındaki çoklukla karşılaşıldığında, kereste pazarındaki teşebbüs davranışları çok az farklılaşma gösteriyordu. Teşebbüsler bunu "Official Report" denilen bir raporun dağıtımını ve

76 United States v. Griffith 334 US 100, 105 (1914) ; Nash v. United States 229 US 373 (1913), 376-377; American Tobacco Co. v. United States 147 F. 2d 93, 1944; Henrichs, 97; kar. Diekmann 23.

77 Diekmann, 23.

78 234 US 600 (1914).

sirkülasyonu sayesinde edindikleri bilgileri benimseyerek ve kullanarak başarıyorlardı. Tüm bunlar teşebbüsler arasında iş birliğinin olduğunu ortaya koyuyordu.

Sirkülasyonu sağlanan raporda, öncelikle raporun içerdiği bilgilerin tüm üyelerin çıkarına olduğu vurgulanıyor, sonra da her üyeye, diğer üyelerin rapora uygun şekilde davranılması beklentisi taşıdığı iletiliyordu⁷⁹.

Rapor, perakendeciyi aradan çıkararak doğrudan doğruya tüketiciye satış yapmak için bağlantıya geçen ya da hâlihazırda tüketicilere doğrudan doğruya satışta bulunan toptancıların ad ve adreslerini içeriyordu. Üyelerden, tüketicilerle bu tarz ilişkilere giren başka toptancılar varsa ya da olursa bunlara ilişkin bilgilerin de ayrıntılı biçimde bildirilmesi isteniyordu.

Bölge mahkemesine göre perakendeciler kendi satış bölgeleri olarak gördükleri alan içinde toptancıların doğrudan doğruya tüketiciye satış yapmasını haksız bir müdahale olarak görüyor ve perakendeci birlikleri de hâliyle satış bölgelerini bu yönde kontrol etmek arzusuna sahip üyelerden oluşuyordu. Dolayısıyla birlikler, diğer amaçlarının yanında, toptancıların perakendeci bölgelerine müdahalesini engelleme ve bunu olanaklı kılacak yöntem ve araçlar benimseme amacı güdüyorlardı. Rapor ve bunun sirkülasyonu da toptancıların tüketiciye doğrudan satışlarını önlemeye yönelik bir faaliyetti.

Yüksek mahkeme davada öncelikle mevcut olgulardan bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşıp ulaşılamadığı sorununa eğildi. Raporun içeriğine bakıldığında, burada perakendeciler arasında, adı listelenmiş toptancılarla işlem yapılmamasına ilişkin bir anlaşmanın olmadığını belirtti. Öte yandan perakendeciler arasında, listede adı geçen toptancılarla işlem yapan ya da yapacak perakendecilere uygulanacak bir yaptırım da öngörülmemişti. Bununla birlikte birlikler bünyesinde toplanan perakendecilerin giriştikleri tüm eylemlerin amacının, raporda adı geçen toptancılarla işlem yapılmamasını sağlamak olduğunu görmemek mümkün değildi⁸⁰.

79 *"You are reminded that it is because you are members of our Association and have an interest in common with your fellow members in the information contained in this statement, that they communicate it to you; and that they communicate to you in strictest confidence, and with the understanding that you are to receive it and treat it in the same way."* 234 US 600, 603 vd.

80 *"True it is that there is no agreement nor is there any penalty; but he is blind indeed who does not see the purpose to put ban upon wholesale dealers....."* 234 US 600, 612.

Nitekim davalı teşebbüsler de raporun, raporu alanların listede adı geçen toptancılarla ticarî ilişkilerini sınırlama sonucu doğurucu yönde "doğal bir eğilim" (a natural tendency) taşıdığını kabul etmekteydiler. Mahkeme ise rapor ve onun sirkülasyonunu, doğal bir eğilimden öte, rekabeti sınırlama doğal etkisine (the natural effect) sahip gördü.

Üstelik bu içerikteki bir raporun sirkülasyonu yoluyla perakendecilerden sadece birinin ya da birkaçının bölgesinde tüketiciye doğrudan doğruya satış yapan toptancıların, tüm birlik üyelerine ve hatta diğer birliklerin üyelerine bildirilmesi, yalnızca bölgesine müdahale edilmiş farz edilen perakendecinin değil, bu toptancılara karşı tüm perakendecilerin tavır almasını hedefliyordu.

Böylece Yüksek Mahkeme bu davada, Sherman kanunu anlamında iş birliğinin varlığı için bir anlaşmanın varlığının kanıtlanması gerektiğini yinelemiş oldu. Ancak, bunun yanına, iş birliğinin doğrudan delillerle ispatının çok güç olduğunu ekledi ve buradan, fiilen yapılan ve gerçekleştirilen şeylerden iş birliğine ulaşılabileceği kanaatine vardı. Yüksek Mahkemeye göre bu davada toptancıların adlarının sirkülasyonu, uyumlu eylemler yoluyla iş birliğini başarmak içindi ve bu, böyle eylemlerin doğal sonucu olarak kolaylıkla görülebiliyordu⁸¹.

Yüksek Mahkeme bu davada, raporların sirkülasyonu yoluyla, yalnızca listede adı geçen toptancıların perakende satıcılarla rekabetini önlemeye yönelik bir sınırlama tespit etmemiştir. Bunun yanında bir başka önemli noktaya daha değinmiştir ki bu, kendi bölgesine karşı bir saldırıya girişilmemiş olan birlik üyesi perakendeciler açısından da listelenmiş toptancılarla ticaret yapma özgürlüğünün kısıtlanmış olmasıydı. Yani ilgili birliklerden birinin herhangi bir üyesinin, bölgesinde toptancı tarafından tüketiciye doğrudan satışlara girişilerek kendisine karşı bir haksızlık yapıldığına ilişkin beyanı, aslında kendilerine karşı herhangi bir yanlış tavırda bulunulmamış diğer üyelerle o toptancı arasındaki mevcut ve olası ilişkileri de etkiliyordu; bu "haksızlığa" raporlar yoluyla diğerlerinin dikkati çekiliyor ve onlardan saldırgan tarafla ticarî muamelelerden vazgeçmeleri bekleniyordu. Böylece buradaki faaliyetler, toptancıları boykot etme boyutunu da aşarak, perakende satıcıların rekabet serbestisini de kısıtlıyordu.

Mahkemeye göre bir perakende satıcı, kendisi için yeterli nedenlerin varlığı ile bir toptancı ile olan ilişkisini kesme hakkına sahiptir ve kuşkusuz bir toptancının

doğrudan doğruya tüketiciye satış yoluyla onun aleyhine davranışlarda bulunduğunu düşünerek de bu yönde davranabilir. Ancak Grenada Lumber Co. v. Mississippi kararında hâkim Lurton'un ifade ettiği gibi, perakendeciler, içlerinden birinin ticarî sahasında tüketicilere doğrudan satışta bulunacak üretici ya da toptancılarla ticarî muamelelerde bulunmayacaklarına dair anlaşmalar ya da iş birliği içine girerlerse durum değişir. Bireysel olarak yapıldığında zararsız olan bir eylem, uyum içinde birden çok kişi tarafından yapıldığında genelleşir ve zarar doğurabilir. İşte o zaman bu davranışlar gizli iş birliği formuna dönüşür ve uyumlu eylemin yöneldiği kişiye ya da genelde rekabete zarar veriyorsa yasaklanabilir ya da cezalandırılabilir⁸².

Sonuçta Yüksek Mahkeme, perakende satıcıların kanunların tanıdığı ticaret serbestisinin sınırını aştığı ve aynı amacı güden diğerleri ile birlikte rekabeti sınırlayıcı bir iş birliği içine girdiği gerekçesiyle, bölge mahkemesinin kararını onayladı.

bb. Kereste Satıcıları Kararının sonuçları ve uyumlu eylemlerin bu karar sonrası gelişimi

Kanuna aykırı yöntemlerle kanuna uygun bir amaca ya da kanuna uygun yöntemlerle kanuna aykırı bir amaca ulaşmak isteyenlerin, hele bunların ticarî yaşamın zeki ve dinamik aktörleri olan teşebbüsler olduğu düşünülürse, nadir durumlarda tespiti kolay açık anlaşmalar içine girecekleri ortadadır⁸³.

Kuşkusuz bu gizli iş birliğinin komplo nitelikli karakteri ile de örtüşür. Gerçekten de gizli iş birliğinin, gizli iş birliği ya da uyuşma olarak adlandırılmasının başlıca nedeni de budur. Lumber kararında iş birliğinin ilerideki gelişim çizgisine ışık tutacak şekilde doğrudan ispat araçları ile ispatlamasındaki güçlük ortaya konmuştur. Bu noktadaki güçlük, özellikle gizli iş birliğinin anlaşma unsuru üzerinde yoğunlaşmaktadır⁸⁴.

Kereste satıcıları davasında da, teşebbüsler arasında toptancılarla işlem yapılmaması hususunda rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma ortaya konulamamıştır.

81 ".....it is said that in order to show a combination or conspiracy within the Sherman Act some agreement must be shown under which the concerted action is taken" 234 US 600, 612

82 217 US 433, 54 L. Ed. 826, 30 Supreme Court Rep. 535.

83 Diekmann, 25.

84 Diekmann, 25.

Ancak perakendeciler arasında uygulanan rapor yöntemi, sirkülasyonu sağlanan bilgilerle rekabeti sınırlama doğal eğilimi ya da doğal etkisi taşıyordu. Teşebbüslerin arasında aynı yönde hareket edeceklerine dair bir anlaşma olmamasına rağmen, öyle eylemlere girişiyorlardı ki iş birliğinin varlığına bu eylemler yoluyla kolayca ulaşılabilirdi. İşte kendisinden gizli iş birliğinin varlığı sonucu çıkarılabilecek bu eylemleri, Kereste satıcıları kararında Yüksek Mahkeme uyumlu eylemler “concerted action” olarak⁸⁵ adlandırmıştır.

Böylelikle bir anlaşmanın varlığının doğrudan ispat araçlarıyla ispatlanmasının aranmasından vazgeçilmiş, pazar davranışlarından yola çıkılarak dolaylı ispat imkânının tanındığı gizli iş birliği kavramına bir kayma olmuştur⁸⁶. Dolayısıyla uyumlu eylemler, Yüksek Mahkemenin Kereste satıcıları kararından sonra iş birliğine istinat eden rekabet sınırlayıcı ya da bozucu pazar davranışları olarak ortaya çıkmış olmaktadır⁸⁷.

85 Çalışmamızda Amerikan hukukunda geçen “concerted action”dan söz edildiğinde, bu ifade, AB hukukuna ilham verdiği şekliyle uyumlu eylemler olarak çevrilerek bir kavram karmaşasına düşülmemesi amaçlanmaktadır. Aslında bu ifade ileride sözü geçeceği gibi, birlikte gerçekleştirilmiş davranışlar/birlikte davranışlar anlamına gelmektedir.

Uyumlu eylemleri ifade etmek için terim olarak “concerted practice”in seçildiği AB hukukunda da ise bazen mahkemelerin ve Komisyonun “concerted action ve “concerted practice”ten bir arada söz ettiği görülmektedir. “....., it is necessary to consider whether the conduct which the Commission alleges and regards as a constituent part of the concerted practice can only reasonably be explained by the existence of a concerted action.” Suiker Unie and others v Commission, Cases C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73 ECR 1975, 1663 vd. Genel bir ifadeyle bu gibi kullanımlarda “concerted action”, terim olarak değil ve fakat Amerikan hukukunda olduğu gibi, birlikte gerçekleştirilmiş eylemler ya da birlikte davranışlar anlamına kullanılır ve eylemin, “uyumlu eylemlere yol açan bir birliktelik” taşıdığına işaret eder. Bir başka örnek olarak bak. Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (CRAM) and Rheinziak GmbH v. Commission, Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679. AB rekabet hukukundaki bu gibi ikili kullanımlarda, “concerted action”ın, “concerted practice” ile karışmaması için (orijinal anlamı olan) birlikte davranışlar olarak ifade edilmesi daha uygun olacaktır. Belirtmek gerekir ki, doktrinde de bu yönde kullanımlar vardır. Örneğin bak. Bael, I.V/Bellis, J-F.: Competition Law of the European Community, 3. ed., Oxfordshire 1994, s.26, 32, 34. Bu yazarlar, “concerted action” altında, anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri toplamakta; uyumlu eylemlerden söz ederken de “concerted practices” ifadesini tercih etmektedirler. Anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri “arrangement” ifadesi altında toplayan yaklaşım için bak. Power, V.: Competition Law and Practice, Dublin 2001, 306 vd.

86 Diekmann, 26.

87 Bak. Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram&Sons, 340 US 211, 213-214, (1951); Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp., 392 US 134, 141-142, (1968).

Bununla birlikte, zamanla Yüksek Mahkeme ve diğer mahkemelerin kararlarında uyumlu eylemler anlaşmaların yanında kullanılmaya başlanmış, her ne kadar anlaşma kavramından vazgeçilmemişse de, uyumlu eylemler, gizli iş birliğinin zorunlu unsuru olan anlaşmalarla eş değer bir işleve bürünmüştür. Nitekim Yüksek Mahkeme, 1925 tarihli *Maple Flooring Manufacturers Assn. Et AL. v. US* kararında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma ve uyumlu eylemlerden söz ederken, yine 1925 tarihli *Cement Manufacturers Protection Assn. v. US* kararında, bir malın arz ve taleple ilişkili olmayan yapay bir fiyat düzeyi göstermesini, bir anlaşma, bir karşılıklı anlayış (understanding) ya da uyumlu eylemin varlığının delili olarak görmüştür^{88 89}.

Böylece uyumlu eylemlerin Amerikan rekabet hukukunda "iki anlamlılık ve iki boyutluluk" taşıdığı söylenebilir⁹⁰. O, birinci boyutu ile ispat hukuku düzeyinde kalmakta, ikinci boyutu ile ise bir maddî hukuk kavramı hâline gelmektedir.

İspat hukuk boyutuyla uyumlu eylemler, pazara yansıyan rekabeti sınırlayıcı davranışa işaret eder ve böyle bir davranışın ancak bir iş birliği ile gerçekleşebileceği sonucunun çıkarılmasını sağlar. Bu anlamıyla eylem, iş birliğinin objektif, pazara uzanan ya da yansıyan sonucudur⁹¹.

Maddî hukuk açısından ise, uyumlu eylemin belirlenmesi, ihlâl-in-gizli iş birliğinin varlığı için yeterli olmaktadır. Dolayısıyla burada uyumlu eylemler, sübjektif anlamıyla kullanılmış olur ve eylemden ötede uyum ve uyuma dayanan iş birliği ön plâna çıkar. Böylece teşebbüsler arasında uyumu sağlayan bir birlikteliğe işaret eder. Böyle bir uyumun varlığı hâlinde, rekabeti bozacak derecede bir anlaşma ya da uzlaşmayı ayrıca aramaya gerek kalmamakta, uyumlu eylem anlaşmanın yerini de doldurmaktadır⁹².

88 *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 US 134 (1968); *United States v. Singer Mfg. Co.*, 374 US 174 (1963).

89 Yüksek Mahkeme bazı kararlarında anlaşma, gizli iş birliği ve fiilî birliktelikler (combination) arasında bir ayrım yapmaz ve bunları alternatif kavramlar olarak değerlendirirken (*Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 US 134,1968) bazı mahkemelerin de benzer sonuçlara uyumlu eylemler için vardığı görülmektedir. "...It (conspiracy) means the same thing as 'combination' or 'concert of action' ." *United States v. Mitsubishi Corporation*, (2001), US.District Court (for the Eastern District of Pennsylvania) 20.04.2001.

90 Chang, 43-44; Diekmann, 28-29.

91 Chang, 43-44; Diekmann, 28-29.

92 Chang, 43-44; Diekmann, 28-29.

Burada son olarak şunu ifade etmek gerekir ki, Amerikan hukukunda "concerted action" ifadesinin, "uyumlu"dan çok, müştereken/birlikte gerçekleştirilmiş eylemler/birlikte davranışlar anlamı vardır. Nitekim "concerted action" rekabet hukukuna özgü bir kavram olmayıp ceza ve haksız fiil hukukunda da kullanılır⁹³. Örneğin, A ve B'nin, C'nin mallarını çalmak üzerinde anlaşması ve A'nın malları çalması sırasında B'nin gözcülük yapması hâlinde müşterek yapılmış eylemlerden söz edilir⁹⁴ ki hukukumuzda aynı durumda zincirleme sorumluluk doğuran bir haksız fiil ve iştirak hâlinde işlenmiş bir suç söz konusudur.

III. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

A. Antlaşmalarda Uyumlu Eylemler

Avrupa Birliği hukukunda uyumlu eylemler öncelikle 1951 tarihli Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşmasında (AKÇTA) düzenlenmiştir (m.65). Bunu takiben 25 Mart 1957'de Roma'da imzalanan ve bu adla anılan Antlaşma ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuş, AET Antlaşmasının 85. maddesinde teşebbüsler arası danışıklı ilişkilere yer verilmiştir. Akabinde 7 Şubat 1995 tarihli Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği (AB) kurulmuş, Avrupa Ekonomik Topluluğunun (AET) yerini Avrupa Topluluğu (AT) almıştır. Nihayet, 2 Ekim 1997'de imzalanan ve Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile 85. madde içeriğine dokunulmadan 81. madde olarak değiştirilmiştir⁹⁵.

AKÇTA. m. 65/1'e göre, ortak pazar içindeki normal rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, kısıtlama ya da bozma eğilimi gösteren teşebbüsler arası tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler yasaktır.

Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) m. 81/1'de ise, üye devletler arasındaki ticareti (olumsuz) etkileyen ve ortak pazar dahilindeki rekabetin engellenmesi,

93 Prosser/Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, 322 vd; Statsky, W.P.: Torts: Personal Injury Litigation, Minneapolis 1982, s.394 vd.

94 Statsky, 395.

95 Antlaşmalar hakkında geniş bilgi için bak. Karluk, R.: Avrupa Birliği ve Türkiye, 6. baskı, İstanbul 2002, s. 59 vd. ; Tekinalp.Ü. (Tekinalp, G./Tekinalp, Ü./Atamer, Y.M/Oder, B.E/Oder, B/Okutan, G.): Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000, § 1 Nr. 41 vd.; Avrupa Birliği rekabet hukukunun gelişimi hakkında bak. Power, 67 vd.

kısıtlanması ya da bozulmasını amaçlayan ya da bu etkiyi doğuran anlaşma, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir.

AKÇTA m.65/1 ile ATA m.81/1'de düzenlenen uyumlu eylemlerin aynı kavramı ifade edip etmediği ve aynı unsurları taşıyıp taşımadığı tartışma konusu olmuştur. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki, iki Antlaşmanın uyumlu eylemler açısından farklı düzenlemelere sahip olduğu yönündedir. Diğerine göre ise, uyumlu eylemler de dahil, Antlaşmaların danışıklı ilişki anlayışı arasında fark yoktur.

Esasen bu tartışmalara Alman literatüründe tesadüf edilir. Zira Almanca metinde iki Antlaşmada sayılan danışıklı ilişkiler farklı şekilde adlandırılmıştır. Nitekim AKÇTA m.65'de danışıklı ilişkiler için; anlaşmayı karşılayacak şekilde "Vereinbarung", teşebbüs birliklerinin kararlarını karşılayacak şekilde "Beschlüsse", son danışıklı ilişki için ise mutabık kalınmış, gizlice anlaşılmış Uygulamalar "(alle) verabredete Praktiken" (v.P) ifadeleri kullanılmıştır. Hâlbuki ATA. m.81'in Almanca metninde ilk iki kavram aynen yer almakta; ancak sonuncusu, -uyumlu eylemler olarak tercüme ettiğimiz- "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" (a.a.V) olarak geçmektedir.

B. AKÇTA m.65 ile ATA. m.81 Hükümünün Uyumlu Eylemler Açısından Değerlendirilmesi

Antlaşmalardaki terim farklılığından hareketle Gabriel, iki metindeki bu farklılığın bir tesadüf olmadığını, ATA'daki a.a.V ifadesinin, en geniş anlamda bir uyuşma ya da anlaşmanın (Verabredung) sonucu olmayan tüm uygulamaları kapsayabilsin diye kullanıldığını ileri sürmektedir⁹⁶. Zira AKÇTA'nın orijinal Fransızca metninde yer verilen "pratiques concertées" ifadesi ATA. m.81'de de aynen korunurken, Almanca metinlerde ikincisi için kuşkusuz örtülü (zımni) anlaşmaları da kapsayan, v.P. ifadesinden vazgeçilmesi için başka hiçbir hukukî gerekçe yoktur⁹⁷.

96 Gabriel, S.L.: *Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter wettbewerbpolitischem Aspekt*, WuW, 1961, 802 vd.; Benzer şekilde bak. Kleemann, G.: *Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Baden-Baden 1962, s.32.; Ayrıca bak. Lübbert, s.81 dn 5'de anılan yazarlar.

97 Gabriel, 802.

Gabriel bu kanıya varırken, AKÇTA ve ATA'da yer alan danışıklı ilişkilerin kökenini oluşturan Amerikan rekabet hukukuna dayanmakta, Amerikan hukukunda uyumlu eylemlerin, iş birliği için gerekli olan açık ya da örtülü bir anlaşmanın ispatlanmasında kullanıldığından hareket etmektedir. Bundan dolayı AKÇTA'da geçen "pratiques concertées", Amerikan hukukunun "concert of action" kavramından alınmakla, bunu karşılamak için v.P. ifadesinin kullanılması isabetli olmaktadır. ATA'ya gelince, Fransızca metinlerdeki aynılığın aksine, Almanca metinde v.P yerine a.a.V'nin tercih edilmesi, bu anlaşma hükmünde uyumlu eylemler açısından maddî bir değişiklik yapıldığını gösterir. Yani, ATA'nın yeni kavramı -açık ya da örtülü- bir anlaşmanın sonucu olmayan tüm davranış türlerini kapsamaktadır⁹⁸. Varmış olduğu sonuç doğrultusunda kavramdaki bu değişikliğe göre mevcut hukukî sorunları inceleyen Gabriel, "concerted action" ve "pratiques concertées"i çok daha iyi ve doğru karşıladığını ifade ettiği v.P ifadesini benimseyerek, bir uyuşmanın varlığı unsurundan vazgeçilmiş olarak değerlendirdiği a.a.V kavramını ve getirdiği anlam genişlemesini gerek hukukî gerekse ağır basan ekonomik görüşlerle çatıştığı için eleştirmektedir⁹⁹.

Avrupa Birliğini (AB) oluşturan antlaşmalardan olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması (AKÇTA) ve Avrupa Topluluğu Antlaşmasında (ATA) yer alan hükümlerin aynı anlam ve unsurlara sahip "bir" uyumlu eylemler mi yoksa birbirinden ayrılan, bundan dolayı ayrı ayrı incelenmesi ve ele alınması gereken "iki" farklı uyumlu eylemler modeli mi çizdiği hususundaki tartışma, yukarıda görüldüğü gibi, AB'nin çok dilliliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle uyumlu eylemler konusunda doğru sonuçlara götürecek bir çalışmanın yapılabilmesi, bu anlamda farklı üye devlet dillerindeki bilimsel ve yargısal kaynaklardan doğru şekilde yararlanılabilmesi için, AB'nin yasal ve yargısal metinlerine de yansıyan çok dilliliğinin ve bu dillerin hukukî değerlendirmelerdeki rolünün ortaya konulması gerekmektedir.

98 Gabriel, 803.

99 Gabriel, 803-812.; Nitekim Schröter'e göre de, âkit devletlerce m.81/1'de a.a.V'nin kabulüyle AKÇTA m.65/1'e nazaran kartel yasağının genişletilmesi amaçlanmıştır. Schröter, H.: Art.85 Abs.1 Rn.53, in: Kommentar zum EG-Vertrag, hrsg von Groeben von der, Hans/ Thiesing, J./Eklermann, C-D., 4. Aufl., Baden-Baden 1991.

1. ATA ve AKÇTA'nın Yorumunda Üye Devlet Dillerinin Rolü

ATA'nın iki maddesinde Toplulukta kullanılan resmî dille ilgili sorunlara değinilmiştir. Bunlardan ilki ATA m.290'dır. Bu madde ATA organlarında kullanılacak resmî dili belirler. Burada kastedilen, organlarda ve organlara bağlı dairelerde yapılan her türlü yazılı işlemler, yazışmalar ve bu organlara yapılacak başvurularda kullanılan dildir¹⁰⁰. ATA m.290, organlarda kullanılacak resmî dili/dilleri belirleme işini Konsey'e bırakmıştır. Konsey bu konuda oybirliği ile karar verir¹⁰¹. Bununla birlikte Divan'da (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ATAD) usule ilişkin işlemlerde kullanılacak dil bu maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Divan'da uygulanacak muhakeme usulüne ilişkin kurallar, ayrıca ATAD usul kuralları adı altında toplanmıştır ve bu kuralların 29-31. maddeleri uyarınca, davacı davada kullanılacak dili seçme hakkına sahiptir¹⁰².

ATA'nın lâfzının yorumlanması açısından önemli olan madde, eski 248, yeni 314. maddedir. Bu maddeye göre, Antlaşma'nın (ATA'nın) Almanca, Fransızca, İtalyanca, Hollandaca kaleme alınmış metinleri aynı derecede bağlayıcı ve orijinal kabul edilmiş ve bunu takip eden fıkrada, Topluluğun genişlemesi ile bağlantılı olarak diğer üye devlet dillerindeki antlaşma metinleri için de aynı esas kabul edilmiştir. Bu açıdan üye devletlerin resmî dillerindeki ATA metinleri eşit derecede resmî nitelik taşır.

Bunun sonucu olarak lâfzî ya da deyimsel yorum açısından her bir üye ülkenin resmî dilindeki metin esas alınarak bir yoruma gidilebilir. Ancak bu yapılırken, varılan sonuç, Antlaşmanın diğer dillerdeki metinlerinde kullanılan ifadelerle pekiştirilmeli ya da yorum sınırları bu ifadeler dikkate alınarak çizilmelidir¹⁰³.

Öte yandan ATA m.234'de getirilen ön karar usulü dahilinde ATAD'a, ATA'nın yorumu yetkisi verilmiş ve bu usulü uygulayarak bağlayıcı karar verebilme imkânı sağlanmıştır. Söz konusu hükmün amacı da Topluluk mevzuatının farklı

100 Tekinalp,Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 2 Nr. 25.

101 Bu konuda bilgi için bak. Tekinalp,Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 2 Nr.25. seçilmiş mevzuat:2; Ayrıca bak. dn. 67.

102 Bak. Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 12 seçilmiş mevzuat: 7,8,9. Ayrıca . § 2 Nr.25.

103 Bak. ve kar. Altwater, C.: Kartellbildung durch Abstimmung?, Frankfurt am Main 1997, s.58.

yorumlanması tehlikesinin önüne geçerek, Topluluk düzeyinde, ATA hükümleri üzerinde bir yorum birliği sağlamaktır¹⁰⁴.

ATAD, m.234 gereği önüne gelen bir davada, Topluluk hukukunun kendi özel sistematiği ve çok dilliliği dikkate alındığında bir normun yorumu (tek anlamlı olacak derecede, yerel mahkemenin kendisinin çözebileceği kadar) açıksa millî mahkemenin sorunun çözümü için ATAD'a ön karar usulüyle gitmesine gerek olmadığına karar vermiştir¹⁰⁵.

Buradan öncelikle çıkan sonuç, yukarıdaki ölçüte göre anlamı açık olanların yorumlanması dışında kalanlar için ATA'yı yorumlama yetkisinin ATAD'a ait olmasıdır. Dolayısıyla uyumlu eylemlere ilişkin Antlaşma metninden ve Antlaşmanın çok dilliliğinden kaynaklanan sorunlarda da Divan'ın yorumlama yetkisi vardır. Bu nedenle Divan'ın Antlaşmalarda yer alan rekabet kurallarına bakış açısı önem kazanmaktadır.

Nitekim Mahkemelere göre (ATAD ve Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi, İDM) her iki kartel yasağı aynı amaca hizmet eder¹⁰⁶. İDM'ye göre, AKÇTA ile ilgili bir olay söz konusu olduğunda, uyumlu eylemlerin bu Antlaşmanın yasal çatısı ve m. 65/l'in amacı bakımından yorumlanması gerekir. Bununla birlikte bu yorum, m.65/l'deki uyumlu eylemleri m.85/l'dekinden ayırmaya ve farklılaştırmaya yönelik değil, Kömür ve Çelik Antlaşmasının kapsamında bulunan çelik pazarının doğası gereği oligopolistik bir pazar yapısı taşımasından kaynaklanmaktadır. Yani aynı esaslar AB dahilinde olan ve ATA'nın kapsamına giren herhangi bir oligopolistik pazardaki uyumlu eylemlere de uygulanabilecektir. Nitekim İDM bu kararda, genel düzenleme amacının aynılığından ötede, AKÇTA m.65/l'de yasaklanan uyumlu eylemlerle ATA m.85/l; yeni m.81/l'de yasaklanan uyumlu eylemlerin, paralel yasaklamalar olduğunu ve (yukarıda belirtilen nedenlerle) prensipte aynı amaca sahip olduklarını ifade etmiştir¹⁰⁷.

Görülebileceği üzere AB'nin çok dilliliğinin getirdiği bir sonuç olarak farklı dillerdeki Antlaşma metinleri tek tek lâfzî yorum açısından dikkate alınabilirse de, bu yorumun

104 Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 12 Nr. 95.

105 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della Sanità, Case 283/81, ECR. 1982, 3415.

106 Bak. Emmerich, V.: Art. 85 Abs.1 Rn. 3, in: EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, hrsg von Immenga, U./Mestmäcker, E-J., München 1997; Geitling and others v. High Authority of the European Coal and Steel Community, Cases 13/60, ECR 1962, 83.

AB hukukunun genel anlayışının dışına taşmaması ve diğer dillerde kaleme alınan metinlerle desteklenmesi gerekir. Öte yandan, Antlaşmaların yorumu noktasında Mahkemeler, ne m.65 ve 81'in genel amacı ne de özelde uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı noktasında bir ayrıma gitmemektedir.

Kaldı ki, ATA'nın çok dilliğinin aksine, Kömür ve Çelik Antlaşması için resmî metin yalnızca Fransızca metindir¹⁰⁸. Bu nedenle lâfzî yorum açısından bu metin esas alınmalıdır¹⁰⁹. Bunun dışında kalanlar tercüme olarak kabul edilir¹¹⁰. Bu nedenle aynı kavram için (*pratiques concertées*) AKÇTA'nın Almanca metninde kullanılan ifade ile, antlaşma dili olarak yer aldığı ATA'da kullanılan ifadenin aynı olmamasından, kavramın özüne ilişkin bir değişiklik olduğu sonucuna varılması yerinde değildir¹¹¹.

Uyumlu eylemler kavramı, iki Antlaşma için de resmî dil niteliği taşıyan Fransızca'da aynı ifade ile karşılandığına göre, zamansal olarak sonradan gelen Antlaşma'da, âkit tarafların iradesinin ilkinde göre kavramı genişletmek yönünde olduğu görüşü de isabetli değildir¹¹². Öte yandan Almanca literatürde uyumlu eylemleri ifade etmek için a.a.V kullanımı v.P kullanımına göre daha yerinde görülüp tercih edilmektedir.

2. Sonuç

Tüm bu incelemeler sonucunda görülmektedir ki, AB rekabet hukukunun yasal metinlerinde, anlaşma ve kararlar gibi uyumlu eylemler kavramında da bir değişiklik olmamıştır. Bu nedenle burada uyumlu eylemlere ilişkin ortaya konulan ilkeler ve özellikler, gerek ATA gerekse AKÇTA için geçerlidir¹¹³. Öte yandan aynı nedenle

107 Thyssen Stahl AG v. Commission, Case T-141/94, ECR 1999-3/4, II- 347.

108 Bak. AKÇTA m.100.

109 Altvater, 40; Lübbert, 80.

110 Örneğin, bak. BGBl. Nr. 7 1952 II, 448. Burada Almanca AKÇTA'nın yayımı tercüme (Übersetzung) olarak ifade edilmiştir.

111 Altvater, 40.; Lübbert, 80-81; ayrıca bak. Möhring, P.: Abgestimmtes Verhalten im Kartellrecht, NJW, 18/1973, s.777.

112 Altvater, 41.

113 Ancak ifade etmek gerekir ki, AKÇTA 50 yıl süre ile geçerli olmak üzere imzalanmıştır (AKÇTA m.97). Bu nedenle Antlaşma 23 Temmuz 2002 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin AKÇTA açısından uygulanmasına ilişkin içtihat ve görüşler bu

uyumlu eylemler incelenirken yalnızca ATA'ya ilişkin değil, AKÇTA'ya ilişkin bilimsel ve yargısal içtihatlar da kullanılabilir olmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus, AKÇTA düzeyinde özellikle çelik pazarının oligopol bir piyasa yapısı arz etmesinden dolayı, uyumlu eylemlere ilişkin yorumların bu piyasa türü üzerinde yoğunlaşmasıdır. ATA çerçevesinde ise AKÇTA'ya göre çok daha geniş bir piyasa çeşitliliği içinde uyumlu eylemler değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte değerlendirilen piyasanın oligopolistik yapı arz etmesi hâlinde, AKÇTA ve ATA için farklı çözümler aramak gerekmektedir.

IV. TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

A. Uyumlu Eylemlerin Rekabet Kanunumuzdaki Yeri

Ülkemizde rekabetin korunmasına ilişkin yasa çalışmaları 1978 tarihinde başlamış ve 7.12.1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKK) kabul edilmiştir. Uyumlu eylemler de hukukumuzda bu Kanunla girmiştir.

Bu kanunun kabulünden önceki rekabetin korunmasına yönelik tasarılar da dahi uyumlu eylemlere açıkça rastlanmaz. Nitekim bu tasarılar¹¹⁴ "gizli veya açık sözleşmeler veya bağlantılar yapmak"tan, "açık ya da gizli anlaşmalar"dan, "gizli veya açık anlaşmalar veya bağlantılar yapmak veya kararlar almak"tan yahut da "hukuken zorlayıcı olmayan yazılı anlaşmalar, bağlantılar veya kararlar"dan söz edilmiştir. Bu tasarılardaki (Amerikan ve AB rekabet hukuku yazılı kaynaklarında yer almayan) "bağlantılar"dan kasıt büyük olasılıkla uyumlu eylemler olmaktadır.

RKK m.4/1'e göre, "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar,*

tarihten önceki dönemi kapsamaktadır. Antlaşmanın sona ermesi ve Antlaşmanın sona ermesinden sonra AB kömür ve çelik pazarına ilişkin gelişmeler hakkında bak. Obwexer, W.: Das Ende der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, EuZW 2002, s. 517 vd.; Herdegen, M: Europarecht, 5. Aufl., München 2003.

114 Ayrıntılı bilgi için bak. Özsunay, E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s.208-245.; Badur, E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Ankara 2001, 29-39, ayrıca bak. dn.80

uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuk aykırı ve yasaktır".

Hukukumuzda uyumlu eylemler, Türk rekabet hukukuna ait bir kavramdır ve rekabeti bozucu, kısıtlayıcı ya da engelleyici bir danışıklılık (collusive)¹¹⁵ içerir. Ekonomi ya da hukuk doktrininde, teşebbüsler arasında bu amaca yönelik ilişkilere kartel ya da tröst adı da verilmektedir¹¹⁶. Bir çok ülkede de rekabet hukuku düzenlemeleri kartel yasakları ya da kartel hukuku adıyla anılmaktadır^{117 118}. ABD'de ise Antitröst hukuku, rekabet hukuku anlamında kullanılmaktadır.

AB ile Türkiye arasındaki Ortaklık Antlaşması çerçevesinde¹¹⁹ oluşturulan Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı kararı¹²⁰ ile tarafların rekabet politikası ve rekabet hukuklarının birbirine uyumlaştırılması öngörülmüştür¹²¹. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da ATA'nın rekabetin korunmasına ilişkin 81 ve 82. maddelerinin ve bu maddeler doğrultusunda doktrin ve uygulamada geliştirilen

115 Rekabet hukukunda danışıklılık, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin rekabet aleyhine iş birliği içinde olmaları hâlidir. Kar. Tekinalp,Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 28 Nr. 9.

116 Özsunay, Kartel hukuku, 54; Tekinalp,Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 28 Nr. 2.

117 Bak. Kecht, W.: Kartellrecht, Österreich und EU, Eine Einführung, Wien 1995, 129-130.

118 "Kartel" in dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanıldığı söylenebilir. Dar anlamda kartel ATA m.81 ve RKK m.4'te düzenlenen danışıklı ilişkileri kapsar (bu yönde bak. Braakman, A./Dutilh, N: The Application of Articles 85&86 of The EC Treaty by National Courts in The Member States, Brussels 1997, s. 25 vd.; Karluk, 343.) Geniş anlamda ise "Kartel hukuku" ile "Rekabet hukuku" kastedilir. Kartelle sadece yatay sınırlamalar da kastedilebilmektedir. Alman Kartel hukuku buna örnek verilebilir. Ancak, ATA mevzuatına uyum amaçlı (1.1.1999 ve 1.5.2004'te yürürlüğe giren) son değişikliklerden (6. ve 7. Novelle) sonra, Alman Kartel hukukunun hâlâ bu anlayışını koruyup korumadığı (ya da koruyup korumaması gerektiği) tartışılmaktadır. Bak. Huber, U.: GWB §1 n.F., in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band II, hrsg von Glassen, H/von Hahn, H/ Kersten, H-C/Rieger, H, Köln 1999; Baums, T.: GWB-Novelle und Kartellverbot, ZIP, 6/1998, s. 233-235; Rahlenberg, H: Novelliertes deutsches Kartellrecht, BB, 31/1998, s. 1593-1599; Pohlmann, P: Kommentar: Die 7.Novelle: Eine neue Chance für die Europäisierung des GWB, WuW, 10/2003, s.1007 vd.

119 Bu Antlaşma hakkında bilgi için bak. Karluk, 479 vd.

120 OJ 13.2.1996 L35/1.

121 Hatta sadece mevzuat değil, uygulama açısından da durum böyledir: "Davacı, Avrupa Birliği Komisyonu uygulamaları ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihatlarına aykırı karar verildiğini ileri sürmekte ise de ceza takdirinde kullanılan ölçütlerin, AB Komisyonu uygulamalarına ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihatlarına ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Para Cezalarının Uygulanması Hakkında Rehberle getirilen ölçütlere de uygun olduğu görülmektedir... Açıklanan nedenlerle davanın reddine...." Danıştay 10. D., E.: 2001/1441 K.: 2003/4468. Danıştay Kararları Der., Yıl:2, 4/2004, s.294-299.

ilkelerin gözlemlenmesi suretiyle hazırlanmıştır. Hâliyle Türk ve AB hukuklarında uyumlu eylemlerin unsur ve hükümleri büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır.

B. Terim Sorunu

Amerikan rekabet hukukunda¹²² uyumlu eylemler üzerinde terim birliği yoktur. Yerine göre, "concerted action, concert of action, concerted practices, concerted activities"ten söz edilir. ATA'nın 81.(eski 85) maddesinin İngilizce metninde uyumlu eylemleri karşılamak üzere "concerted practices" ifadesi kullanılmıştır. "Concerted" kelimesi Türkçe, "kararlaştırılmış, tasarlanmış, müştereken/birlikte yapılmış" anlamlarına gelir.

Sözleşmenin Almanca metninde ise uyumlu eylemleri karşılamak üzere "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" ifadesine yer verilmiştir ki "abgestimmt"; "bağdaşan, mutabık kalınmış" anlamı alınır, ifadenin "birbiriyle uyumlu davranış tarzları" olarak çevrilmesi mümkündür.

Doktrinimizde Ünal ve Gülören Tekinalp, kavram için, uyumlu eylemler terimini tercih etmektedir¹²³. Özsunay ise, "uyumlu davranışlar" ifadesini kullanmaktadır¹²⁴. Doktrinimizde "önceden mutabık kalınmış uygulamalar" ve "çıkarcı uygulamalar" ifadeleri ile kastedilen de uyumlu eylemlerdir¹²⁵.

Bu çalışmada, Avrupa Birliği rekabet hukuku düzenlemelerinden esinlenerek hazırlanan 4054 sayılı Kanunda yer verildiğinden dolayı, uyumlu eylemler ifadesi diğerlerine tercih edilecektir.

Bununla birlikte, "uyumlu eylemler" teriminin isabetliliği tartışılır. Türkçe'de "uyumlu", uyum sözcüğünün sıfatlaşmış durumu olup "uyumu olan, ahenkli, mevzun"

122 ABD Antitröst hukuku

123 Tekinalp.Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 28 Nr.13 vd.; Tekinalp.G.: Uyumlu Eylemler Kavramı, Prof. Dr Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, 201-207.

124 Özsunay, Kartel hukuku, 61, kar. aynı eser 63, ayrıca kar. Özsunay, E.: Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Şubat 2000, s. 58 dn.74; Aynı yönde Aslan, İ.Y.: Rekabet Hukuku, 2. Basım, Bursa 2001, s. 79 vd, kar. s. 85; Aslan, İ.Y.: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, 75 vd.; Eryürekli, P.P.: Avrupa Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetimi (Merger Control), Ankara 1999, s.26; kar. s. 32.

125 Tekinalp.G., 202'de anılan yazarlar.

anlamına gelir¹²⁶. Uyum ise genel anlamıyla, "bir bütünün parçaları arasında bulunan uygunluk, ahenk"¹²⁷. Uyum ve uyumlu, bir olumlu, arzu edilir ya da takdire değer durumu ifade etmek için kullanılır¹²⁸. Uyumluluk da böyledir. Oysa "uyumlu eylemler" bir ihlâli anlatır, arzu edilmez bir durumdur; bundan dolayı da yasaklanmış ve yaptırma bağlanmışdır. Gerçi "uyumlu eylemler"de, teşebbüsler arasında, birbirinin davranışına uyum ya da uyma¹²⁹ vardır, ancak bu küçük de olsa bir olumluluk ve takdire değerlik taşımaz.

§ 2 . UYUMLU EYLEMLERİN DÜZENLENME AMACI

I. GENEL OLARAK

Uyumlu eylemlerin yasal metinlerde yer almasının temel amacı, anlaşma ve kararlar için de geçerli olmak üzere, genel bir ifadeyle, serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmaktır.

AB hukukunda uyumlu eylemlerin (özelde) düzenlenme amacını rekabet organlarının ifadelerinde bulmak mümkündür. AB Komisyonu'na göre uyumlu eylemlerin bağımsız bir kavram olarak ATA'da düzenlenme amacı, teşebbüslerin anlaşma kavramı içinde değerlendirilemeyecek rekabeti sınırlayıcı yöntemler izleyerek m.81/1'i dolanabilmesi imkânını baştan engellemektir¹³⁰.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde uyumlu eylemler kastedilerek, "Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir." denilmiştir. Gerekçeden kanun koyucunun uyumlu eylemleri, yasaklanmış anlaşmalarla ulaşılmak istenen

126 TDK.: Türkçe Sözlük, Ankara 1988.

127 TDK., Türkçe Sözlük, 2295.

128 Örneğin, "Kadımdan anladığı, uyumlu arkadaşlık, çıkarıldım olmamak, güzel, alımlı olmak" (N. Cumalı); "Gerçekten de sonsuz bir sessizlik, bir uyum, bir şiir sarmıştı ortalığı." (N. Araz). TDK., Türkçe Sözlük, 2295.

129 "Uyma"nın kendisinden türediği "uymak", bağlı kalmak, tâbi olmak anlamına da gelir. "Uymak" fiilin bu anlamı ve diğer anlamları için bak. TDK., Türkçe Sözlük, 2294.

130 Bak. Imperial Chemical Industries PLC v. Commission (of the European Communities) (ICI II), Case T-13/89, ECR 1992, II-1021.

sonucu elde etmeye yönelik bir kanuna karşı hile yolu olarak algıladığı anlaşılmaktadır.

Uyumlu eylemlerin yasaklanmasına kanuna karşı hile yolu ile ulaşılması Alman hukukunda da gündeme gelmiştir. Hatta kanuna karşı hilenin uyumlu eylemlere uygulanması Alman hukuku için farklı bir boyut taşımaktaydı. Zira GWB'de¹³¹ önceleri uyumlu eylemleri yasaklayan bir hüküm yoktu. Doktrin ve uygulamada rekabete aykırı anlaşmaları ve birlik kararlarını düzenleyen GWB §1'in uygulama alanının genişletilmesi ya da kanuna karşı hile temeline oturtulması suretiyle, uyumlu eylemlerin engellenebileceği ileri sürülmekteydi. Özellikle Boya (Teerfarben) davası sonrası uyumlu eylemlerin rekabet hukukundaki yeri, olan ve olması gereken hukuk açısından ele alınarak tartışılmaktaydı¹³². Konu üzerindeki görüş ayrılıkları ve belirsizliğin giderilmesi amacıyla Alman kanun koyucusu GWB'de 1973 yılında yaptığı değişiklikle uyumlu eylemleri açıkça yasaklamıştır^{133 134}.

Kanuna karşı hile, genel bir ifadeyle, kanunun yasakladığı bir amaca kanunun yasaklamadığı yol ve yöntemler izleyerek ulaşmaktır¹³⁵. Bu anlamda rahatlıkla söylenebilir ki, kanuna karşı hile Amerikan hukukundaki gizli iş birliği ile, özellikle hâkim Taft'ın tanımı çerçevesinde prensip olarak uyuşmaktadır. Böylece bir bakıma AB ve Türk rekabet hukuklarında uyumlu eylemler alınırken, kavramın tarihsel kökenini oluşturan Amerikan rekabet hukuku anlayışına sadık kalınmıştır.

Buradan hareket edilince uyumlu eylemler, genel düzenlenme amacının aksine, özeldir anlaşma ve kararlardan, üstlendiği tamamlayıcılık işlevi ile ayrılır. Özellikle anlaşma olarak görülemeyen teşebbüs faaliyetlerini yakalamaya yarar. Böylece uyumlu eylemlerin konusunu anlaşmalar ve kararlar dışında kalan ve fakat anlaşmalar ve kararlarla aynı sonucu doğuran uygulamalar oluşturur¹³⁶.

131 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Alman Rekabetin Korunması Kanunu)

132 Bak. Emmerich, V.: Fälle zum Wahlfach Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 1981, s. 61-70.

133 Bak. Rittner, F.: Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, Karlsruhe 1981, s.219 ve dn. 7; Lipps, W.: Kartellrecht, 3. Aufl., Berlin 1982, Nr. 69.

134 Bu değişiklikle GWB § 25'de uyumlu eylemler yasaklanmıştır. Kabul tarihi 27.7.1957 olan GWB, bu tarihten sonra ciddi değişiklikler geçirmiştir. Bu değişiklikler sonucunda, uyumlu eylemler hâlihazırda GWB § 1'de (1.1.1999 tarihi itibarıyla) düzenlenmiş bulunmaktadır.

135 Benzer şekilde Baumann, M: Art.2 ZGB N.53, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I/1, hrsg von Gauch,P/Schmidt,J., Zürich 1998.

136 Schweitzer, M./Hummer, W.: Europarecht, 3. Aufl., Frankfurt 1990, s.327.

II. KANUNA KARŞI HİLENİN TANIMLANMASI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

Roma hukukundan günümüze kadar, kanuna karşı hileye ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlardan birkaçına burada yer verilecektir.

Roma hukukunun önemli simalarından biri olan Ulpianus'a göre, nerede yasaklanmamış olmakla birlikte, gerçekleşmemesi istenilen bir şey ya da olay gerçekleşirse orada kanuna karşı hile var demektir¹³⁷.

Topçuoğlu'na göre, kanuna karşı hile *"kanunların mana ve maksatlarına mugayir olmakla beraber lâfızlarına mutabakatı yüzünden metinlerin normal tatbikleriyle takip edilemeyen ve ancak gai tefsirleri sayesinde müeyyidelenebilen fiil ve muameleler"*dir¹³⁸.

Bir başka tanıma göre, Kanuna karşı hile *"kanun belli bir hususu, bir hukukî veya ekonomik sonucu yasaklamışsa, aynı sonuca kanun metnine uygun başka bir yoldan giderek ulaşmaktır"*¹³⁹.

Kanuna karşı hile konusunu monografik düzeyde ele alan Topçuoğlu, kanuna karşı hile ile ilgili yapılan tanımlarda iki ortak unsura yer verildiğini tespit etmektedir. Bunlar¹⁴⁰;

- kanuna karşı hile addedilen eylem ya da işlemlerin kanunun lâfzına uygun oluşu,
- bu eylem ve işlemlerle hedeflenen amacın, elde edilen hukukî ya da ekonomik sonucun, kanunların ruh ve amacına aykırı oluşudur.

Bir eylem ya da işlemin kanuna karşı hile oluşturup oluşturmadığı noktasında, bu fiil ya da işlemle ulaşılmak istenen amaca karşılık gelen normla kanun koyucunun, a) bu amaca ulaşmaya mı yoksa b) bu amaca belirli bir yol ve yöntemle ulaşmayı mı emredici biçimde yasakladığı araştırılmak gerekir¹⁴¹. Eğer yasaklanan doğrudan doğruya ekonomik ya da hukukî amacın kendisiyse, bu amacı ulaşmak için kullanılan tüm yol ve yöntemler kanuna karşı hile kabul edilir. Eğer normla

137 Bak. Topçuoğlu, H.: Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), İzmit 1950, s. 188.

138 Topçuoğlu, H., 188.

139 Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 13. baskı, İstanbul 1999, s.102; benzer bir tanım için bak. Guhl, T/Merz, H/Koller, A.: OR §15, in: Das Schweizerische Obligationenrecht, Hrsg. Guhl, T., 8. Aufl, Zürich 1991.

140 Bak. Topçuoğlu, H., 187.

yasaklanan hukukî ya da ekonomik amacın kendisi değil, ancak bu hukukî ya da ekonomik sonucu doğuran bazı yol ve yöntemlerse, kanun hükmünün yasaklamış olduğunun dışındaki davranış biçimleri ile bu amaca ulaşılması kanuna karşı hile oluşturmaz¹⁴².

Kanuna karşı hile ile ilgili üzerinde tartışma olan bir nokta da, kanuna karşı hilede ihlâl kastının aranıp aranmayacağıdır. Bir görüşe göre, kanuna karşı hilenin varlığı için emredici kanun hükmünü dolanma niyetinin ya da kastının taraflarda bulunması gerekir. Yani failin ne niyetle hareket ettiği önemlidir. Diğer bir görüşe göre ise önemli olan, kanun hükmünün yasakladığı ekonomik ya da hukukî sonucun doğup doğmadığıdır. Zira emredici hükmün ihlâli, niyetle değil sonuçla gerçekleşmiş olmaktadır ve artık bir kez bu sonuç doğmuşsa niyet sorunu ile uğraşmaya gerek yoktur; zaten niyetin varlığına, eylem ya da işlemin gerçekleşmesinden, bir başka deyişle objektif şartlardan varılmış olur¹⁴³. Nitekim bu görüş içinde ortaya konan bir anlayışa göre, kanuna karşı hile de aranan niyet, yani "hileli niyet", *"failde, yaptığı işin gayri meşruiyetini müdrük olmak manasına değil de, yaptığı işin kendisine elverişli olan bir hukukî durum yaratacağını ve onu falan veya filân kanundan kurtaracağını bilmek halinin mevcudiyetini"* ifade eder¹⁴⁴. Topçuoğlu'na göre de kanuna karşı hilenin varlığı için hileli niyetin şart olmadığı ve objektif sonucun yeterli olduğu iddiası, ancak mahkemeleri tespiti güç hususların araştırmasına mecbur etmemek bakımından bir yarar sağlar. Yoksa kanuna karşı hilenin gayrimeşruluğunu yalnız "ihlâl" sonucuna değil, aynı zamanda "hileli niyet"i maksadına erdirmemek isteğine de bağlamak gerekir. Böylece bu görüşe göre *"hile saiki de, ihlâl neticesi kadar mühimdir. Ancak bu saikin vücudunu objektif neticelerden istidlal ile iktifa etmek lazımdır. Aksi takdirde hiçbir hile halinin ispat edilememesi neticesi doğacaktır"*¹⁴⁵.

141 Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003, s.336.

142 Eren, 336.; Eleştirel bir açıdan bak. Topçuoğlu, H., 254-257.

143 Bu konudaki görüşlerle ilgili olarak bak. Topçuoğlu, H., 265-270.

144 Bak. Topçuoğlu, H., 268.

145 Topçuoğlu, H., 270, ayrıca bu konudaki tartışmalar için bak. 265-270.

III. KANUNA KARŞI HİLENİN ÖZELLİKLERİ AÇISINDAN UYUMLU EYLEMLER

Görülüyor ki, kanun koyucuların (ve antlaşma taraflarının) uyumlu eylemleri düzenleme amacı, teşebbüslerin kanuna karşı hileye başvurarak rekabet kanunlarını dolanması imkânının önünün kesilmesidir. Ancak bir kanuna karşı hile türü olarak nitelendirilme ya da böyle algılanma, uyumlu eylemlerin yorumunda doğrudan bir anlam ve önem taşımaz. Kastedilen, doğrudan doğruya kanuna karşı hilenin özellikleri ve unsurları esas alınarak, bunlar üzerine uyumlu eylemleri inşa etmenin olanaklı olmadığıdır. Zira kanuna karşı hileye gidilmesi, ancak kanunun çözülmediği sorunlarda başvurulabilecek bir yoldur. Belirli bir sorun hakkında bir kere kanunda bir hüküm getirilirse, artık bu sorun o kanundaki hükme göre çözümlenir ve yaptırımlanır. Yani artık hükmün kapsamına giren ve yaptırımlanması gereken olaylar, ancak bu maddelerin doğrudan doğruya ihlâlini teşkil eder ve kanuna karşı hileye başvurulmasına gerek kalmaz¹⁴⁶. Zaten *"Bu maddeler kanuna karşı hile halleri ile olan mücadelede vazı kanun marifetile yapılan müdahalelerden ibarettir"*¹⁴⁷.

Kısacası, kanuna karşı hilenin rol oynadığı saha, en geniş anlamda, yaptırımları açığa kavuşturulmuş olan hususların dışında kalan mevzuat ötesi sahadır¹⁴⁸. Şu hâlde kanuna karşı hileye konu olabilecek bir sorun ve durum bir kez kanunda yer aldı mı, artık tamamen bu düzenlemeden ortaya çıkan şart ve unsurlara tâbi olur; yoksa kanuna karşı hileninkilere değil.

Bu yüzden kanuna karşı hile nitelendirmesi, uyumlu eylemlerin özellik ve unsurlarının belirlenmesinde doğrudan doğruya esas alınmaz. Ama bu, sübjektif-tarihî yorum yöntemi ve özel düzenleme amacının belirlenmesi açısından bakıldığında, uyumlu eylemlerin kanuna karşı hile yolu olarak görülmesinden bazı sonuçlar çıkarılmasına imkân verir. Bu sonuçlar, kanun koyucunun iradesinin ve soruna bakış açısının ortaya koyulması açısından önemli olmaktadır. Buna göre;

1. Rekabet düzenlemelerinde kanun koyucular için önemli olan, rekabetin hangi yol ve yöntemlerle sınırlandığı değil, sınırlandıp sınırlandırılmadığıdır. RKK belirli bir amaca ulaşmak için belirli bir davranış biçimini yasaklamamaktadır. Kanunun

146 Topçuoğlu, H., 200-201.

147 Topçuoğlu, H., 201.

148 Topçuoğlu, H., 201.

amacı rekabeti korumak ve geliştirmektir. Dolayısıyla rekabeti engelleyen, kısıtlayan ya da bozan her türü danişıklı ilişki kanunun kapsamına girecektir.

2. Kanuna karşı hilede hileli davranış kanunların metnine ya da lâfzına uygundur. Kanun koyucunun uyumlu eylemleri kanuna karşı hile tehdidi altında değerlendirmesinden, şayet uyumlu eylemler 4. maddede dñzenlenmeseydi, aynı sonuçlara anlaşma ya da kararlar, hatta bunların genişletilmesi ile ulaşılamayacağı anlamı çıkıyor.
3. Uyumlu eylemlerin ihlâl kastı taşıması gerekip gerekmediğine ilişkin değerlendirmeler yapılabilir ve kanun koyucunun, kanuna karşı hile nitelendirmesinden, bu meseleye yaklaşımı hakkında değişik çıkarımlarda bulunulabilir:

- Kanuna karşı hilede kastın varlığını arayan görüşe göre yapılacak yorumda, uyumlu eylemlerin varlığı için kanun koyucuların rekabeti bozma ya da sınırlama kastının varlığını aradığı,
- Sonuca önem veren ve sonuçtan hareket eden görüşe göre, rekabetin gerçekten sınırlanıp sınırlanmadığının önemli olduğu, dolayısıyla paralel davranışlar rekabeti sınırlıyorsa, artık kasıt aranmaksızın (bir görüşe göre, "hileli niyetle" birlikte) ihlâlin de gerçekteleşmiş olduğu,
- Son görüş içinde, sonuç kadar niyeti de önemli ve yasaklanmaya değer gören yaklaşıma göre de, burada kanun koyucuların niyeti de yasaklamayı amaçladığı, ancak ispat kolaylığı sağlamak için niyetin varlığının ispatlanmasından vazgeçtiği,

böylece ileri sürülebilir olur.

Burada yüzeysel olarak kısa bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanun koyucuların iradesinin uyumlu eylemler dñzenlenirken sonuçtan yana ağır bastığı, sonuç karşısında kastın ya da niyetin ikinci plânda kaldığı söylenebilir. Bununla birlikte uyumlu eylemlerde rekabeti sınırlama "hileli niyeti" hiç aranmıyor da değildir. Zira uyumlu eylemler "bilinçli paralel davranışlar"dır ve rekabet üzerinde uyumlu eylemlerle aynı olumsuz sonucu doğursa da, bazı durumlar, örneğin, teşebbüslerin davranış ya da eylemlerinde tesadüfen gerçekteleşen paralellikler, yasağın kapsamına girmez. Bunun gibi, bilinçli paralel davranışlar içinde (paralelliğinin rekabet ortamından kaynaklandığı) oligopole özgü paralellikler de hukuka aykırı görülmez. Öte yandan son görüşü haklı çıkartacak şekilde, uyumlu eylemleri

yukarıdakilerden ayıran (teşebbüslerin davranışlarından doğan) “bilinçlilik” ya da “hileli niyetin” ispatı gerekmemektedir. Paralel davranışların görülmesi ve bunların teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçmesinden sonra gerçekleşmesi ispat için yeterli olmaktadır.



İKİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN TANIMI VE UNSURLARI

§ 3. UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI

I. GENEL OLARAK

Amerikan hukukunun rekabete ilişkin kavramları, doktrin ve uygulamanın daha önce aşına olduğu kavramlardan seçilmiştir. Bu kavramların rekabet hukukundan çok öncelere uzanan geçmişleri vardır. Sözleşme, özel hukuktan rekabet hukukuna aktarılırken; gizli iş birliğinin kökenleri ceza hukukuna uzanmaktadır. Kuşkusuz bu kavramlar daha sonra rekabet hukukunun çizgisi doğrultusunda yeni anlamlar da kazanmışlardır.

Türk hukukunda ise RKK'nın kendine özgü kavramlarla hayata geçtiği görülmektedir. Danışıklı ilişkiler içinde özellikle uyumlu eylemler buna en iyi örnektir. Zira RKK'dan önce hukukumuzda uyumlu eylemlere benzer ya da onu çağrıştıran bir kavram dahi yoktu¹. Bu yüzden Amerikan hukukunun aksine, Türk hukukunda anlaşma, birlik kararları ve uyumlu eylemlerden söz edilince akla rekabet hukuku gelmektedir. Hâliyle uyumlu eylemlere ilişkin yapılacak bir tanım da doğrudan doğruya rekabet hukuku ile ilgili olmaktadır.

Bununla birlikte uyumlu eylemler RKK'da tanımlanmış değildir. Keza ATA m.81'de de bir tanımına rastlanmaz. Bunun nedeni, uyumlu eylemlerin tanımındansa, çoğu zaman, rekabet hukukundaki işlevi ve düzenlenme amacının ön plâna çıkmasıdır. Uyumlu eylemler, anlaşma veya birlik kararı niteliği taşımayan tüm teşebbüs eylem ve faaliyetlerinin rekabet hukuku açısından denetlenmesine olanak sağlayacak bir potansiyele sahiptir. Uygulama alanı bu kadar geniş olunca,

1 Goyder'in kaydettiğine göre, üye ülkeler de uyumlu eylemler kavramını ATA ile tanımıştır. Bundan önce (rekabetin korunmasına ilişkin kanunlara sahip olanlar da dahil) üye ülke hukukları uyumlu eylemler kavramına yabancı idi. Goyder, 98.

yapılacak katı bir tanımın bu yelpazeyi daraltacak bir etki doğuracağı endişesi hâliyle oluşmaktadır².

Öte yandan bu genişlik ve işlevsellik, yapılan tanımlarda da bir çeşitlilik ve zenginlik doğmasına yol açmaktadır.

II. UYUMLU EYLEMLERE İLİŞKİN OLARAK DOKTRİNDE YAPILAN TANIMLAR

Gülören Tekinalp, rekabet üzerine olan (sınırlayıcı) etkisinden açıkça söz etmeyerek³ uyumlu eylemleri, işletmelerin, aralarında bir anlaşma ya da mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan karar ve uygulamaları olarak ifade eder. Teşebbüslerden biri tarafından gerçekleştirilen bir fiyat artışının hemen ya da eş zamanlı olarak diğerlerince takip edilmesi ya da bir teşebbüsün bayilerine getirdiği bir şartın benzeri ya da aynısının, rakipleri tarafından da kendi bayilerine şart koşulması gibi durumlarda, anlaşma bulunmamakla birlikte bir uyumlu eylem vardır⁴.

Ünal Tekinalp'a göre ise uyumlu eylemler, teşebbüslerin aralarında sözlü ya da yazılı herhangi bir sözleşme yapmadan, bir anlaşma ya da mutabakata varmadan, birbirleriyle uyumlu olan kararları alıp uygulamaya koyarak ya da birbirleriyle uyumlu davranışlarda bulunarak, belirli bir mal ya da hizmet piyasasında rekabeti bozma, kısıtlama ya da engellemeleridir⁵.

Aslan ise uyumlu eylem karinesinin getirdiği bakış açısını genelleştirerek uyumlu eylemlerin tanımında kullanmaktadır. Bu hâlde uyumlu eylemler, *"iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerde açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlarıdır"*⁶.

2 Bak. Altvater, 1 vd.

3 Kar. Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 199 dn.129.

4 Tekinalp, G., 203-204.

5 Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr. 14

6 Aslan, Türk hukuku, 81

RKK'da yer alan uyumlu eylemlere ilişkin karine (m. 4/III-IV) ve ispat yükü (m.59) kurallarından yararlanılarak ortaya atılan ve bunların harmanlanmasından oluşan diğer bir tanıma göre ise, *"uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir iş birliği durumudur"*⁷.

Akıncı ise ekonomik yönü ağır basan bir tanım yapmaktadır. Bu hâlde uyumlu eylem, *"piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek kârlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlardır"*. Akıncı'ya göre bu tanım, "piyasa koşulları ve ekonomik nedenler" unsurlarına yer vermesi ve her bir teşebbüsü, kânnı doruklaştırmağa (maksimalize etmeğe) yönelik bağımsız üniteler olarak ele alması sebebi ile rekabet hukuku ilkelerine ve hayat gerçeklerine en uygun olanıdır⁸.

Türk rekabet hukuku doktrinde anlaşma kavramını dar yorumlayarak, sadece sözleşmelere hasreden Topçuoğlu ise uyumlu eylemleri şu şekilde tanımlamaktadır: *"Uyumlu eylem, teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlardır"*.

Türk rekabet hukuku doktrininin aksine, Avrupa Birliği rekabet hukuku doktrinde ayrı bir tanımlama gayretine gidilmemekte, ATAD'ın Boya⁹ ve Şeker Karteli¹⁰ kararlarındaki tanımlamalarına ağırlık verilmektedir.

7 Sanlı, K.C.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 79. Sanlı tanımın akabinde şu ifadeler yer veriyor: *"Kanun hükümlerinden yola çıkılarak dolaylı olarak yapılan bu tanımlama, "uyumlu eylem" kavramını büyük ölçüde açıklıyor olsa da, yine de tam anlamıyla ifade etmekten uzaktır. Zira Kanun, uyumlu eylemi kavramsal olarak tanımlamaktan ziyade, bunun ispatlanması meselesiyle meşgul olmuş (tur)...."*

8 Akıncı, 145.

9 ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

10 Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73, ECR 1975, 1663.

III.MAHKEME KARARLARINDA UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI

ATAD'ın uyumlu eylemlerin tanımlanmasına ilişkin görüşleri ilk olarak Boya kararında ortaya konmuştur. Bu karara göre uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, bunun yerine rekabetin risklerine karşı bilinçli olarak (bilerek)¹¹ ikame edilmiş pratik bir iş birliği doğuran bir koordinasyon (eş güdümlü) şeklindedir¹².

Divanın uyumlu eylemlere ilişkin ikinci önemli kararı ise Şeker karteli kararıdır¹³. Bu kararda ilgili pazarın somut özellikleri vurgulanırken, bir yandan da koordinasyon ve iş birliğinin ne anlama geldiğine açıklık kazandırılmıştır¹⁴. Ancak kavrama Boya kararında verilen anlam korunmuştur. Bu açıdan Divanın Boya ve Şeker karteli kararları arasında uygunluk vardır¹⁵. Buna göre, *"Uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, rekabetin risklerine karşı bilinçli olarak ikame edilmiş (rekabetin risklerinin yerine geçen), büyüklüğü ve yapısı kadar teşebbüslerin sayısı, önemi ve ürün tipi bakımından, pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açan, pratik iş birliği doğuran bir koordinasyon şeklindedir"*¹⁶.

Boya ya da Boya maddesi kararında, pazarın normal şartları ile ilgili ifadelere uyumlu eylemlerin tanımı içinde yer verilmemiş, bu konu paralel davranışların uyumlu eylemlerin ispatı açısından değerlendirilmesinde yer almıştır. Şeker karteli kararında ise pazarın normal şartlarına ilişkin değerlendirmelere doğrudan doğruya uyumlu eylemlerin tanımı içinde yer verilmiştir.

11 ".....knowingly...." "....bewußt...." Bu ifadenin kasit olarak çevrilmesi yanlış olur. Çünkü kasit bilerek ve isteyerek yapmayı gerektirir. Rekabet hukukunda, uyumlu eylemler de dahil, danişıklı ilişkilerden sorumluluk için kastın varlığı aranmamaktadır. Bak. aşa. § 4, V, B, 1; ayrıca, § 10, II, B. Bilinçli olmanın anlamı hakkında bak. aşa. § 4, IV, A.; aksi yönde bak. Gassner, U.: Grundzüge des Kartellrechts, München 1999, s. 25.

12 ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and Others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

13 Bak. Daig, H-W.: Zum Begriff "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" nach Art. 85 EWG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung des "Zuckerurteils" des EuGH vom 16.12.1975, EuR, 3/1976, 213 vd.

14 Dashwood, A./Guy, D./Laddie, H./Leigh, G.I.F.; Competition and Industrial Property, The Sugar Industry Marathon, European Law Rev., vol.1, London 1976, s. 481.

15 Bak. Tekinalp,Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr.19.

IV.GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda değinilen uyumlu eylemlerle ilgili tanımların her biri, uyumlu eylemlerin çeşitli özelliklerinin ön plâna çıkarıldığı tanımlardır. Bu bakımdan her birinin bir değeri vardır. Aynı gerekçeyle bu tanımları birbiriyle çelişen değil, birbirini tamamlayan tanımlar olarak görmek gerekir.

Kanaatimize göre, uyumlu eylemleri farklı yönlerini açısından birbirleriyle çelişmeyecek şekilde şu tanımlarla ifade etmek mümkündür:

Bir danışıklılık şekli olarak uyumlu eylemler; *teşebbüslerin anlaşma ya da karara dayanmadan; bu bakımdan pratik bir iş birliği içinde rekabeti sınırlamalarıdır*¹⁷.

Paralel davranış yönüyle uyumlu eylemler; *paralellik bilincinin teşebbüslerin arasındaki bağlantıdan doğduğu, rekabeti sınırlayıcı paralel pazar davranışlarıdır*¹⁸.

Rekabet hukukundaki misyonu açısından uyumlu eylemler; *anlaşma ya da karar olarak nitelendirilemeyen ve fakat teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız pazar politikaları üretmesini engelleyen ve bunun sorumlusu olarak da teşebbüslerin görülebildiği tüm iş birliği durumlarıdır*¹⁹.

Uyumlu eylemleri unsurları açısından ise şu şekilde tanımlamak mümkündür²⁰: *Uyumlu eylemler, iki ya da daha çok teşebbüsün birbiriyle bağlantıya geçmesi sonucu pazar politikalarının paralelleşmesiyle rekabetin sınırlandırılmasıdır.*

16 Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73, ECR 1975, 1663.

17 Bak. aşa. § 4, I.

18 Bak. aşa. § 4, IV, A.

19 Bak. aşa. § 4, IV, B; § 5, I ve yuk. § 2.

20 Bak. aşa. § 4.

§ 4. UYUMLU EYLEMLERİN UNSURLARI

I.GENEL OLARAK

Tıpkı tanımlanmasında olduğu gibi, uyumlu eylemlerin unsurları da doktrinde farklı şekillerde ifade edilmiştir.

Aslan, RKK'dan esinlenerek yaptığı uyumlu eylemler tanımından hareketle, uyumlu eylemlerin unsurlarını şu şekilde tespit etmektedir²¹:

- iki veya daha fazla işletmenin varlığı,
- bilinçli paralelliğin varlığı,
- bu paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamaması,
- rekabetin sınırlanması.

Topçuoğlu'na göre ise bir uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için,

- taraf teşebbüslerin paralel davranışlar içine girmeleri,

-uyumlu (paralel) davranışların teşebbüsler arasındaki iş birliği sonucunda ortaya çıkması ve son olarak

-teşebbüslerin amacının aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırmak olması gerekir²².

Esin, uyumlu eylem durumunun belirlenmesi için üç temel bulgunun elde edilmesinden söz ederek, bunları, a) rakip teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı, b) rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışların varlığı ve c) rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı durumların varlığı olarak sıralamakta, akabinde, ATAD'ın Şeker karteli kararında koordinasyon ve iş birliği terimlerine getirdiği açıklamalardan hareketle a)teşebbüsler arasında, kendi bağımsız faaliyetlerinin yerine geçen, bir çeşit koordinasyon ya da icrası mümkün iş birliği hâlinin olması; 2)bu koordinasyona doğrudan ya da dolaylı bir temasla ulaşılması; 3)amacın rakiplerin gelecekteki faaliyetleri hakkındaki belirsizlikleri daha önceden ortadan kaldırmak olması şartlarından söz etmektedir²³.

Sanlı ATAD kararları çerçevesinde öğretide şekillenen uyumlu eylemlerin unsurlarını a)birden fazla teşebbüsün varlığı, b)bunlar arasında bilinçli davranışı veya farazî uyuşmayı sağlayacak bir sosyal temasın bulunması, c)bu temasın,

21 Aslan, Türk hukuku, 82 vd.

22 Topçuoğlu, Rekabet, 198-199.

gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve de özellikle, piyasadaki rekabet sürecinin belirsizliğini bertaraf etme amacına yönelmesi ya da teşebbüslerin ticari davranışlarını, piyasadaki rekabet baskısından farklı bir şekilde etkilemesi olarak üç grupta toplamaktadır²⁴. Nitekim Bellamy/Child'a göre mahkeme kararları ışığında uyumlu eylemlerin unsurları şu şekilde sıralanabilir: a)Sözlü ya da yazılı gerçekleşmesi önemli olmaksızın, teşebbüslerin arasında toplantılar, tartışmalar, ağız aramalar ya da bilgi değişimi şeklinde kendini gösteren yapıcı (positive) bir bağlantının (temasın) bulunması b)Bu bağlantının; Sanlı'nın da ifade ettiği gibi, gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve de özellikle, piyasadaki rekabet sürecinin belirsizliğini bertaraf etme amacına yönelmesi ya da teşebbüslerin ticari davranışlarını, piyasadaki rekabet baskısından farklı bir şekilde etkilemesi²⁵.

Akıncı'nın ise uyumlu eylemlerin unsurlarını biri sübjektif diğeri objektif olmak üzere iki üst unsurda topladığı ve uyumlu eylemin (iş birliğinin) objektif unsurunu a) birden fazla taraf şartı b) eylem unsuru olmak üzere ikiye ayırdığı görülmektedir. Uyumlu eylemlerin sübjektif unsurunu ise taraflar arasındaki uyuşma oluşturmaktadır²⁶.

Bir başka ayrıma göre ise²⁷ uyumlu eylemlerin unsurları iki başlık altında toplanabilir:

-firmalar arasında kendi bağımsız davranışlarının yerine geçecek bir ortak iş birliği ve

-iş birliğinin amacının, rakiplerin gelecekteki davranışlarındaki olası belirsizlikleri ortadan kaldırması.

ATAD ise 1999 tarihli bir kararında²⁸, ATA m.81'in uyumlu eylemler kavramının; teşebbüslerin birbirleriyle uyumlaşması, bu danışıklı uygulamalara uygun pazar tutumu ya da davranışı ve bu ikisi arasında nedensellik bağına işaret

23 Esin, A.: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s. 34-35.

24 Sanlı, 81.

25 Bellamy, C./Child, G.: Common Market Law of Competition, 4. ed., London 1993, Nr. 2-042.

26 Akıncı, 146 vd.

27 Parasız, İ.: Rekabet Ekonomisi ve Düzenlemeler, Bursa 2001, s. 8.

28 "It follows that, as is clear from the very terms of Article 85(1) of the Treaty, a concerted practice implies, besides undertakings' concerting together, conduct on the market pursuant to those collusive practices, and a relationship of cause and effect between the two." Commission v. Anic Participazioni SpA, Case C-49/92P, ECR 1999, I-4125.

ettiğine değinmiştir. Aynı tarihli diğer bir kararında ise²⁹, yine ATA m.81'den yola çıkarak, uyumlu eylemlerin unsurlarını; her bir teşebbüsün bir diğeriyle uyumlaşması, bunu takip eden pazar tutumu ya da davranışı ve bu ikisi arasında nedensellik bağı olarak sıralamıştır³⁰.

Rekabet Kurulunun ise 2000 tarihli Süt kararında³¹ Aslan'a atfen uyumlu eylemlerin unsurlarını şu şekilde sıraladığı görülmektedir: *".....uyumlu eylemlerin varlığı, öğretide de genellikle kabul edildiği gibi, dört unsurun birlikte bulunmasını gerektirmektedir. Buna göre, uyumlu eylem için; a)en az iki veya daha fazla işletme olmalı, b) bilinçli paralellik bulunmalı, c) bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı, d) rekabet sınırlanmalıdır. Bu unsurlardan biri yoksa uyumlu eylem de yoktur".* Ancak ileride görüleceği üzere Kurulun bilinçli paralellik anlayışı Aslan'ın anlayışından ayrılmaktadır³².

Kurulun 2000 tarihli Gazete kararında³³ ise, uyumlu eylemlerin unsurları daha farklı sayılmıştır: *"Bir fiilin uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için şu unsurların bulunması gereklidir:*

- taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar olmalıdır.

- Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortadan kaldırma amacı taşımalı,

- ilgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır".

Bunlardan ilk zikredilen Süt kararında Kurul, olayın uyumlu eylemler açısından incelenmesi hususunda; önce teşebbüslerin anlaşıp anlaşmadığına bakılmasını, bu anlaşma kanıtlanamıyorsa, teşebbüsler arasında pratik bir iş birliği doğuran davranışların varlığının araştırılmasını esas almıştır³⁴.

29 *"It follows, first, that the concept of a concerted practice, as it results from the actual terms of Article 81/I EC, implies, besides undertakings' concerting with each other, subsequent conduct on the market, and a relationship of cause and effect between the two."* Hüls AG v. Commission, Case C-199/92P, ECR 1999, I-4287.

30 Her iki karar da 8 Temmuz 1999 tarihli olup, Polypropylene olayına ilişkindir. Bu nedenle mahkemenin farklı ifadeler kullanmakla birlikte aynı şeyi kastettiği kabul edilmelidir.

31 Süt, RK kararı, K. Sa.: 00-11/109-54, K.T.: 23.3.2000.

32 Bak. aş. § 4, IV, A, 1.

33 Gazete, RK kararı, K.Sa.: 00-26/291-161 K.T.: 17.7.2000.

34 Örneğin, *"4.madde anlamında 'uyumlu eylem'den söz etmenin mümkün olup olmayacağına gelince; işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, aralarında anlaşma*

Doktrin, ATAD ve Kurulun, uyumlu eylemlerin unsurları hakkındaki görüşleri arasında farklar bulunmakla birlikte, aslında tüm bu sayımlarda iş birliği ya da temasın (bağlantının) varlığının ön plâna çıktığı görülmektedir.

ATAD, Boya maddesi kararında, teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da öngörülebilir davranışlarını hesaba katarak, pazar politikalarını değiştirmekte serbest olduklarını ifade etmiş, ancak koordine edilmiş bir eylem akışı belirlemek ya da bir eylemin başarıyla uygulanmasını sağlamak için, bir rakibin bir başkasıyla her ne şekilde olursa olsun iş birliğine girişmesini, Antlaşmada yer alan rekabet kurallarına aykırı bulmuştur³⁵.

Görüldüğü gibi iş birliği, aslında danışıklı ilişkilerin ortak özelliğidir. Gerek anlaşma ve kararlarda gerekse uyumlu eylemlerde teşebbüsler iş birliği yapmaktadırlar.

Bu nedenle teşebbüsler arasındaki (pazara yansıyan) bir iş birliği, bir anlaşma ya da uyumlu eyleme işaret edebilir. Eğer taraflar arasında bir anlaşmanın olduğuna kanaat getirilebiliyorsa artık bir uyumlu eylemin varlığını araştırmak anlamsızdır. Böyle bir anlaşmanın olduğuna kanaat getirilemiyor ama ortada da bir iş birliği varsa, bu iş birliği teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçmeleri sonucu pazar üzerinde paralel hareket etmelerinden doğuyorsa, o zaman da uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilir.

İşte anlaşmalardan kaynaklanmayan, uyumlu eylemlerde görülen bu iş birliğini ifade etmek için pratik bir iş birliğinden (practical cooperation) söz edilmektedir³⁶. Bir başka deyişle uyumlu eylemler pazar üzerinde pratik bir iş birliği doğurmaktadır. Bu bakımdan iş birliğinin pratikliği, *ortak davranış ya da tutumun bir anlaşmaya ya da karara dayanmadan uygulamaya geçirilmiş olması* şeklinde ifade edilebilir.

Şu hâlde uyumlu eylemlerdeki pratik (uygulamaya dönük) iş birliği, öncelikle iş birliğinin anlaşmaya ya da karara dayanmadığını ifade eder. İkinci olarak da iş birliğinin uygulamaya geçirildiğini anlatır. Bu ikisini de karşılayan bir iş birliğinin

olmadığı halde, pratik bir işbirliği sağlayan davranışlar mevcutsa, bunun rekabeti önleyici etki doğurması doğaldır ve yasamız açısından yasaktır." Süt, RK kararı, K. Sa.: 00-11/109-54, K. T.: 23.3.2000.

35 ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

36 Bak. Wessely, T.W.: Case C-49/92P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, [1999] ECR I-4287; Case C-235/92P; Montecatini v. Commission, [1999] ECR-I 4539; Judgements of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases), CMLR, 38/2001, s.751 vd, 757.

varlığı ise teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıda (temasta) olmasını ve bunu takip eden paralel davranışları gerektirir.

Bu nedenle uyumlu eylemlerin unsurlarını;

-iki ya da daha çok teşebbüsün varlığı,

-teşebbüsler arasında bir bağlantının bulunması,

-pazarda bu bağlantıya istinat eden paralel davranışların görülmesi ve

-(kısaca) rekabetin sınırlanması

olarak sıralamak mümkündür.

Yukarıdaki ilk ve son şartlar (iki ya da daha çok teşebbüsün varlığı ile danışıklı ilişkinin rekabetin sınırlanması, kısıtlanması ya da bozulması amacına yönelmesi ya da böyle bir etkiyi doğurması yahut doğurabilecek nitelikte olması) uyumlu eylem, anlaşma ve birlik kararlarının rekabet kurallarına aykırı olması için aranan ortak şartlardır.

ATA'da, uyumlu eylem, anlaşma ve birlik kararları için aranan diğer bir ortak şart, üye ülkeler arasında ticaretin etkilenmesidir³⁷.

II. TEŞEBBÜSLER ARASINDA GERÇEKLEŞMESİ

Uyumlu eylemler, diğer danışıklı ilişkiler gibi, iki ya da daha çok teşebbüsün arasında gerçekleşir. Teknik anlamda uyumlu eylemler ancak teşebbüslerin faaliyetleri sonucu ortaya çıkar. Dolayısıyla "uyumlu eylemler", "teşebbüsler" in rekabeti sınırlayan bazı faaliyetlerini ifade eden bir kavramdır ve teşebbüs niteliğini sahip birden çok ekonomik varlık bulunmuyorsa³⁸, uyumlu eylemlerden de söz

37 Uyumlu eylem (aynı zamanda bir anlaşma ya da birlik kararı) rekabeti bozucu, engelleyici ya da kısıtlayıcı bir amaca yönelmiş ya da böyle bir etki doğuruyor olmasına rağmen üye ülkeler arasındaki ticareti etkilemiyorsa m.81 hükmü uygulanmaz; olsa olsa şartları varsa üye ülkelerin milli hukukları bazında yasaklanması söz konusu olabilir. Bununla birlikte Komisyon ve ATAD, konuya geniş bir perspektifle yaklaşmakta ve tek bir üye ülkeyi ilgilendiren bir uyumlu eylem, anlaşma ya da kararın, çoğu zaman, Topluluk üzerinde dolaylı etkileri olacağını kabul etmektedir. Bir uyumlu eylem, anlaşma ya da karar, üye ülkeler arasındaki ticareti etkilese dahi, eğer bu etki görmezden gelinebilecek derecede küçük ya da önemsizse, "de minimis" kuralı ışığında m.81/I kapsamı dışında değerlendirilir. Üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi şartı hakkında geniş bilgi için bak. Tekinalp,Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 28 Nr.57-69.; Faul/Nikpay, Nr. 3.332 vd; Aslan, Avrupa hukuku, 62 vd; Power, 322 vd.

38 "Tek taraflı kararlar" olarak nitelenen durumlar hakkında bak. Whish, 86 vd; Korah, V.: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 7. ed., Oxford 2000, s. 40 vd; Lane, R.:

edilemeyecektir. O hâde teşebbüsün ne anlamına geldiği ortaya konduğunda uyumlu eylemlerin faileri de ortaya konmuş olacaktır.

A. Terim Sorunu

Rekabet kuralları teşebbüslerin rekabeti sınırlayan faaliyetlerini konu alır³⁹. “Teşebbüs”, Kanunumuzun seçtiği bir terimdir. ATA’da bu anlama gelecek şekilde “undertaking” ve “Unternehmen” kelimeleri kullanılmıştır⁴⁰. Doktrinde yine ticaret hukukundaki anlamından öte, “teşebbüs” ile eş anlamlı olarak “işletme” de kullanılmaktadır⁴¹. Rekabet hukukunun öznelere; bu anlamda uyumlu eylemlerin failerini, “işletme” yerine, Kanun koyucu kullandığı için teşebbüs⁴² ile ifade etmek bu çalışmada tercih edilecektir⁴³.

B. Tanımı

ATA m.81 ve takip eden maddelerde teşebbüs tanımlanmış değildir. Türk rekabet hukuku ise bu noktada AB rekabet hukukundan ayrılır. Zira teşebbüsün tanımına RKK’da yer verilmiştir.

RKK m.3’e göre teşebbüs, piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımından bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder.

EC Competition Law, London 2000, s. 62 vd; Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr.27-29; Aslan, Türk hukuku, 76 vd; Bruckner, V.: Die Abgrenzung zwischen einseitigen Maßnahmen und kooperativen Verhaltensweisen im amerikanischen und europäischen Recht der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen: Analyse und Vergleich der Rechtslage, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002, s. 1 vd.

39 “Rekabet ancak teşebbüs niteliğine sahip gerçek ve tüzel kişilerin tek başlarına ya da birlikte davranışları dolayısıyla engellenir, bozulur ya da kısıtlırsa 4054 sayılı Kanun kapsamına girmektedir.” Kadirli, RK kararı, K. Sa: 00-25/258-140, K.T.: 04.07.2000.

40 Topke, 81. maddede geçen “undertaking” ifadesinin eş anlamlısının “enterprise” olduğunu kaydetmektedir. Topke, U-P.: EEC Competition Law, Newyork 1982, s. 35.

41 Öz, 148 dn. 10; Aslan, Türk hukuku, 31 vd.

42 Teşebbüs kelimesinin farklı anlamlarda kullanımı için bak. Arkan, S.: Ticarî İşletme Hukuku, 5. baskı, Ankara 1999, s. 17 vd.

Doktrinde, teşebbüsün -kanunî tanımına göre daha isabetli görülen- başka tanımlarına da yer verilmiştir.

Aslan, ekonomik birlik yaklaşımı doğrultusunda bağıli teşebbüslerin tek bir teşebbüs olarak kabulüne olanak tanıyan, ama aynı zamanda bu teşebbüslerin bağımsız hareket edebilme güçlerinin var olduğu durumları da kapsar bir tanıma ulaşmak amacıyla teşebbüsü şu şekilde ifade etmektedir: *“İşletme, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır”*⁴⁴.

Öz’e göre ise, RKK m.3’te gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra bağımsız karar verebilen birimlerden söz edilmesi, sanki bağımsız karar verebilmek gerçek ve tüzel kişiler için aranmayan, alternatif bir ölçütmiş gibi bir anlama yol açabileceğinden isabetli değildir. Zira bağımsız karar alabilmek ekonomik faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin teşebbüs sayılmaları için de aranan bir şarttır⁴⁵. Bu nedenle Öz, ekonomik birlik (tek ekonomik birim olma) ilkesine de yer verecek şekilde ilgili maddenin şu şekilde kaleme alınmasını daha isabetli görmektedir: *“Teşebbüs, piyasada mal ve hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren ve bu faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. İktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler, ekonomik kararlarını, kontrolü altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturur ve tek teşebbüs sayılırlar”*⁴⁶.

Topçuoğlu ise gerçek kişilerle tüzel kişileri ve tüzel kişiliği olmayan iktisadî birimleri de kapsayacak, bunun dışında teşebbüsün devamlılık unsurunu içerdiğini açıkça vurgulayacak şekilde teşebbüsü *“sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde iktisadî faaliyetleri konu edinen her türlü birimler”* olarak tanımlamaktadır⁴⁷.

Tekinalp’e göre ise, teşebbüs, mal ve hizmet üreten, bunları pazarlayan ya da bunların pazarlanmasında aracılık veya danışmanlık eden bütün gerçek ya da tüzel

43 Farklı bir gerekçeyle aynı sonuç için bak. Barlas, N.: *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul 1998, s. 148 dn.2.

44 Aslan, *Türk hukuku*, 63.

45 Öz, 147.

46 Öz, 149.

47 Topçuoğlu, *Rekabet*, 115.

kişilerle, tüzel kişiliği olmayan ancak, bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimlerdir⁴⁸.

Yukarıda ifade edildiği üzere ATA'da ise teşebbüs tanımlanmamıştır. AB rekabet hukuku açısından teşebbüs kavramının kapsam ve sınırlarını belirleyen kararların başında ATAD'ın 23 Nisan 1991 tarihli Höfner and Elser v. Macrotron kararı gelir. Bu kararda rekabet hukuku anlamında, varlığının yasal statüsüne ve nasıl finanse edildiğine bakılmaksızın, ekonomik faaliyetle ilgili uğraşan her varlık teşebbüs olarak kabul edilmiştir⁴⁹. 1960'lı yıllardaki bir kararında ise ATAD, teşebbüsü sürekli olarak ekonomik faaliyetlerde bulunan hukuken bağımsız kişiler olarak tanımlamıştı⁵⁰. 1985 tarihli Hydrotherm kararında ise ekonomik birim, hukukî açıdan gerçek ya da tüzel, bir çok kişiden oluşmuş olsa dahi anlaşmanın amacı açısından tek bir birim olarak değerlendirilmiştir⁵¹. IDM de Shell kararında amacı olmayan belirli bir ekonomik amacı güden kişi, maddî ve gayrimaddî unsurlardan oluşan tek bir örgüt yapısı içeren (a unitary organization) birimleri ekonomik birimler (economic unit) olarak kabul etmiştir⁵².

OECD'nin rekabet hukuk alanında teşebbüs yerine firma (firm) başlığı altında önermiş olduğu tanıma göre de teşebbüs, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ekonomik faaliyetlerle iştigal eden bir gerçek ya da tüzel kişi, devlet kurumu, ortaklık ya da cemiyet formudur. Biri diğeri tarafından kontrol edilen iki veya daha çok firma da böyledir. Kontrolde ne anlaşılması gerektiği rekabet otoritesinin benimseyeceği bir düzenleme, tüzük ya da genelge ile ortaya konur⁵³.

Görülebileceği üzere m.3'de yer alan tanım da dahil tüm bu tanımlamalarda ortak unsurlar, iktisadî faaliyet ve bu faaliyetin bağımsız olarak yerine getirilmesidir. Doktrinde yapılan tanımlamaların diğeri bir ortak yönü ise ekonomik birlik ya da bütünlük yaklaşımına dayanmaktadır. Bununla birlikte RKK'da hukukî bağımsızlık yaklaşımı ile ekonomik birlik yaklaşımına bir arada yer verilmiş gözükmektedir. Zira

48 Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), 390.

49 European Commission: XXIII rd Report on Competition Policy 1993, Luxembourg 1994, s.202.

50 Consten and Grundig v. Commission, Cases 56 ve 58/64, ECR 1966, 299; Tekinalp Ü., (Tekinalp/Tekinalp), 391 dn.2.

51 Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Case 170/83, ECR 1984, 2999.

52 Shell v. Commission, Case T-11/89, ECR 1992, II-757.

53 OECD (Organization for Economic Co-operation and Development)/World Bank: A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, Washington 1998, s.142.

madde metninde öncelikle teşebbüslerin gerçek ve tüzel kişi olmalarından söz edilmiş, devamla bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler ifadesi metinde yer almıştır. Bununla birlikte 3. maddenin gerekçesinde *“Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir.”* denilerek bu konudaki irade açıkça ortaya konmuştur.

C. Hukukî Bağımsızlık-Ekonomik Birlik Yaklaşımları

Uyumlu eylemlerin varlığı için, en azından iki teşebbüsün varlığına ihtiyaç vardır. Aslında iki ya da daha çok teşebbüsün varlığı, tüm maddî rekabet kurallarının uygulanmasında aranan bir ön şart niteliğindedir. Bunun istisnası ATA m.82 ve RKK m.6'ya göre, hâkim durumun kötüye kullanılması denetiminde, tek bir teşebbüsün hâkim durumda olması ve bunu kötüye kullanması suretiyle yasayı ihlâl edebilmesidir.

En az iki teşebbüsün varlığının aranması, teşebbüsün ne olduğunu ortaya koyacak bir tanımdan öte, bir teşebbüsün varlığının ve ekonomik faaliyetlerinin sınırlarını çizmek, bir bakıma teşebbüsün nerede başladığı ve nerede sona erdiğini belirlemekle ilgilidir. Bu noktada hukuken bağımsız olmakla birlikte ekonomik olarak birbirlerine ya da ortak bir merkeze bağlı teşebbüslerin bağımsız teşebbüsler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Tartışma, sorunun çözümünde teşebbüsler arasında hukukî bir bağımsızlığın mı yoksa ekonomik bir birliğin mi ölçüt alınacağı noktasında odaklaşmaktadır⁵⁴.

Hukukî bağımsızlık yaklaşımı altında ifade edilmek istenen, rekabet kurallarının bir teşebbüse uygulanabilmesinin, bu teşebbüsün varlığının hukukî statüsü ile bağlantılı olduğudur. Bir başka deyişle ister gerçek ister tüzel olsun bağımsız bir hukukî kişiliğe sahip olan teşebbüsler rekabet hukukunun kapsamına girerler. Ekonomik birlik ya da bütünlük yaklaşımı ise birden çok teşebbüsün varlığının araştırılması faaliyetinde teşebbüslerin kendi sorunlarını bağımsız bir şekilde çözüp çözmedikleri meselesi ile ilgilidir⁵⁵. Yani hukukî bağımsızlık, hukuk

54 Eryürekli, 31.

55 Ekonomik birlik yaklaşımının uygulamasında teşebbüslerin kendi sorunlarını bağımsız bir şekilde çözüp çözmedikleri ölçütünü uygulama, kanaatimizce doğru ölçüt olup, Divanın ve Komisyonun genel yaklaşımı da bu doğrultudadır. Bu konuda ileri sürülmüş değişik ölçütler hakkında ayrıntılı bir inceleme ve Amerikan hukukundaki durum için bak. Akıncı, 6 vd.

düzeni karşısında bir bağımsızlığın varlığını arar ve araştırırken; ekonomik birlik, ekonomi faaliyete ve davranışlarda bağımsızlığın varlığını aramaktadır⁵⁶.

Ekonomik birlik yaklaşımı gereğince aralarında bu tür bir ekonomik bağ bulunan teşebbüsler, artık bağımsız teşebbüs olarak kabul edilmeyecek ve hâliyle aralarında gerçekleşen anlaşma ya da uyumlu eylemler m.4'ün kapsamı dışında kalacaktır. Çünkü ortada tek bir teşebbüs vardır ve m.4 teşebbüsler arası danışıklı ilişkilere uygulanır.

Ekonomik birlik yaklaşımı gereği tek ekonomik birim kabul edilen teşebbüsler arasındaki pratik iş birliği bir uyumlu eylem olarak değerlendirilemez. Fakat bu kuralın doğal bir yansıması vardır. Bağlı teşebbüslerden biri tarafından girilen bir ekonomik faaliyetten ve bunun sonuçlarından diğer teşebbüs de, özellikle ana ve yavru ortaklıkların söz konusu olduğu durumlarda ana ortaklık da sorumlu olacaktır⁵⁷.

ATAD'ın istikrar kazanmış uygulaması ekonomik birlik yaklaşımını destekler doğrultudadır. Hydrotherm kararında ATAD hukukî birlik yaklaşımı için bir ölçüt niteliği taşımayan bağımsız karar verebilme unsurunu vurgulamış ve bir gerçek kişi ile onun tarafından kontrol edilen şirketleri tek bir teşebbüs olarak nitelendirmiştir. Bu kararda bir ekonomik birimin birden çok gerçek ya da tüzel kişiden oluşabileceğini açıkça ifade edilmiştir⁵⁸.

Nitekim RKK'nın da ekonomik birlik yaklaşımı benimsenerek hazırlandığı görülür⁵⁹. RKK m.3'te teşebbüs tanımlanırken, bağımsız karar verebilme ve

Ekonomik birlik yaklaşımına göre yapılan değerlendirmede, bağlı teşebbüsler arasındaki tüm teşebbüs ilişkilerini kapsayan olay ve şartların incelenmesini öngören ölçütler olduğu gibi bir bakıma hukukî bağımsızlık ve ekonomik birlik yaklaşımlarının yanında ele alınabilecek, bir diğer yaklaşıma göre, ilgili teşebbüsler arasında rekabet olup olmadığına göre bağlı-bağımsız teşebbüs ayrımı yapılmalıdır. Lang, S.T.: The Common Market and Common Law, London 1966, s. 384; Aslan, Avrupa hukuku, 57-58. Bu yaklaşım, bir bakıma, teşebbüsün nerede başladığı ve nerede bittiğinin belirlenmesi faaliyetinde, teşebbüs olmanın şartlarından birini «rekabet edebilme (yeteneği)» olarak ifade edebileceğimiz bir bakış açısı getirmektedir.

56 Bak. Aslan, Avrupa hukuku, 56 vd; Aslan, Türk hukuku, 36-37; Eryürekli, 31.

57 Whish, R.: Competition Law, 4. ed., London 2001, s. 74.

58 Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Case 170/83, ECR 1984, 2999.

59 "4054 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ve bu madde gerekçesinden anlaşılacağı üzere Rekabet Hukuku anlamında bir teşebbüsten söz edebilmek için ekonomik faaliyet gösteren ve kararlarını bağımsız olarak verebilen bir gerçek veya tüzel kişinin varlığı gerekmektedir. Ekonomik faaliyet gösteriyor

ekonomik birlik (bütünlük) olma açıkça zikredilmektedir. Bu maddenin gerekçesinde de ekonomik birlik yaklaşımının benimsendiği ifade edilmiş ve devamla yavru ortaklıkların RKK açısından tek başlarına değil, bağlı oldukları ortaklık ya da ortaklıklarla birlikte değerlendirileceği zikredilmiştir. İstisnasız olmamakla birlikte⁶⁰ Kurul da ekonomik birlik yaklaşımını esas almaktadır. Nitekim 3 Mart 1999 tarihli Uludağ kararında farklı tüzel kişiliklere sahip bulunan teşebbüsler arasındaki devralma işlemini, bunların tek ekonomik birlik oluşturdukları ve devralmanın ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden tek bir teşebbüsü ilgilendirdiği gerekçesiyle izin alınması gerekmeyen bir işlem olarak görmüştür⁶¹.

Bununla birlikte ekonomik birlik yaklaşımının uygulanması, hukukî bağımsızlık yaklaşımının uygulamasına göre daha güçtür. Zira ister gerçek isterse tüzel olsun, hukukî kişiliğin ve bu nedenle hukukî bağımsızlığın belirlenmesi kolaydır. Ekonomik birlik yaklaşımı ise kabulüyle birlikte bir kısım sorunları beraberinde getirmektedir. Aşağıda bu sorunlarla bağlantılı olarak, ekonomik birlik yaklaşımı çerçevesinde doğan hukukî sonuçların teşebbüsler üzerindeki etkileri iki başlık altında incelenecektir.

1. Bağlı Teşebbüslerin Durumu ve Somutlaştırılması

Ekonomik birlik yaklaşımına göre yapılan inceleme sonucu, birbirlerine ya da bir başka teşebbüse bağımlı, bu nedenle de bağımsız karar alma yeteneğinden yoksun teşebbüsler bağlı teşebbüsler olarak adlandırılır. Yine, örneğin, holding gibi bir çatı altında toplanan teşebbüslere yavru teşebbüs, çatısı altında toplanılan teşebbüse ise ana teşebbüs adı verilmektedir⁶².

olmasına karşın bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişi, kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa bu teşebbüsle tek ekonomik birim oluşturur ve Rekabet Hukuku bakımından bu ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilir. Dolayısıyla Rekabet Hukukunda hukuki açıdan bağımsız olmak bir ölçüt olmayıp, pazarda ekonomik kararlarını bağımsız olarak verebilen birimler teşebbüs sayılmaktadır.” Danıştay 10. D., E.: 2002/4495 K.: 2003/4374, Danıştay Kararları Der., Yıl:2, 4/2004, s.304-307.

60 Bak. Milta/Bosstay, RK kararı, K. Sa.: 42/278-23, K. T.: 10.12.1997. Karar hakkındaki görüşleri için bak. Aslan, Türk hukuku, 257.

61 K. Sa.: 99-12/93-35, K. T.: 03.03.1999, Rekabet Dergisi, C.1, Sa:1, 2000, 199 vd.; ayrıca aynı yönde bak. Köy-Tür, RK Kararı, K. Sa.: 89/705-147, K. T.: 05.11.1998

62 Bak. Aslan, Türk hukuku, 36 vd.

O hâlde bir teşebbüsün ne zaman ve hangi şartlarla bağlı teşebbüs hâline geleceği, yani ekonomik birlik yaklaşımına göre bir başka teşebbüsün ekonomik – ama hukukî değil- çatısı altında toplanacağı sorusunun yanıtı, ekonomik olarak bağımsız karar verebilmenin ne derecede ve hangi noktalarda aranması gerektiğinin belirlenmesinde yatar.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bağımsız hareket edilmesi beklenen alan ekonomik meselelerle ilgili alandır. Yani, öncelikle stratejik ticarî davranışlar ve bu anlamda teşebbüsün pazar politikasıdır⁶³. Dolayısıyla bir firmanın pazar üzerinde etkisi olmayan konularda bağımsız hareket etmesi, bağımsız bir teşebbüs olarak nitelendirilmesini gerektirmez: Personel yönetimi ile ilgili kararlarda serbest olması, çalışanların mesai saatleri ve vardiya usulü çalışma şartlarını bağımsız belirleyebilmesi gibi. Burada önemli olan, olsa olsa dolaylı bir şekilde, belki maliyetleri etkilemek suretiyle pazara yansıyacak teşebbüs davranışları değil, ilgili pazarda diğer teşebbüslerin kararlarını etkileyebilecek, rekabetin sınırlandırılmasına yol açabilecek; kısacası, bir teşebbüsün rekabet politikasını ortaya koyacak pazar davranışlarıdır. Ancak bunların bağımsız belirlenmesi hâlinde, ekonomik bağımsızlıktan söz edilebilir. Bu anlamda arz ettiği malların satış fiyatını belirlemede bir teşebbüsün bağımsız hareket edememesi, bağlı teşebbüs olarak kabulünü gerektirir. Daha kapsamlı bir ifadeyle, rekabeti sınırlayan danışıklılığa katılıp katılmayacağı hususunda kendisi karar veremeyen bir teşebbüs, bağlı teşebbüstür.

Bu konuda örnekleri arttırmak için ATA m.81 ve RKK m.4'te zikredilen esaslı rekabet ihlallerinden yararlanılabilir. Zira bunlar, en yaygın rekabet sınırlamaları olup kanunda zikredilmeleri tesadüfî değildir. Somut olayda, bir teşebbüsün ATA m.81 ve RKK m.4'de zikredilen esaslı rekabet ihlallerinden birine neden olan pazar politikasını bağımsız olarak belirleyememiş olması, ekonomik birlik yaklaşımı ışığında bağlı teşebbüs olarak nitelendirilmesi için yeterli olmalıdır. Bu bakımdan m.4'te sıralanan ihlallere neden olan davranışlar, stratejik ticarî davranışlara ve pazar politikalarına da örnektir. O hâlde,

-Satış fiyatının kendisi belirleyemeyen (m.4/a),

-belirli bir coğrafi bölgenin dışına çıkmaması kendisine "buyrulan" (m.4/b),

63 Kar. Wils, W.P.J: The Undertaking as subject of EC Competition Law and The Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons, *EL Rev.*, 2/2000, s. 108.

-piyasaya süreceği mal ve/veya hizmetin miktarını kendisi belirleyemeyen (m.4/c),

-boykot vb. uygulamalarda, yani piyasaya başka teşebbüslerin giriş/çıkışlarına karşı tutum alınmasında bağımsız davranamayan (m.4/d),

-(genel bir ifadeyle) mal ve/veya hizmetin alıcı ya da tüketicilere sunumu ile ilgili sözleşme şartlarını ve sözleşme politikalarını tek başına belirleyemeyen (m.4/a ve f) teşebbüsler, bağılı teşebbüs olarak kabul edilmelidir

Buradaki bağımsız karar verememe hâli, uyumlu eylemlerin oluşumu ile ilgili olarak ATAD ve İDM'nin sıklıkla vurguladığı, danışıklı ilişkinin doğurduğu bağımlılıkla karıştırılmamalıdır. Mahkemelerin bu ilkesine göre her teşebbüs ortak pazarda benimsemeyi düşündüğü politikasını bağımsız bir şekilde tespit etmelidir. Buradaki ilke aslında rekabet hukukunun bizzat rekabeti koruma hedefinin bir özetidir. Ekonomik birlik yaklaşımı açısından bağımlılık ise aslında fiilî durumun tespitinden ibarettir. Bağılı teşebbüs olmak başlı başına yaptırıma uğratılması gereken, rekabet hukukun cevaz vermediği bir durum değildir. Burada, fiilî durumun tespiti, aslında hukukî bir hassasiyetle faileri ve filleri doğru tespit etmeye ve böylece hukuku ve kanunu doğru uygulamaya yönelmiştir. Oysa ikinci durumda, teşebbüslerin pazar politikalarını ve davranışlarını birlikte belirlemesi ya da ortak hareket etmesi şeklinde, (birbirlerinden) bağımsız hareket etmekten vazgeçmeleri söz konusudur. Diğer bir deyişle ilk durumda bağımsız karar verememe yani bağımsız karar verebilme kabiliyetinden yoksunluk, ikinci durumda ise bağımsız karar vermeme yani bağımsız hareket etmekten –genellikle geçici olarak⁶⁴ vazgeçme söz konusu olmaktadır.

Bağımsız karar verememe, genellikle bir teşebbüsün yönetiminin bir başka teşebbüsün elinde olması hâlinde görülür. Ya da birden fazla teşebbüsün yönetimi aynı kişinin/kişilerin elinde olabilir. Bu durumda ana-yavru ortaklık ilişkisi olmadan bu teşebbüsler bağılı teşebbüs özelliği kazanacaktır. Burada yönetimle kastedilen, birden fazla teşebbüsün aynı ortak kontrol altında bulunmasıdır. Nitekim ortak kontrol altında bulunan teşebbüslerin durumu, Consten/Grundig ve İtalya

64 Bağımsız hareket etmekten geçici olarak vazgeçme, dar anlamda kartel türü organizasyonlarla olurken, sürekli olarak vazgeçmede birleşme ve devralma hallerinde söz konusu olur. Burada birleşmeye karar veren teşebbüs artık sürekli olarak bağımsız hareket etme iradesinden vazgeçmektedir. Bu konuda farklı görüşler için bak. Çeker, M: Türk Hukukunda Rekabetin

kararlarında⁶⁵ Mahkeme (ATAD) tarafından bir teşebbüsün iç organizasyonu ile ilgili görülmüş ve m. 81'in teşebbüslerin iç örgütlenmeleri ile ilgilenmediği ifade edilmiştir⁶⁶. Görüldüğü üzere bağlı teşebbüs kavramı, ana-yavru teşebbüs kavramlarını da içine alan daha geniş bir kavram, bir üst kavramdır.

Nitekim Rekabet Kurulu da Uludağ kararında yönetim kurullarının aynı kişilerden oluşmasını önemli görmüştü. Kurul 3 Mart 1991 tarihli Uludağ kararında⁶⁷ ayrı tüzel kişiliklere sahip Erbaa/Uludağ⁶⁸, Uludağ Maden⁶⁹ ve Bursa Uludağ⁷⁰ şirketlerinin, ortaklık yapılarının ve yönetim kurullarının aynı kişilerden oluştuğu, dolayısıyla birbirinden hukuken bağımsız olan bu teşebbüslerin ekonomik açıdan birbirlerine bağımlı oldukları ve tek bir ekonomik birim olarak değerlendirilmeleri gerektiğinden bahisle Kuruldan izin alınmasını gerektiren bir devralmanın söz konusu olmadığına karar vermiştir⁷¹,

Bağlı teşebbüs olma açısından diğer önemli bir ölçüt de bir teşebbüsün, bir diğerinin sermayesinin önemli (esaslı) bir çoğunluğuna sahip olmasıdır. Bu gibi durumlarda, sermayesinin önemli bir kısmına başka bir teşebbüsün sahip olduğu teşebbüslerin bağımsızlığından söz edilemeyeceğine karar verilmektedir. Bununla birlikte ana-yavru ortaklık ya da bağımlılık ilişkisi doğuracak sermaye payına ilişkin kesin bir oran yoktur. AB hukukunda Komisyon ve Mahkemelerin, bir ortaklığın sermaye ya da oy haklarının çoğunluğuna diğer bir ortaklığın sahip olduğu durumlarda, ana-yavru ortaklık ilişkisinin varlığını benimseyen kararları mevcuttur⁷².

Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, Batider, Cilt XVIII, 1996, Sa. 3, s. 261-277; Barlas, 150 ve 163.

65 Consten and Grundig v. Commission, Cases 56 ve 58/64, ECR 1966, 299; Italy v. Council and Commission, Case 32/65, ECR 1966, 389.

66 Bak. Wils, 107

67 K. Sa.: 99-12/93-35, K. T.: 03.03.1999. Rekabet Dergisi, C.1, Sa. 1, 2000, 199 vd.

68 Erbak Uludağ Meşrubat ve Gıda AŞ.

69 Uludağ Maden Suları Türk Ltd. Şti.

70 Bursa Uludağ Meşrubat Sanayi ve Ticaret AŞ.

71 Ayrıca bak. BİAK, RK Kararı, K. Sa.:99-13/99-40, K. T.: 04.03.1999. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Aslan, İ.Y: Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, Rekabet Der., 2/2000, s. 3-37.

72 Whish, 73; Korah, Competition, 38; Nitekim ATA m. 81/III'ün uygulanması açısından, dikey anlaşma ve uyumlu eylemler için bir diğer teşebbüsün oy haklarının yarısından fazlasına sahip olma durumunun bağlı teşebbüs ilişkisi doğurduğu, Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü'nde (Art. 11) (Komisyon tarafından) öngörülmüştür. Commission

Rekabet Kurulu da LPG-Adıyaman kararında⁷³, Mogaz'ın %99.99 pay oranına Aygaz'ın sahip olması dolayısıyla, Mogaz'ın Aygaz'a ait bir yavru şirket olduğuna karar vermiştir. Köy-Tür kararında da, bir holding çatısı altında toplanan teşebbüsler arası bir devralma işlemi söz konusu olmuş, holding bünyesinde yer alan 14 Köy-Tür ortaklığının sermayesinin %99.47'si yine holdinge ait olan bir başka teşebbüse devredildiğinden bahisle Kurul teşebbüsleri bağımsız birer teşebbüs olarak görmemiştir⁷⁴.

Ancak her hâlde teşebbüslerin yönetim kurullarının ve sermayelerinin yarısından fazlasının tek elde toplanması, bu konuda önemli bir göstergedir. Bunun dışında kalan durumlarda ise, bağlı teşebbüs ilişkisinin görülme ihtimali azalır. Nitekim, Gosmé/Martell-DMP olayında, DMP, iki teşebbüsün yarı yarıya sermayesini ve oy hakkı veren senetleri paylaştığı bir teşebbüstü. DMP'nin yönetim kurulu üyelikleri de yine aynı oranla iki teşebbüs arasında paylaşılmıştı. Komisyon DMP'nin kendi satış gücü olduğu ve sözleşmelerini bağımsız akdedebildiğinden hareketle DMP ile kurucu teşebbüslerden birisi arasındaki anlaşmayı m.81 kapsamında gördü⁷⁵.

2. Bağlı Teşebbüsün Bağımsız Hareket Edip Edemeyeceği Sorunu

a. Genel Olarak

Ekonomik birlik yaklaşımı ile ilgili bir diğer sorun, yukarıdaki ölçütlere göre bağlı teşebbüs olarak kabul edilen bir teşebbüsün rekabet hukuku karşısındaki bu konumunun esneklik gösterip göstermediğidir. Daha açık bir ifadeyle yanıtlanması gereken, bir bağlı teşebbüsün somut olayda ana teşebbüsten ya da diğer bir teşebbüsten bağımsız olarak hareket edip edemeyeceğinin, en azından her somut olayda bunun araştırmasının ayrıca yapılmasının gerekli olup olmadığıdır. Yaygın uygulama, bağlı bir teşebbüsün yani soyut olarak bağlı teşebbüsün taşıdığı tüm

Regulation (EC) No 2790/1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 1999 L 336/21.

73 K. Sa: 93/750-159, K. T.: 26.11.1998. Rekabet Dergisi, Cilt 1, Sa. 1, 2000, 115 vd., 124.

74 Köy-Tür, RK Kararı, K. Sa.: 89/705-147, K. T.: 05.11.1998.

75 OJ 1991 L 185/23.

şartları taşıyan bir teşebbüsün, her somut olayda, ayrıca bu statüsüne uygun hareket edip etmediğinin araştırılmasıdır⁷⁶. Yoksa bir rekabet hukuku süjesi atlanmış olur.

Bir görüşe göre buradaki sorun rekabet hukuku kurallarının uygulanması açısından teşebbüs kavramının farklı anlamlar taşıyıp taşımadığı ile bağlantılıdır⁷⁷. Burada kastedilen kurallar, m.81'de zikredilen danışıklı ilişkiler, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalara ilişkin kurallardır. Bu kurallar ve kurumların birbirleri ile düzenli ve tutarlı bir biçimde uygulanması her üçü için de geçerli tek bir teşebbüs kavramının varlığını gerektirmektedir. Çünkü birleşme ve devralmalara ilişkin tüzük kapsamına giren birleşme ve devralmaların sonucu olarak ortaya çıkan yeni varlıklar, aynı zamanda m.82 kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılmaması denetimine tâbi tutulması gereken bir davranış ya da tutumun failleri de olabilmektedir. Bunun gibi, m.81 ve 82 arasındaki ilişki; m.81'in uygulanabilmesi için birden fazla teşebbüsün varlığının gerekli olması, buna karşın tek teşebbüsün varlığı durumunda m.82'ye göre incelemeye gidilebilmesi teşebbüs kavramının ortak bir anlam taşımasını gerektirir⁷⁸. Yine benzer bir mantıkla, m.81'le birleşmeler ve devralmalar çerçevesinde ele alınacak iki ya da daha çok ortaklığın kontrolü altında bulunan ortaklıklar ya da müşterek olarak bir ortaklığı kontrol eden ortaklıklara ilişkin denetimler ve uygulanacak kuralların tutarlılığı açısından da teşebbüs kavramının ortak bir anlamı olmalıdır. Böylece teşebbüs ve onun varlığı ile ilgili kavramlar, özellikle bağlı teşebbüs kavramı da tüm rekabet kuralları açısından bir istikrar ve tutarlılığı taşımalıdır. Hâl böyle olunca m.81 ve 82 açısından bağlı teşebbüs incelerken, birleşme ve devralmalara ilişkin kurallar açısından da konuya yaklaşmakta ve bu kurallardan yararlanmakta yarar vardır⁷⁹.

76 Bu konuda bak. Özsunay, E: Satıcılara Yeniden Dış Satım Yasağı öngören Dağıtım Sözleşmeleriyle AET'deki Rekabet Düzenin Bozulması: BMW-Belçika ve Diğerleri/AET Komisyon Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, İktisat ve Maliye Der., 10/1982, s.412-421.

77 Wils, 106

78 Bak. Schröter, H.: Vorbem. Art. 81-85 Rn.18 ve burada dn. 85, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, hrsg von Schröter, H/Jakob, T/Mederer, W., Baden-Baden 2003.

79 Wils, 106.

Böyle olunca bağılı teşebbüs kavramını belirlemede, Avrupa Birliği Birleşmeler Tüzüğü'nün⁸⁰ hükümlerinden yararlanılabilir⁸¹: Nitekim, kural olarak, Birleşmeler Tüzüğü, fiili olarak böyle bir etkinin varlığından çok, bir diğer teşebbüs üzerinde belirleyici (sonuca götüren) etki yapma (decisive influence) imkânının varlığını esas almaktadır. Böylece rekabet kuralları arasında tutarlılık sağlamak açısından m.81 ve 82'ye göre teşebbüsün varlığına ilişkin yapılacak incelemede de ana şirketin yavru ortaklıklar üzerinde belirleyici etki yapma imkânına sahip olup olmadığına bakılmalı, bunun varlığı hâlinde ana ve yavru ortaklıkların tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkün olmalıdır⁸². Bu şekilde yapılacak inceleme sonucu bir çatı altında toplanabilecek teşebbüsler, tek bir teşebbüs olarak değerlendirilecektir. ATA m.81 açısından da, ana teşebbüsün fiili olarak yavru teşebbüs üzerinde nüfuzunu kullanmıyor görünmesi bu sonucu değiştirmeyecektir⁸³.

b. Adalet Divanının Konuya Yaklaşımı

ATAD'ın bağılı teşebbüslerin varlığının belirlenmesi hâlinde bu tür teşebbüsler arası danışıklı ilişkilere m.81'i uygulamadığı ve bunu bir teşebbüsün iç örgütlenmesi ile ilgili bir mesele olarak değerlendirdiğine daha önce yukarıda değinilmişti. ATAD Centrafarm kararında⁸⁴ teşebbüslere m.81in uygulanması şartlarını incelerken aynı konzerne⁸⁵ ait ve ana ve yavru ortaklık statüsüne sahip olan teşebbüslere bu maddelerin uygulanmayacağını ifade etmiştir. Ancak bunun için bağılı teşebbüsün pazar üzerindeki eylem akışını ya da seyirini belirlemede gerçek bir özgürlüğe sahip olmaması gerekir ve bu şartla ana ve yavru teşebbüsler bir ekonomik bütün teşkil ederler. Çoğu zaman bu gibi teşebbüslerin anlaşma ve uygulamaları, ekonomik birimin parçaları arasında görevlerin paylaşımı görünümündedir⁸⁶.

80 Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (EC Merger Regulation), 29.1.2004 OJ L24/1.

81 Wils, 106 vd.

82 Wils, 107

83 Wils, 107

84 Centrafarm BV and others v. Sterling Drug, Case 15/74, ECR, 1974, 1147.

85 Konzern, teşebbüslerin, hukuki bağımsızlıklarını koruyarak ortak bir yönetim gücü altında birleşmelerinden doğan ekonomik bütündür. Barlas, 165; Sarılı, 323 dn. 79; ayrıca bak. Emmerich, in: Dausers, § 1 Rn. 67 vd.

86 Whish, 72.

ATAD, Centrafarm kararında, teşebbüslerin bağımsız teşebbüs olarak değerlendirilebilmesi için gerçek bir özgürlüğün (real freedom) varlığını aramakla birlikte, bu kararda m.81'in uygulanmasında birleşme ve devralmalara ilişkin tüzükle uyum sağlama ya da benzeri bir incelemeye girme eğilimi göstermemektedir⁸⁷. Dolayısıyla ATAD'ın belirleyici etkide bulunma imkânının varlığını mı yoksa fiili olarak kendisini mi aradığı meselesi açıkta kalmaktadır.

Bu hususta Bodson kararı ATAD'ın görüşüne daha netlik kazandıracak bir karardır. Centrafarm gibi, ana-yavru ortaklık ilişkisine değinilen bu kararda, bağlı teşebbüslerin varlığının söz konusu olabilmesi için aynı gruba ait ortaklıkların ana ortaklık tarafından belirlenen, aynı pazar stratejini izlemelerinden söz edilmiştir⁸⁸. Bu karar, Mahkemece, etki etme imkânından öte, fiilen böyle bir etkinin arandığına yorumlanabilir⁸⁹. Bu hâlde, ana-yavru ortaklık ilişkisinin belirlenmesinde, ana ortaklığın nüfuzunu, tespit etmiş olduğu pazar politikasını diğerlerinin takip etmesini sağlayacak şekilde fiilen kullanmış olması ölçü olmaktadır. Nispeten yeni tarihli Viho kararında da ATAD, bağlı teşebbüsün ana teşebbüsün talimatlarını uygulamasından söz ederek bu yaklaşımını sürdürmüştür⁹⁰.

Öncelikle ATAD'ın, burada, kontrol gücünün fiilen kullanılmasını aradığı görülmektedir. Görüleceği üzere Divan'ın yaklaşımına göre rekabet hukuku açısından önceden bir teşebbüsün bağlı teşebbüs olarak belirlenmesi yalnızca genel bir fikir vermektedir. Bu nedenle soyut olarak farklı ölçütler kullanılarak yapılacak bir bağlılık değerlendirilmesi ya da analizi ikinci plânda kalmaktadır. Önemli olan dava konusu somut olayda teşebbüsler arasında bir bağlılık ilişkisinin var olup olmadığıdır. Dolayısıyla bağlı teşebbüsler, rekabet hukukunun konuları esnek ve değişebilir ya da başka bir deyişle bağımsız teşebbüse dönüşebilir süljeleridir. Öyle ki bir teşebbüs, bir olayda bağımsız olarak değerlendirilirken, bir diğerinde bağlı ya da bağımlı olarak değerlendirilebilecektir. Bu konudaki ölçüt, teşebbüslerden birinin bir diğeri üzerinde pay sahibi olmak ya da yönetiminde söz sahibi olmak suretiyle elde ettiği "üstünlüğünü", bu teşebbüsün pazar stratejilerini belirlemede kullanarak, aynı ya da paralel pazar davranışlarına yol açıp açmadığıdır.

87 kar. Wils, 107-108

88 Bodson v. Pompes funebres des régions libérées, Case 30/87, ECR 1988, 2513.

89 Kar. Whish, 73.

90 Viho v. Commission, Case C-73/95P, ECR 1996, I-5457; İDM için bak. Viho v. Commission, Case T-102/92, ECR 1995, II-17.

c. Değerlendirme ve Türk Hukukunda Durum

Türk rekabet hukukunda birleşme ve devralmalar RKK m.7'nin yanında, RKK m. 7/II ve RKK m.27'ye dayanılarak hazırlanan Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme veya Devralmalara ilişkin 1997/1 sayılı Tebliğde düzenlenmiştir⁹¹. Konseyin 2004 yılında yayınladığı 139/2004 sayılı "Teşebbüsler arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü"⁹² kısaca "Birleşmeler Tüzüğü'nün" 3. maddesinin karşılığı olan benzer bir madde Birleşmeler veya Devralmalar Tüzüğü'nün 2. maddesinde yer almaktadır. Bu madde RKK m.7 çerçevesinde birleşme veya devralma kabul edilerek Kuruldan izin alınması gerekli görülen durumlara ilişkindir.

Tebliğ m.2/II'de bu tebliğ bakımından, bir teşebbüsün bir diğeri üzerindeki kontrolünün ne anlama geldiği ifade edilmektedir. Buna göre; kontrol "*....fillen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkânı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla...*" meydana gelebilir.

Görülebileceği üzere, bağlı teşebbüs kavramının tüm rekabet kuralları için aynı şekilde anlaşılması gerektiğine dair Avrupa Birliği hukukunda ileri sürülen dayanaklar, Türk hukuku için de mevcuttur. Hatta Türk hukuku için daha güçlü oldukları da söylenebilir. Zira ATA'nın aksine Türk hukukunda teşebbüs kavramı Kanunun üçüncü maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanım, Kanunda yer alan çeşitli rekabet hükümlerinin muhatabı olan tüm teşebbüsler için geçerli ve ortak bir tanımdır. Dolayısıyla Türk kanun koyucusunun iradesinin gerek m.4'te yer alan danışıklı ilişkiler, gerekse m.6'da yer alan hâkim durumun kötüye kullanılması ve m.7'de yer alan birleşme ve devralmalar açısından aynı hukukî unsur ve özelliklere sahip tek bir teşebbüs kavramı üzerinde birleştiği görülmektedir. Dolayısıyla Türk

91 RG 12.8.1997, Sa.23078, Tebliğ Nu:1997/1. Bu Tebliğ daha sonra "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4 üncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ" RG. 26.3.1998 Sa. 23298, Tebliğ Nu:1998/2 ve "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" RG 18.11.1998 Sa. 23527, Tebliğ Nu: 1998/6 ve 1997/1 Sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de ve 1997/2 Sayılı "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemlerin ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliğ'inde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ"le değişikliklere uğramıştır. RG. 21.8.2000 Sa. 24147, Tebliğ Nu:2000/2.

92 Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (EC Merger Regulation), 29.1.2004 OJ L24/1

hukuku açısından da, birleşme ve devralmalara ilişkin bağlı teşebbüs anlayışından, m.4 ve m.6'nın uygulanmasında yararlanılması mümkün gözükmemektedir.

Nitekim bu sonucu destekler şekilde, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin⁹³ 3. maddesinde; bu Tebliğin uygulanması bakımından bağlı teşebbüsün belirlenmesinde, 1997/1 sayılı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğin ilgili hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir⁹⁴. Böylece Kurul, (uyumlu eylemlerin de düzenlendiği) RKK m.4 ile doğrudan ilgili olan muafiyet konusunda, Birleşme ve Devralmalar Tebliğinin bağlı teşebbüs anlayışını kabul etmiştir.

Birleşme ve Devralmalar Tebliğinin, bağlı teşebbüsün bağımsız hareket edip edemeyeceği sorununa yaklaşımı ise açıktır. "Fiilen", hatta fiiliyata geçilmemiş olsa da "hukuken", bir teşebbüs üzerinde *belirleyici etki uygulama imkânı* sağlayan kontrol araçlarının elde edilmesi, birleşme veya devralma sayılır (m.2). Böylece bağlı teşebbüsün varlığı için, bir teşebbüsün bir başka teşebbüs üzerinde sahip olduğu belirleyici etki uygulama "imkânı" yeterli olup, bunun fiilen kullanılıyor olması gerekmemektedir. Dolayısıyla bu imkânın varlığı teşebbüsler arasında bir bağlılık ilişkisi kurmak için yeterlidir. Bu imkânın ayrıca kullanılmış ya da kullanılıyor olması aranmamaktadır.

Bununla birlikte birleşmelere ilişkin kuralların, somut olaydan tamamen bağımsız olarak, m.4 ve m.6 çerçevesinde ele alınan bağlı teşebbüs kavramı üzerine teşmil edilmesi, rekabet hukuku politikası açısından eleştiriye açıktır. Birleşme ve devralmaların denetiminde bağlı teşebbüs anlayışına esneklik veya değişkenlik tanınmaması, m.7'nin uygulama alanını, özellikle pazar payı ve ciroların hesaplanması açısından, genişletici etkiye sahiptir. Tebliğin 4. maddesine göre, birleşme veya devralma işlemleri izne bağlı teşebbüsler, ülkenin tamamında ya da bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar payları piyasanın %25'ini aşan ya da bu oranı aşmasa bile toplam ciroları yirmibeş trilyon Türk lirasının (yirmibeş

93 Tebliğ Nu.: 2002/2, RG. 14.7.2002 Sa. 24815. (2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'le değişik, Tebliğ Nu.: 2003/3, RG. 18.9.2003 Sa. 25233.)

94 Komisyon ise, Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü'nde, bağlı teşebbüsün ne anlama geldiğini Tüzüğün amaçları açısından ayrıca düzenlemiş ve (Konseyin) Birleşmeler Tüzüğü'nün aksine, belirleyici etki etme imkânına yer vermemiştir. Bak. Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81/III of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 1999 L 336/21, Art. 11.

milyon Yeni Türk Lirasının) üzerinde olan teşebbüslerdir⁹⁵. Bu oranı aşmayan teşebbüsler arası birleşme veya devralmalar, Tebliğ ve RKK m.7'nin denetimi dışında kalır. Ancak Tebliğin 4.maddesinin II. fıkrasında pazar payının veya cironun hesaplanmasında aşağıdaki teşebbüslerin (ilgili ürün pazarındaki) pazar paylarının veya cirolarının toplamının esas alınacağı ifade edilmiştir:

a. Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki kendi pazar payları ve ciroları,

b. Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticarî varlığının yarıdan fazlasına ya da oy haklarının yarıdan fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları ve ciroları,

c. Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde yukarıda b'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,

d. c'de sayılan teşebbüsler üzerinde b'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,

e. a-d'de sayılan teşebbüsler üzerinde b'de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları.

Görülebileceği üzere birleşme ve devralmaların denetiminde bu teşebbüsler; birbirleriyle bağlantılı ve pazara ilişkin politikaları belirlemede birlikte hareket etme imkânına sahip olmaları dolayısıyla birbirlerine bağlı⁹⁶ ve böylece bir güç doğurarak pazarda hâkim duruma geçebilecek ya da bu durumlarını güçlendirecek teşebbüsler olarak kabul edilmektedir.

Bu sayım birleşmeye girişen teşebbüslerin pazar payı cirolarını yükselttiği için Tebliğ kapsamına girmelerini sağlamakta ve izni tâbi olmayan birleşme ve devralma

95 Bak. 1998/2 sayılı; Rekabet Kurul'undan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ, RG. 26.3.1998 Sa: 23298.

96 Her ne kadar Tebliğ'de bağlı teşebbüs yerine bağlantılı teşebbüslerden söz edilse de, bu kavram bağlı teşebbüs anlamında anlaşılabilir. Topçuoğlu, Rekabet, 129 dn. 126; bak ve kar. "Bağlantılı teşebbüsleri bir gruba bağlı olan veya bir grup tarafından kontrol edilen işletmeler olarak kabul edebiliriz." Aslan, Türk hukuku, 259.

alanını daraltmaktadır⁹⁷. Nitekim Türk hukukunda bazı teşebbüs faaliyetlerine grup muafiyeti tanınmasına ilişkin tebliğ ya da yönergelerde de muafiyetin kapsamını daraltacak şekilde benzer bir sayıma gidildiği görülmektedir⁹⁸.

RKK m.4 ve ATA m.81 ise yalnızca bağımsız teşebbüsler arası işlem ve eylemlere uygulanır. Dolayısıyla bağılı teşebbüs kavramı ne derece dar alınırsa bu maddelerin kapsamı o derece genişler. Kontrol imkânından öte, fiilî olarak kontrol etmenin aranması ile, pazarda aynı pazar stratejini izlemeyen ana-yavru ortaklıklar, bağımsız teşebbüsler olarak kabul edilerek m.4 ve m.81'e göre aralarında bir anlaşma ya da uyumlu eylem olup olmadığı incelenebilir.

Görüldüğü gibi birleşme veya devralmalarla RKK m.4'de yer alan danışıklı ilişkiler için bağılı teşebbüsün aynı şekilde belirlenmesi, rekabet hukuku politikası açısından aynı olumlu etkileri doğurmamaktadır. Zira bağılı teşebbüs kavramı ne kadar kapsamlı ele alınırsa, birleşme ve devralmalar üzerindeki denetim o kadar artmakta; bunun aksine RKK m.4'ün uygulama alanı ise daralmaktadır.

O hâlde, bağılı teşebbüsün bağımsız hareket edip edemeyeceği sorununu, rekabet kurallarının uygulama alanını da daraltmadan, şu şekilde çözüme bağlamak isabetli olacaktır:

1- Gerek Birleşme ve Devralmalar gerekse m.4 ve m.6 açısından bağılı teşebbüsün belirlenmesinde, belirleyici etki yapma imkânının varlığı yeterli kabul edilmelidir. Zira ekonomik açıdan bağımlı olmaktan söz edilince bu bağımlılığı doğuran şey, fiilen kullanılmıyor olsa da vardır. Gerçekten de fiilen kullanılmasa da, kontrol mevcudiyeti göz ardı edilemez. Bir teşebbüsün, bir diğerinin stratejik ticarî davranışlarını belirleme iradesi üzerindeki kontrolü, fiilen kullanılmıyor gözükmeyle yok sayılamaz. Zira bu imkân, gerçekte, yavru teşebbüsün özgür olması önünde açık bir engeldir. Bu durum devam ettiği sürece ancak geçici bir özgürlükten ve bağımsız davranıştan söz edilebilir. Zira bu geçici özgürlük ve bağımsız davranışlar aslında kontrol altında tutan teşebbüsün, bağılı teşebbüse bir "lütfundan" öteye gitmez ve bu "lütf" her zaman geriye alınabilir⁹⁹.

97 Ayrıca kuşkusuz, fiilî olarak kontrol yerine, bir teşebbüsün bir diğerini kontrol imkânına sahip olup olmadığının araştırılması, rekabet otoritesinin işini kolaylaştırmaktadır. Wils, 107.

98 Örneğin, bak. yürürlükten kaldırılan tekelden dağıtım (Tebliğ Nu:1997/3) ve satın alma (Tebliğ Nu: 1997/4) anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinin 5. maddeleri.

99 Bak ve kar. Wils, 107-108.

2- RKK m.4 açısından da, bir teşebbüsün bir diğeri üzerinde belirleyici etki uygulama imkânının varlığı bağılı teşebbüs ilişkisi için yeterli kabul edilmelidir. Ancak bunun aksini iddia edene, somut olayda ayrıca bu imkânın kullanılmadığı, yani bağılı teşebbüsün bağımsız hareket ettiğinin ortaya konulması yolu açık tutulmalıdır. Birleşme veya devralmalarda ise somut olayda bağılı teşebbüsün bağımsız hareket ettiği iddiası dinlenmemelidir¹⁰⁰.

Bu farkın nedeni şudur: Birleşme veya devralmalar bakımından belirleyici etki uygulama imkânı bir sürece ilişkin olduğu için, hâlihazırda bu imkânın kullanılmaması hukukî açıdan önem taşımaz. Yani birleşme veya devralmanın talep edildiği anda, bir diğer teşebbüs üzerinde sahip olunan kontrol gücü kullanmıyor olsa da, pekâlâ (devamlılık özelliği arz eden) birleşme veya devralmanın gerçekleşmesinden sonraki herhangi bir zamanda bu güç kullanılabilir. Bu gücün kullanılması ise, birleşmeye izin verildikten sonra Tebliğde belirtilen sınırları aşan bir durumun doğmasına neden olur. Bu yüzden birleşme veya devralmanın gündeme geldiği anda bağılı teşebbüslerin bağımsız hareket edip etmemesi önemli olmamaktadır. Bunun aksinin kabulü hâlinde, birleşme veya devralmaya izin verilmesi talep edildiği dönemde bağılı teşebbüslerin bağımsız hareket ediyor gösterilerek pazar payının (ya da ciroların) hesaplanmasında kapsam dışı kalması sağlanabilir ki artık etkili bir birleşme veya devralma denetiminden söz edilemez hâle gelir. RKK m.4'de düzenlenen danışıklılık hâllerinde ise ihlâl, birleşme veya devralmalarda olduğu şekilde bir süreklilik arz etmez. Böylece teşebbüsler arasındaki bağıllık ilişkisinin, sadece genel olarak değil, belirli bir olay ya da belirli bir zaman dilimi içinde gösterdiği özellikler de önem taşır. Belirli bir zaman içinde ya da belirli bir olayda bağımsız hareket etmiş olma, teşebbüsü bağılı teşebbüs niteliğinden çıkarmamakla birlikte, somut olay açısından bağımsız bir teşebbüs olarak değerlendirilmesine de imkân verecektir. Şu hâlde bu durum 4. madde açısından bağılı teşebbüs olmanın bir istisnasını teşkil etmektedir. Bu nedenle belirleyici etki uygulama imkânının varlığı 4. madde açısından da bağılı teşebbüs olarak nitelendirmek için yeterli olmakta; ancak, somut olay açısından bu imkânın fiilen kullanılmadığının ortaya konulması ya da ispatlanmasının bazı sonuçları olmaktadır. Örneğin, ana teşebbüs, yavru teşebbüsün bağımsız hareket ettiğini ispatlayarak

100 RKK m.6 bakımından hâkim durumun saptanmasında da, ilgili teşebbüsün pazar payı belirlenirken, birleşme veya devralmalarda olduğu gibi, belirleyici etki uygulama imkanının varlığı yeterli kabul edilip, bağılı teşebbüsün aslında bağımsız hareket ettiği iddiası dikkate alınmamalıdır.

sorumluluktan kurtulabileceği gibi; Kurul da, bir yavru teşebbüsün somut olay açısından bağımsız hareket ettiğini ortaya koyarak, ana-yavru teşebbüs arasındaki ilişkiyi 4. madde kapsamına sokabilecektir¹⁰¹.

D. Teşebbüs Kavramının Somutlaştırılması

Rekabet hukuku açısından hangi kişilerin ya da kişi topluluklarının teşebbüs olarak değerlendirileceğini önceden tek tek belirlemek mümkün değildir. Bununla birlikte, doktrinde, belirli gerçek ya da tüzel kişi ya da kuruluşların teşebbüs kavramı ile ilişkilerini gösterme eğilimi vardır. Diğer yandan, uygulamadan hareketle de teşebbüs anlayışı belirginleştirilebilir.

Nitekim AB uygulamasında teşebbüs kavramının oldukça geniş anlaşıldığı görülmektedir. Ticaret ortaklıklarından, faaliyetlerini bağımsız olarak gerçekleştiren sanatçılara¹⁰², profesyonel sporculara¹⁰³, buluşlarını ticarî şekilde işleten araştırmacılara¹⁰⁴ kadar geniş bir yelpaze içinde faaliyet gösterenler teşebbüs olarak nitelendirilebilmektedir. Bunlara doktorlar¹⁰⁵, eczacılar¹⁰⁶ gibi başka meslek gruplarını da örnek vermek mümkündür. Bunların yanı sıra, FIFA ve millî futbol federasyonları gibi kuruluşların¹⁰⁷ da teşebbüs olarak nitelendirildiği kararlar vardır.

Teşebbüs olarak nitelendirilmeyenlerin başında ise, piyasadaki ekonomik faaliyetlerini kendileri yönlendiremeyen; bir başka deyişle, bir başkasının emir ve direktiflerine göre faaliyette bulunan gerçek kişiler gelir¹⁰⁸. Bağımlı çalışanlara en iyi örnek, hizmet sözleşmesine dayanarak *"iş gücünü işverenin emrine tahsis ve onun*

101 ".....maddî anlamda rekabet kurallarının uygulanması açısından bakıldığında, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe ekonomik birliğe dahil olan ortaklıklar arasındaki ilişkilerin, Rekabet Hukuku kapsamına girmediğini kabul etmek gerekmektedir." Danıştay 10. D., E.: 2002/4495 K.: 2003/4374, Danıştay Kararları Der., Yıl:2, 4/2004, s. 304-307.

102 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co KG., Case 78/70, ECR 1971, 487.

103 Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and others, Case 36/74, ECR 1974, 1405.

104 AOIP/Beyrard, OJ 1976 L 6/12.

105 Pavlov and others v. Stichting Pensionenfonds Medische Specialisten, Case C-180-184/98, ECR 2000, I-6451.

106 APG, OJ 1990 L 18/35.

107 World Cup Tickets, OJ 1992 L136/31.

direktifi altında işi ifa etmeyi taahhüt eden"¹⁰⁹ işçilerdir"¹¹⁰. Nitekim bağımlılık unsuru iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir¹¹¹.

Görüldüğü gibi, bu örneklerde teşebbüs olarak nitelendirilip nitelendirilmemede ekonomik faaliyet, bağımsızlık gibi bazı özellikler ön plâna çıkmaktadır. Aşağıda bu özellikler, (işletme olarak da ifade edilebilen) teşebbüse yakın bir kavram olan ticarî işletme ile karşılaştırılmalı olarak ele alınacaktır.

1. Ticarî İşletme-Esnaf İşletmesi ve Teşebbüs

Ticarî işletme, ticaret hukuku ile ilgili kavramlardan biridir. TTK, ticarî işletmeyi esas alan ve ticaret hukukunun önemli kurumlarını bununla bağlantılı olarak düzenleyen modern bir yapı arz eder¹¹².

Bununla birlikte TTK'da ticarî işletme tanımlanmamıştır. Bunun yerine ticarî işletme sayılan müesseselere örnekler verilmiştir. Ticarî işletmenin tanımına ise TTK m.28'e dayanılarak çıkarılan Ticaret Sicili Tüzüğü'nde yer verilmiştir. Buna göre (TST m.14/1); *"Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanunu'nun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticarî işletme sayılmaz"*¹¹³.

Doktrinde, ticarî işletmenin unsurları, gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık ve esnaf faaliyetinin sınırlarını aşma olarak ifade edilir¹¹⁴. Bazı yazarlar ise TST'nin

108 Kecht, 57; Lipps, Nr. 310; Özsunay, Perşembe konferansı, 48.

109 Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s.36.

110 Korah, Competition, 37; Bael/Bellis, 28; Emmerich, in: Dausen, § 1 Rn. 58; Bellamy/Child, Nr. 2-006; Whish, 67, 71.

111 İlgili Anayasa Mahkemesi Kararı için bak. RG Sa. 13031 (E.1963/336, K.: 1967/29).

112 Bak. Arkan, 3 vd. ve 17.

113 *"Devam niyeti ile ve ticarî metod ve organizasyonla çalışmayı gerektiren hacim ve ehemmiyette iktisadî faaliyeti mevzu ittihaz eden müesseseler ticarî işletmedir."* Arslanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. bası, İstanbul 1960, s.21; *"Ticarî işletme....herhangi bir iktisadî faaliyetle istigâl eden bir teşekkülün -ki buna müessese diyoruz- ticarete has olan organizasyon, metod ve zihniyetle işletildiğini ifade eder"* Hırş, E.E.: Ticaret Hukuku, 3. bası, İstanbul 1948, s.103; *"Ticarî işletme, gelir sağlamak amacı ile devamlı faaliyette bulunan, belli bir örgüt içinde bağımsız çalışan ve esnaf işletmesi sınırlarını aşan işletmelerdir."* Baştuğ, İ./Erdem, E.: Ticarî İşletme hukuku, Ders Notları, Ankara 1993, s. 22.

114 İmregün, 7 vd., Domaniç, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I, İstanbul 1988, s. 97 vd.

kendisinden yararlanılarak hazırlandığı İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğünde yer alan bağımsızlık unsurunu da bunlara eklemektedirler¹¹⁵.

Kanunumuzun tanımı dikkate alındığında, teşebbüsün unsurları ise, piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama ya da satma gibi bir ekonomik faaliyetle uğraşma, bağımsız karar verebilme ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme olarak sayılabilir.

a. Gelir sağlamayı Hedef Tutma/Ekonomik Faaliyet

Ticarî işletme işletilmesinin nedeni, gelir sağlamaktır. Ancak ticarî işletme olarak kabul edilmek için, bunun gerçekleşmesi gerekmez¹¹⁶. Önemli olan ticarî işletmenin bu amaçla işletilmesidir. Bu nedenle ticarî işletmenin varlığı için gelir sağlamak değil, gelir sağlamayı hedeflemiş olmak aranır¹¹⁷. Gelir sağlama niyeti olmadan, fiilen herhangi bir faaliyetten gelir elde edilmiş olması da, hâliyle ticarî işletmenin olduğunu göstermez¹¹⁸.

Genel anlamda ekonomik faaliyet ise, öncelikle gelir sağlamaya yönelmiş tüm faaliyetleri içine alır¹¹⁹. Bu faaliyetin devamlı ya da geçici surette yapılması önem taşımaz. Gelir sağlayıcı faaliyetin bedenî, fikri ya da sermayeye dayalı olması da böyledir. Ekonomik faaliyet bağımsız ya da bir başkasına bağımlı olarak da gerçekleştirilebilir. Gelir temin etmek amacı taşımadan örneğin, gönüllü ya da yardım amacıyla yapılan faaliyetler ise ekonomik faaliyetin dışında kalır¹²⁰.

Teşebbüsün unsuru olarak ekonomi faaliyetler, öncelikle bu kavramın geçerli olduğu rekabet hukuku kapsamındaki ekonomik faaliyetleri ifade eder. Bu faaliyetler esasen piyasada mal ve hizmet üretmeye, pazarlama ve satmaya ya da bunları gerçekleştirmek amacıyla mal ya da hizmet almaya ya da temin etmeye yönelik davranışlardır. Ekonomik faaliyetin konusu hâliyle mallar ya da hizmet edimleri

115 Arkan, 20; Karayalçın, Y: Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, 3. baskı, Ankara 1968, s.60; Poroy, R/Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 9. bası, İstanbul 2001, s. 34.

116 Arkan, 19.

117 Arkan, 19; Poroy/Yasaman, 34; Baştuğ/Erdem, 19.

118 Baştuğ/Erdem, 19.

119 Domaniç, 92; Topçuoğlu, Rekabet, 105.

120 Domaniç, 92; Topçuoğlu, Rekabet, 105.

olabilir¹²¹. Dikkat edilirse bu özellikler RKK m.3'de yer alan teşebbüs tanımında zaten bulunmaktadır. Kurul'a göre de; "Kanun'da ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında üretim, satış, pazarlama ve dağıtım gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyet göstermek ekonomik faaliyet unsuru açısından yeterlidir"¹²².

Ekonomik yaşam içinde gerçekleştirilen her faaliyet, teşebbüs olarak nitelendirilmeyi gerektirmez. Ailesinin ve kendisinin kişisel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik, talep tarafında yer alarak pazarda gerçekleştirilen faaliyetler buna örnek verilebilir¹²³. Nitekim, rekabet kurallarının nihaî alıcısı; yani tüketiciyi hedef almadığı¹²⁴ ifade edilmektedir¹²⁵. Bununla birlikte, alışveriş birlikleri ya da alış kooperatifleri, rekabet hukuku anlamında bir ekonomik faaliyetle meşgul oldukları için teşebbüs olarak değerlendirilebilirler¹²⁶.

Sosyal, sportif, kültürel ve sanatsal faaliyetler ekonomik faaliyet olarak görülmezler. Ancak bunların pazarda arz ve talebe konu olması ya da piyasaya sürülmesi ekonomik faaliyet olarak görülür¹²⁷. Teşebbüs olarak nitelendirilmek için sadece ekonomik faaliyetlerle uğraşmak da şart değildir¹²⁸.

121 Emmerich, V.: § 1 Rn. 58, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, hrsg von Dausen, M.A., München 2003; Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Vorbem. Art. 81-85 Rn. 22; Özsunay, Perşembe konferansı, 47.

122 ASKİ, RK kararı, K. Sa.: 01-12/114-29, K. T.: 13.3.2001.

123 Gleiss, A./Hirsch, M.: Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band I, bearbeitete von Hirsch, M./Burkert, T.O.J., 4. Aufl., Heidelberg 1993, Art. 85 Rn.18; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (EG), Art 85 Abs.1 Rn.21; Bunte, H-J.: Art. 81 Rn.7, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band I, hrsg Langen, E./ von Bunte, H-J., 8. Aufl., Neuwied 1998; Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Vorbem. Art. 81-85 Rn. 25.

124 Aksi takdirde, piyasanın talep tarafında bulunarak sürekli (genel anlamda) ekonomik faaliyetlerde bulunan her bir tüketicinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekirdi.

125 Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Vorbem. Art. 81-85 Rn. 25.

126 Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Vorbem. Art. 81-85 Rn. 25.

127 Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Vorbem. Art. 81-85 Rn. 23; Özsunay, Perşembe konferansı, 48.

128 Whish, 68. "Kızılay'ın faaliyetlerinin ekonomik faaliyet niteliği taşıyıp taşımadığı ve sonuç olarak Kızılay'ın teşebbüs sayılıp sayılmayacağına belirlenmesinde öncelikli olarak Kızılay Dernek Tüzüğü'nün 5. maddesinde sayılan görevleri değerlendirilmiştir. Buna göre Kızılay'ın görev ve faaliyetleri 3 ana başlık halinde sınıflandırılmaktadır. Kızılay; savaşta veya hükümetin ilan ettiği olağanüstü hallerde, barış zamanında ve uluslararası yardımlaşmalarda farklı faaliyetler yürütmektedir. Kızılay'ın şikayet konusu faaliyetleri "barış zamanında" gerçekleştirdiği çalışmalarına ilişkindir. Bu kapsamda, dispanserler, sağlık merkezleri ve

Teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerinde de temel amaç, gelir sağlamaktır. Bununla birlikte, teşebbüsün varlığı için, ticarî işletmenin aksine, gelir sağlamayı hedeflemesi zorunlu bir unsur olarak görülmez¹²⁹.

Görüldüğü gibi, gelir sağlama hedefine göre, ekonomik faaliyetin kapsamı oldukça geniştir. Piyasada süregelen ekonomik yaşama, arz ya da talep tarafından dahil olarak rekabet üzerinde etkili olabilen tüm faaliyetleri konu almaktadır¹³⁰. Bu yüzden ekonomik faaliyetin kapsamını belirlemek yerine, yukarıdaki gibi, teşebbüs olarak nitelendirilmeyi gerektirmeyecek faaliyetleri belirlemek daha kolaydır.

b. Devamlılık

Devamlılık, ticarî işletmenin esaslı unsurlarından biridir. Arzî veya bir defaya mahsus olmak üzere yapılan işler devamlılığı sağlamaz¹³¹. Buna karşın faaliyetin daimî olması gerekmez; niteliği gereği zaman zaman kesintiye uğrayabilir¹³². Yazlık sinema ya da plaj işletmeleri buna örnek verilebilir¹³³. Bununla birlikte devamlılıktan asıl itibarıyla, ticarî işletmenin devamlılık kasıt ve niyeti ile kurulması anlaşılır¹³⁴.

Teşebbüs niteliğinin kazanılmasında, devamlılık, ekonomik faaliyetin rekabeti sınırlayacak derecede sürmesi olarak anlaşılmalıdır¹³⁵. Böylece teşebbüsün değil, ekonomik faaliyetin devamlılığı esas alınmalıdır. Devamlılığın belirlenmesinde belirli bir alt ya da üst süre konulamaz, ama en azından bu faaliyetin rekabet ortamını

hastahaneler açmak ve yönetmek ile kendisinin tekel ve imtiyazında bulunan maddeleri, kamu yararına uygun bir anlayışla, ticari bir kuruluş gibi işletmek Kızılay'ın faaliyetleri arasında gösterilmektedir. Kızılay'ın 2000 yılı faaliyet raporuna göre, ticari işletme gelirleri toplam gelirleri içerisinde önemli bir orana ulaşmaktadır. Kamuya yararlı dernek statüsünde olan Kızılay'ın yönetimi ve temsili dernek tüzüğünde belirtilen esaslara göre kendi üye ve delegelerinin seçtiği yetkili kurullar eliyle yapılmaktadır. Bu çerçevede, gerek yönetimi gerekse de temsili açısından bağımsız bir niteliği haiz olan ve ticari faaliyette bulunan Kızılay 4054 Sayılı Kanun kapsamında 'teşebbüs' hüviyetinde bulunmaktadır." Kızılay, RK kararı, K.Sa.: 01-23/217-57 , K.T.: 15.5.2001

129 Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Vorbem. Art. 81-85 Rn. 23; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 85 Rn. 6; Gleiss/Hirsch, Art.85 Rn.22.

130 Benzer şekilde bak. Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Vorbem. Art. 81-85 Rn. 23.

131 Arkan, 19; Baştuğ/Erdem, 19.

132 Arkan, 20.

133 Poroy/Yasaman, 34; Baştuğ/Erdem, 19.

134 Arkan, 19-20; Baştuğ/Erdem, 19.

bozacak ya da rekabeti sınırlayacak derecede sürmesi gerekir. Bu anlamda, bir kişiyi anmak için bir kere düzenlenen ya da önemli bir olay için belirli bir yerde bir kere düzenlenen ve bir ya da iki ay süren büyük bir organizasyonda (örneğin, İzmir'de Dünya Üniversite Oyunlarının –Universiade 2005- düzenlenmesi), bir defaya mahsus olmak üzere (sadece İzmir'deki için) ve devamlılık niyeti taşımadan, farklı ekonomik alanlarda faaliyet gösteren ya da daha önce rekabet hukuku anlamında ekonomik faaliyette bulunmamış üç girişimcinin, ihaleyle konaklama hizmetlerini aldıktan sonra, otellere ek yükümlülükler içeren kelepçe sözleşmeleri¹³⁶ dayatmaları vb. yollarla rekabeti sınırlamaları hâlinde de devamlılık gerçekleşmiş olmaktadır¹³⁷.

Hâliyle, tıpkı ticarî işletmelerde olduğu gibi, teşebbüs için de, ekonomik faaliyet yılda birkaç kez gerçekleştirilmeye müsait olsa bile rekabet sınırlanıyorsa devamlılık gerçekleşmiş olur. Örneğin yılda birkaç kez tekrarlanan boks müsabakası organizasyonları ile ilgili organizatörlerin bir araya gelerek alacakları yüzdeleri saptamaları ve bunu boksör ve menajerlere zorlamaları devamlılık unsuru için yeterlidir.

c. Bağımsızlık

Ticarî işletme kavramında yer alan bağımsızlık ile teşebbüs kavramında yer alan bağımsızlık aynı anlama gelmez. Ticarî işletme anlamında bağımsızlık daha çok ekonomik-idarî bağımsızlığı ifade ederken teşebbüs anlamında bağımsızlık ekonomik açıdan bağımsız birim olmayı ifade eder. Bir ticarî işletme bünyesinde faaliyet gösteren ve kısmen dahi olsa o işletmeyi kendi adına işletmeyen (yani tacir dışında kalan işletme çalışanları) bu anlamda bağımsız bir ekonomik faaliyete sahip değildirler. Dolayısıyla (tacirin ticarî vekili ya da mümessili olsa da) işletmenin müdürü, işçisi, bekçisi, işletme bünyesinde doğrudan denetim ve gözetim altında çalışan kişiler olarak, işletme olarak değerlendirilmez¹³⁸.

135 Kar. Braakman/Dutilh, 16; Aslan, Türk hukuku, 64; Topçuoğlu, Rekabet, 114.

136 Bak. RKK m.4/bend f ve ATA m. 81/1-e, ayrıca bak. Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr. 70; Aslan, Türk hukuku, 131-132.

137 Benzer yönde, Arı, 148.

138 Arkan, 186.

Bu söylenenler ve yukarıda sayılan örnekler teşebbüs olabilmek için de geçerli ise de buradaki bağımsızlık, ilgilinin ekonomik faaliyetlerini yürütürken bir diğeri ile ekonomik açıdan bir bütünlük arz ettiği noktada biter. Bununla birlikte iç yapılanmada, idarî olarak bağımsız hareket edebilme, iç örgütlenmeyi, çalışma ve faaliyet saatlerini kendi başına belirleyebilme özgürlüğüne sahip olma bu ekonomik bütünlüğü zedelemes. Önemli olan dış ilişkide ve piyasaya yönelen ve yansıyan pazar politikalarında bir birlik ve bütünlük havası taşınmasıdır.

Aradaki bu farkı açıklamak üzere acentelik sözleşmesi örnek gösterilmektedir¹³⁹. Acenteler, satış memuru ya da müstahdem gibi bir başkasına bağımlı (tâbi) bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yer ya da bölge içinde daimî bir surette ticarî bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi ya da bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimselerdir (TTK m.116). Bir acente, faaliyetlerini tacirin doğrudan denetimi, gözetimi, faaliyet ve çalışma düzeniyle ilgili olarak idarî talimatları altında olmadan sürdürebiliyorsa bağımsız bir tacir yardımcısıdır ve bu özelliğiyle ayrı bir ticarî işletmesi olması ve tacir sıfatını kazanması mümkündür. Buna karşın tacirin –idarî işleyişle ilgili olmayan- talimatlar verebilmesi ve acentenin kanunda öngörülen olağan faaliyetleri doğrultusunda süregelen tacir–acente ilişkisi ekonomik bir birlik ya da bütünlük arz ettiği için, acente bağımsız bir teşebbüs olarak değerlendirilemez¹⁴⁰. Bu anlamda acente, ekonomik olarak bağımsız olmayıp yürüttüğü faaliyetlerde tacirin emir ve talimatlarına bağlıdır.

Acenteye hangi malların öncelikle satışa sunulmasının istendiği, sözleşme şartları ve satış fiyatını belirleme yöntemi gibi konularda¹⁴¹ talimatlar verilmesi, TTK anlamında acentenin bağımsız bir tacir ve ticarî işletme olmasına engel teşkil

139 Öz, 147 dn.4.

140 Öz, 147 dn.4; bak. Aslan, Türk hukuku, 40, ayrıntılı bilgi için, 38 vd.; Power, 615 vd; Bael/Bellis, 28-30. Ancak acente ilişkisi rekabet hukuku açısından ikili bir karakter gösterir. Bir yönü ile –ki bu yönü ticaret hukukunun baktığı yöndür- acente kendi çıkarlarına, kendi teşebbüsünün devamı için ekonomik faaliyetlerde bulunur. İkincisi ise bu faaliyetlerle güdülen gelir elde etme amacının sonucu olarak bir başka teşebbüse acentelik hizmeti sunmadır. Böylece bir acente, müvekkili ile olan ilişkisi dolayısıyla pazara yansıyan faaliyetler açısından ekonomik birlik içinde değerlendirilebilirken, diğer acentelerle kendi hizmetini elde edilebilir kılma için giriştiği rekabet açısından bağımsız bir teşebbüs olarak ele alınabilmektedir. Aslan, Avrupa hukuku, 60.

141 Arkan, 194.

etmezken, RKK anlamında acente-tacir arasındaki bu bir tür temsil ilişkisi¹⁴² bağımsız teşebbüs olmasını engeller. Bu bağımsızlığa yüklenen anlamın TTK ve RKK da taşıdığı faklılıktan kaynaklanır. Öte yandan yine RKK açısından iç ilişkide bağımsızlık bir teşebbüsü kanun karşısında bağımsız kılmazken, TTK'nın aradığı daha çok idarî anlamda (yönetim, denetim, faaliyet ve çalışma saatlerinin belirlenmesi gibi) bağımsızlıktır.

d. Esnaf Faaliyeti Sınırını Aşma

Nihayet ticarî işletmenin bir başka unsuru esnaf faaliyeti sınırını aşmadır¹⁴³. Bu ayrım işletmenin varlığı ile ilgili bir unsur olmayıp aslında, bir işletmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi ile ilgilidir. Nitekim ticarî işletmelerle esnaf işletmelerine uygulanan kurallar, kural olarak, farklıdır.

Bu nedenle, gerek ticarî işletme gerekse esnaf işletmesi çerçevesinde yürütülen faaliyetler, teşebbüs sıfatı kazandırabilmektedir. Kısacası teşebbüs, ticarî işletme-esnaf işletmesi ayrımının üstünde yer almakta ve bu yönüyle de ticarî işletmeden daha geniş bir kavram olmaktadır.

2. Devlet-Kamu Kuruluşları ve Teşebbüsler

Rekabet, ekonomik düzenin ya da piyasanın içinde gerçekleşir. Bu nedenle rekabet ortamı üzerine etki eden bir çok faktör vardır. Bunlar, ekonomik düzene ya da piyasaya etki eden ya da bir şekilde burada rol üstlenen faktörlerin sayısı kadardır denilebilir. Bir teşebbüs olarak değerlendirilmese de işçi-memur gibi sınıfların genel bir ifadeyle tüketicilerin, alıcıların, satıcıların, devletin bu noktada rolü önemlidir.

Devletin/kamu kurum ve kuruluşlarının, faaliyetlerinden dolayı teşebbüs olarak değerlendirilerek, RKK kapsamına sokulup sokulamayacakları ise ele alınmaya değer bir konudur.

142 Aslan, Türk hukuku, 40; Poroy/Yasaman, 34 vd.

143 Bunun belirlenmesi hakkında bak. Arkan, 20 vd.

a. Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Teşebbüslerinin Rekabet Kuralları Karşısında Durumu

ATAD'ın bazı kararlarında, kamu kuruluşlarını, genel ekonomik faaliyetlerle ilgili hizmetlerle görevlendirilen teşebbüsleri ve gelir sağlayan tekelleri, devletlerin dış ticaret organizasyonlarını ve ticarî faaliyetlerle uğraşan mahallî idarelere ait birimleri teşebbüs olarak nitelendirdiği görölmektedir¹⁴⁴.

Topluluk rekabet hukukunda kural olarak kamu teşebbüslerinin¹⁴⁵ faaliyetlerini rekabet hukuku dışında tutan bir anlayış yoktur¹⁴⁶. ATA m.81 ve 82'yi izleyen maddelerde, Topluluk organlarının ve üye devletlerin rekabet hukuku karşısındaki yüküm, görev ve konuları ile ilgili hükümler yer alır. 83-85. maddelerde m.81 ve 82 ile ilgili tüzük vb. düzenlemelerin hazırlanışı ve kabulü ile ilgili bilgiler, üye devletlerin mevzuat uyumu sağlamaları, Komisyonun görevleri gibi konular ele alınmıştır. 87-88. maddeler devlet yardımlarına¹⁴⁷ ayrılmıştır. 86. maddede ise üye devletlerin rekabete ve rekabet ortamına müdahalelerini önlemeye yönelik bir maddedir¹⁴⁸. Bu maddeye göre devletler, kamu teşebbüsleri ya da özel veya inhisarî hak tanıdıkları teşebbüslere, antlaşmaya ve özellikle antlaşmanın 12 ve 81-89. maddelerine yani rekabet kurallarına aykırı ve bunlarla çelişen haklar tanıyamazlar (ATA m.86/I). Bununla birlikte, genel ekonomik menfaatlere hizmetle görevlendirilmiş teşebbüslerle, devlet bütçesine gelir getirmek için tekel hâline getirilmiş teşebbüslere (Finanzmonopol, revenue-producing monopoly) m.81 ve 82, kendilerine bırakılan özel görevlerin icrası hukuken ve fiilen engellenmediği ölçüde uygulanır¹⁴⁹ (ATA m.86/II). Bunlardan ilkinde havagazı, doğal gaz, elektrik, su, toplu taşıma, hava yolu

144 Bak. *Aluminium Imports from Eastern Europe*, OJ 1985 L 92/1, 37; *Höfner and Elser v. Macrotron*, Case C-41/90, ECR 1991-I, 1979; *Commission v. Italy*, Case 118/85, ECR 1987, 2599; *Italy v. Commission*, Case 41/83, ECR 1985, 873.

145 Bu konuda bak. Köksal, T.: *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisarî Haklar*, Ankara 2002, 1 vd.

146 Gleiss/Hirsch, Art. 85(1) Rn.29; Emmerich, in: Dausen, § 1 Rn. 62 vd.

147 Devlet yardımları hakkında bak. İnceci, B.: *Devlet Yardımları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını*, Ankara, Mayıs 2000, s.105-138.

148 Bak. Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §29 Nr. 1 vd.

149 Bilgi için bak. Köksal, 57 vd: Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §29 Nr. 13 vd; Bak. Ege, Y.: *Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet*, Rekabet Der., Sa. 9, 3 vd., 10 vd., www.rekabet.gov.tr/dergi.html (24.11.2004).

şirketleri, radyo ve televizyon kurumları¹⁵⁰; ikincisine ise Almanya'daki alkollü içkiler tekeli örnek verilmektedir¹⁵¹.

86. maddenin birinci fıkrasının üye devletler üzerine yüklediği yükümler¹⁵²; özellikle m.12'de yer alan ayırım(cılık) yasağına aykırı hareket edilmemesi ve m. 81-89'da yer alan rekabet hükümleri ile çelişen düzenlemeler yapılmaması ve sürdürülmemesidir. Aslında bir bakıma, m.86'da getirilen yükümlülük, Antlaşma hükümleri karşısında üye devletlerin tutumunu düzenleyen m.10'un, rekabet kuralları açısından tekrardır¹⁵³.

Öte yandan m.86, rekabet karşısında devletin tutumunu da düzenler. Gerçekten m.86, 81 ve 82. maddelerin muhatap aldığı teşebbüslerin dışında kalan bir organa ve bu organın faaliyetlerine yöneliktir. Amaçlanan, teşebbüs dışı bir organın kısaca devletin yürütmüş olduğu ekonomi politikaları ile piyasada rekabeti bozucu müdahalelerde bulunmasının önünü kesmektedir¹⁵⁴. Bu açıdan m.86, iç pazarda rekabeti bozulmaktan korumaya yönelik bir sistemi kurma hedefi ile uyum içinde olmakla, m.3(g)'nin somutlaştırılması özelliği göstermektedir¹⁵⁵.

Görüleceği üzere AB rekabet hukukunda, devletin tüzel kişiliği teşebbüs olarak değerlendirilmemektedir¹⁵⁶. Bununla birlikte özel teşebbüslerin yanında kamu teşebbüsleri de kural olarak rekabet hukukunun kapsamındadır. Hiç şüphesiz kamunun tüm faaliyetleri rekabet kurallarının denetimine tâbi değildir. Bu durumda kamu tüzel kişilerinin ne zaman ve hangi şartlarla kamu teşebbüsü olarak nitelendirilebileceği önem kazanır. Bir başka deyişle kamu tüzel kişilerin hangi faaliyetlerinin kamusal erke, devlet erkine dayanarak bir devlet işlemi şeklinde yürütüldüğünün belirlenmesi gerekir. Bu hususta iç hukukta yer alan ve kamu

150 "Genel ekonomik menfaate yönelik hizmetlerin ise telefon, su, elektrik, doğalgaz, posta, demiryolu ve havayolu ulaşımı, iş ve işçi bulma hizmetleri gibi hizmetleri kapsadığı genel olarak kabul edilmektedir." ASKİ, RK kararı, K. Sa.: 01-12/114-29, K. T.: 13.3.2001.

151 Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §29 Nr. 14; ayrıca bak. Emmerich, in: Dausen, § 1 Rn. 63; Lane, 231-232.

152 Bak. Köksal, 29 vd.

153 Bak. Gleiss/Hirsch; Art . 85(1) Rn. 30; Mann, 820; "86. maddede, onların (üye devletlerin) rekabet hukuku ile ilgili olarak ayrıca yüküm altına sokulmaları 86. maddeye lex specialis karakterini vermektedir." Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §29 Nr. 6.

154 Bak ve kar. Gleiss/Hirsch, Art . 85(1) Rn. 42-43.

155 Kar. Mann, T.: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ, 17/2002, s. 820.

156 Bak. Bellamy/Child, Nr. 2-010; Whish, 69-70.

kurumlarının faaliyetlerini nitelendiren kurallar birebir belirleyici rol üstlenmez. Yani bu faaliyetlerin rekabet hukuku açısından ATA bünyesinde yeniden ele alınarak değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde üye devletlerin iç hukuk düzenlemeleri ile m.81'in içeriği üzerinde oynayabilmeleri imkânı ortaya çıkabilirdi. Oysa AB rekabet hukukunun millî düzenlemelerden bağımsız bir kamu teşebbüsü anlayışı vardır¹⁵⁷.

Kuşkusuz kamu teşebbüsü olarak nitelendirilmek için de, teşebbüsün varlığı için aranan unsurlar; bu arada ekonomik faaliyetlerde bulunup bulunulmadığı¹⁵⁸ genel ölçüt olmaktadır ve bu şart sağlanırsa bir kamu görevinin yürütülmesi de ekonomik faaliyet olabilir¹⁵⁹.

Genel anlamda kullanıldığında kamu teşebbüsü, "teşebbüs" ifadesiyle idarenin iktisadî olmayan işlemler ve eylemlerini gören kamu kuruluşlarından; "kamu" ifadesi ile de özel hukuk kişilerinin teşebbüs ve ekonomik faaliyetlerinden ayrılır¹⁶⁰. Terim, şekil bakımından, en azından fiilî olarak kendi başına hareket edebilen, kendi özel ekonomik hedefini takibe yönelmiş bir örgüt, bir birimi gerektirir. Bu birim ekonomik açıdan akılcı yani rasyonel davranmayı ilke edinmiş olmalıdır¹⁶¹. Bununla birlikte hukukî kişiliğe sahip olması gerekmez; kendisine bir malvarlığı tahsis edilmiş ya da kendisine ait işletmesi olan kamu kurumları da (bu işletme bazında) genellikle teşebbüs sayılırlar¹⁶².

157 Gleiss/Hirsch, Art . 85(1) Rn. 35 ve 40.

158 ".....devlet kuruluşunun teşebbüs niteliğinde olması yani piyasada çalışıyor olması gereklidir." İnan, N.: Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu (5 Kasım 1999), Rekabet Kurumu yayını, Ankara 1999, s.129-130; ayrıca bak. Ege, 9-10.

159 İş kurumlarının faaliyeti buna örnek gösterilebilir: "Having regard to the foregoing considerations, it is necessary to establish whether a public employment agency such as the Bundesanstalt may be regarded as an undertaking within the meaning of Articles 85 and 86 of the Treaty.It must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity.The fact that employment procurement activities are normally entrusted to public agencies cannot affect the economic nature of such activities. Employment procurement has not always been, and is not necessarily, carried out by public entities. That finding applies in particular to executive recruitment." Höfner and Elser v. Macrotron, Case C-41/90, ECR 1991-I, 1979; ayrıca bak. Gleiss/Hirsch, Art . 85(1) Rn. 35.

160 Mann, 819.

161 Mann, 819.

162 Kamu teşebbüsleri hakkında bak. Janson, B.: Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, 1980, s. 19 vd.

1980 tarihli Şeffaflık Direktifinde¹⁶³, rekabet kuralları açısından bir teşebbüsün kamu teşebbüsü olup olmadığına, kamu otoritesinin onun üzerinde hâkim bir etkiye sahip olup olmadığı ölçü alınmıştır (m.2). Hâkim etkinin kaynağı olarak da, teşebbüsün kamu otoritesinin mülkünde olması, onun malî iştirakiyle kurulması ya da kamu otoritesince koyulan kurallarca idare edilmesi gösterilmiştir. Bu bakımdan sermaye ve oy çoğunluğuna sahiplik ya da yönetim kurulunun yansından fazlasını tayin gücü hâkim etkinin varlığı için yeterli görülmektedir¹⁶⁴. Köksal, "hâkim etki" kavramının, birleşme ve devralmalar (ya da yoğunlaşmalar) için öngörülen "kontrol" kavramıyla birçok benzerliğe sahip olduğunu ifade etmektedir¹⁶⁵.

Şu hâlde, AB rekabet hukukunda,

-Devletin tüzel kişiliği teşebbüs olarak değerlendirilmemektedir. Ancak Antlaşma rekabet hukuku kapsamına m.86 (keza 87-89) ile devletin faaliyetlerini de sokmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse üye devletlerin rekabet ortamını bozucu ve ayrımcılık taşıyan rekabet düzenlemeleri yapmamaları gerekir.

-Kamu teşebbüsleri de rekabet kurallarına tâbi olup faaliyetlerinden dolayı m.81'i ihlâl edebilirler. Bu tür kamu teşebbüslerinin bir uyumlu eylemin faili olmaları mümkündür.

-Üye devletlerin iç hukuk hükümlerine göre bir faaliyeti kamu ya da özel hukuk faaliyeti olarak nitelendirmeleri, mahkemelerin ve komisyonun m.81 vd açısından bir değerlendirme yapmasına engel teşkil etmez.

b. Türk Hukukunda Kamu Teşebbüslerinin Rekabet Kuralları Karşısındaki Durumu

Türk hukukuna gelince, RKK devletin ekonomik yaşama müdahalelerini kapsar görünmemektedir. Bununla birlikte Anayasanın 167. maddesi gereğince devletin kartelleşmeyi önleme ödevi vardır. Bu ödev kuşkusuz kamu eliyle kartel kurulmaması ya da kartel kurulmasına imkân hazırlanmaması veyahut kartel oluşumunun teşvik edilmemesini de içine alır. Dolayısıyla Rekabet Kurulu tarafından

163 Commission Directive (EEC) 80/723 concerning the transparency of financial relations between Member States and their public undertakings, OJ 1980 L 195/35.

164 Şeffaflık Direktifi m.2, Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 29 Nr.10.

165 Köksal, 17.

sorgulanamamakla birlikte devletin bu tür faaliyetlerinin yasallığı tartışmaya açıktır¹⁶⁶.

Türk hukukunda da kamu teşebbüsleri RKK kapsamındadır¹⁶⁷. Bu durum RKK m.2'nin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir¹⁶⁸: ".....rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plâna çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir".

Türkiye'de kamunun ekonomik alanda teşebbüs bazında faaliyetlerinde kamu iktisadî teşebbüsleri önemli bir yer tutmaktadır. Kısaca KİT diye anılan kamu iktisadî teşebbüsleri iktisadî devlet teşekkülleri ile kamu iktisadî kuruluşlarından ibarettir. İktisadî devlet teşekkülleri, iktisadî alanda ticarî esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan sermayesinin tamamı devlete ait kamu iktisadî teşebbüsleridir (233 sayılı KHK m.2/2). Kamu iktisadî kuruluşları ise tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan teşebbüslerdir (adı geçen KHK 2/3)¹⁶⁹. Bunların sermayesinin tamamı devletçe karşılanır.

Bunlardan iktisadî devlet teşekkülleri kural olarak kamu teşebbüsü yapısı arz eder. Aynı esas kamu iktisadî kuruluşları için de geçerlidir. Ancak kamu iktisadî kuruluşlarının faaliyetleri, ilgili KHK'ya göre, kamu yararını gözetken ve kamu hizmeti ağırlıklı faaliyetlerdir. Bundan dolayı kamu iktisadî kuruluşları, hâlin icabına göre, genel ekonomik menfaatlere hizmetle görevlendirilmiş teşebbüs ya da tekel

166 "Ancak idarenin her türlü eylem ve işlemi yargısal denetime tabi olduğu için, bu tasarrufların anayasaya ve yasaya uygunluk denetiminin yapılabileceği kesindir; sadece bunun prosedürü farklıdır." Aslan, Türk hukuku, 51.

167 Bu konuda çeşitli görüş ve gerekçeler için bak Aslan, Türk hukuku, 59; İnan, Sempozyum, 129-130; Köksal, 132 vd, 150 vd; Topçuoğlu, Rekabet, 120-121; Öz, G.A.: Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu (5 Kasım 1999), Rekabet Kurumu yayını, Ankara 1999, s.50; Tan, T.: Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa, İtalya Örnekleri), Rekabet Der, Cilt: 1, Sa.4, 2001, s.7-8; Sanlı, 37; kar. Akıncı, A.: Rekabetin Korunması Hakkında Kamunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, yayına hazırlayan: İnan,N., TES-AR yayını Nu:2, Ankara 1996, s.54-55.

168 Aynı gerekçe için bak. ASKİ, RK kararı, K. Sa.: 01-12/114-29, K. T.: 13.3.2001.

169 Bak. Mimaroglu, S.K.: Ticaret Hukuku, Cilt I, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1978, s.262 vd.; Karayalçın, 210-211.

niteliğinde gelir sağlayan teşebbüs olarak nitelendirilebilir. Şu hâlde bunlara rekabet kurallarını, görevlerini yerine getirmelerini engellemeyecek ölçüde uygulamak gerekecektir. Bir başka deyişle, ATA m.86/II'de yer alan hüküm, Türk hukuku için de Kurul tarafından aynı faaliyetleri yürütmekle görevlendirilmiş kamu teşebbüsleri hakkında uygulanmalıdır¹⁷⁰. Ancak Divanın söz konusu hükmü dar yorumlama eğiliminde olduğunu burada ifade etmek gerekir. Divana göre, 86/II'nin uygulanabilmesi için doğacak engelleme salt bir engel oluşturma yada güçleştirmeden öte, kanıtlanabilir, bu anlamda açık bir uyumsuzluk ya da bağdaşmazlık (nachweislich unvereinbar) oluşturmaldır. Corbeau kararında Divan, açık uyumsuzluk ölçütünü özellikle fiilî engellenmenin belirlenmesi yönünde somutlaştırmıştır. Bu kararda Divan, ekonomik bir bakış açısı içinde hareket etmiş ve teşebbüslerin kendilerine yüklenen genel çıkarlara hizmet eden vazifeleri ekonomik açıdan katlanılabilir şartlar altında icra etme imkânına sahip olup olmadıklarını esas almıştır¹⁷¹.

Bu ilke sosyal, kültürel ya da ideal amaçlı görevler üstlenmiş teşebbüslerin, ekonomik açıdan kâr getirici olmayan bu alanlardaki işlemleri yapabilmek için, kazanç getirici alanlardaki ekonomik faaliyetlerinde özel teşebbüslere göre korunmaları anlamına gelir. Böylece kazanç getirici sektörlerden elde edilen gelirlerle, ekonomik açıdan kazanç getirici olmayan diğer hizmetler de yürütülebilir olur. Şayet böyle olmasa, ekonomik açıdan kazanç getirici olmayan hizmetleri karşılama yükü altında olmaksızın özel teşebbüsler bu sektörlere girecekler, böylece kamu teşebbüslerine göre rekabette avantajlı olacaklardır. Bundan da ilgili kamu teşebbüslerinin pazar payının düşmesi ve dolayısıyla kamu hizmetinin yeterince görülememesi sonucu doğabilecektir¹⁷².

170 Bu yorum hukukî açıdan tartışmaya açıktır. Çünkü, bazı kamu teşebbüslerini rekabete aykırılığın sonuçlarından istisna tutan bir hüküm RKK'da yoktur. Ancak bir yandan Kurulun bağımsız idari otorite niteliği; bu yönüyle kural koyucu olabilmesi; diğer yandan rekabet düzenlemelerinde Anglo-Amerikan hukukunun soyutluk anlayışının ağır basması ve bunun sağladığı rahat hareket imkânı dikkate alındığında, AB'dekine benzer bir uygulamanın Kurulca benimsenmesi mümkün görülebilir. Diğer taraftan, bu yolla genel ekonomik menfaatlere hizmetle görevlendirilmiş olanlarla gelir sağlayıcı tekellerin istisna tutulmasından beklenen fayda Türk hukuku için de sağlanmış olacaktır.

171 Carbeau, Case C-320/91, ECR 1993, I-2555; ayrıca bak. Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij, Case C 393/92, ECR 1994, I-1477.

172 Mann, 823.

Türk rekabet hukukunda kuruluş kanunları gereğince kamu hizmeti görmeye yönelik özellikle kamu iktisadî kuruluşları açısından rekabet kuralları ile bağlılığının değerlendirilmesinde kural olarak böyle bir yol izlenmesi uygun olur. Bu alanda mevcut rekabet düzenlemeleri ile çelişir mevzuat ya da kuralların varlığı, böylece, devletin rekabet ortamını bozucu bir davranışı olarak ele alınmaktan da kurtulur.

Bununla birlikte iktisadî devlet teşekkülü-kamu iktisadî kuruluşları ayrımı ülkemizde sağlam bir ölçüde dayanmamaktadır. Gerçekten değişik zamanlarda çıkarılan kanun ya da kanun hükmünde karamameler ile bir teşebbüs KİT içinde sınıf değiştirebilmektedir. Örneğin, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve KHK'larda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 233 sayılı KHK'da yapılan değişiklikle, önceden kamu iktisadî kuruluşları arasında yer alan Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü iktisadî devlet teşekkülü kategorisine sokulmuştur¹⁷³.

Bu nedenle kamu iktisadî kuruluşları kapsamında yer alan kuruluşların m.86/II anlamında genel ekonomik menfaate yönelik hizmetlerle görevlendirilmiş veya gelir sağlayıcı tekel olarak kurulmuş teşebbüsleri birebir karşıladığı söylenemez. Rekabet hukuku açısından Türk hukukunda m.86/II kapsamına girebilecek kamu teşebbüsleri her olayda ayrıca araştırılmalı ve değerlendirilmelidir¹⁷⁴.

173 Bak. Arkan, 118 dn.3.

174 Kurul, iktisadî devlet teşekkülü olan Eti holding A.Ş. hakkında, hâkim durumun kötüye kullandığı iddiası ile yapılan şikâyet üzerine, "Eti Holding A.Ş.'nin, 2840 sayılı 'Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun' ve 3213 sayılı 'Maden Kanunu' uyarınca bir bor madeni olan tinkalin istihracı, konsantre ve rafine edilmesi, söz konusu ürünlerden bor uç ürünü ve nihai ürün elde edilmesi ve bunların pazarlanması konularında tekel hakkına sahip olduğundan, hâkim durumun kötüye kullanıldığı yolundaki iddiaların söz konusu yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığına, herhangi bir yasanın uygulanmasından kaynaklanan işlem ve eylemler, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı dışında kaldığından ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına" karar vermiştir. K. Sa.: 00-1/2-2, K.T.: 4.1.2000. Yine bir iktisadî devlet teşekkülü olan, ÇAY KUR'un (Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü) rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yaptığını tespit etmesine rağmen, ".....söz konusu sözleşmelerdeki (4054 sayılı) Kanun'a aykırı hükümlerin ÇAY-KUR'un bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından Resmî Gazete'de yayımlanan ve anılan teşebbüsün irade özgürlüğünü ortadan kaldıran bir düzenlemenin geniş yorumlanmasından kaynaklanması, diğer taraftan anılan Kanun'un yeni olması ve ilgili piyasaya yönelik olarak uygulamanın ilk kez yapılıyor olması gibi nedenlerle, ilgili teşebbüsler hakkında bu aşamada.....soruşturma açılmasına gerek..." görmemiştir. K. Sa.: 01-06/46-11, K. T.: 30.1.2001. Bu ve buna benzer

Bu konuda son olarak şunu ifade etmek gerekir ki, tıpkı diğerleri gibi, kamu teşebbüslerinin de varlığı (tüzel) kişiliğe sahip olmalarına bağlı değildir¹⁷⁵. Bu durum tıpkı devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak işlettikleri; tüzel kişiliği olmayan ekmek fabrikası, basım evi vb. işletmelerin tacir sıfatını kazanmalarına¹⁷⁶ benzemektedir. Zira TTK m.18/II'nin açık hükmü gereği, bu gibi işletmeleri işleten kamu tüzel kişileri tacir sayılmazlar. Benzeri bir durumun rekabet hukuku açısından da kabul edilmesi uygundur. Böylece ekmek fabrikası işleten bir belediye, bu ekmek fabrikası dolayısıyla teşebbüs kabul edilmeyecek ve bir ekonomik bütün oluşturan ekmek fabrikasının kendisi teşebbüs sayılacaktır¹⁷⁷.

III. BAĞLANTI

Uyumlu eylemlerin en önemli unsurlarından biri paralel davranışların nedenini oluşturan bağlantı unsurudur. Bağlantı unsuru ile paralel davranışlara girişen teşebbüslerin arasında bir bağlantının bulunması kastedilmektedir. Bağlantı aslında çok genel bir ifadedir. Uyumlu eylemlerin bir unsuru olarak bu çalışmada bağlantıya hangi anlamın yüklendiği aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

kararlar nedeniyle, Kurulun uygulaması kamu teşebbüslerine müdahale konusunda yetersiz görülmekte ve eleştirilmektedir. Bak. Köksal, 154 vd; Aslan, Türk hukuku, 57.

175 Aslan, Türk hukuku, 59; Topçuoğlu, Rekabet, 118.

176 Karayalçın, 205-206; Arkan, 121.

177 "4054 sayılı Kanun'da kamu teşebbüsünün tanımı yapılmamış ve kapsamı belirlenmemiştir. Kamu teşebbüsleri devletten ayrı bağımsız bir yasal kişiliğe sahip olabilecekleri gibi merkezi, bölgesel veya yerel idare içerisinde de yer alabilirler. Merkezi veya yerel kamu idarelerinin kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda, kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayrı tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekir." ".....merkezi veya yerel idare bünyesinde yer alan ayrı bir tüzel kişiliği olmayan birimlerin dahi teşebbüs niteliği taşıdığı kabul edildiği düşünüldüğünde, müstakil bütçeye, belediyeden ayrı gelir kaynaklarına ve ayrı bir yönetime sahip olan ASKİ'nin bağımsız olduğu ve bu çerçevede teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır." ASKİ, RK kararı, K. Sa.: 01-12/114-29, K. T.: 13.3.2001.

A. Uyumlu Eylemlerde İrade Uyuşması Arayışları

1. Teşebbüsler Arasında Ortak Bir Plânın Varlığı

Doktrinde ve uygulamada, uyumlu eylemlerin varlığı için ortak bir plânın bulunması; bunun hazırlanması ve/veya uygulanmasının gerekip gerekmediği tartışılmıştır.

Bu görüşün taraftarlarından olmuş Gleiss'a göre, teşebbüslerin ortak bir plânı takibi, karşılıklı uyumun esaslı bir ölçütüdür¹⁷⁸. Ortak plânın oluşum sürecinde, buna ön ayak olan teşebbüs (Schrittmacher), rakipleri karşısında kendi ekonomik durumunu ve pazar görüşlerini ifade eden bir beyan ya da açıklamada bulunurken, aslında bununla yetinmemekte; rakiplerinin de kendisi gibi, aynı güçlüklerle mücadele ediyor olduğu kanaatiyle hareket ederek, bu güçlüklerden genel bir fiyat artışı ile kurtulabilecekleri görüşünü ortaya koymaktadır. Şayet rakipleri de buna uygun görüşler ortaya koyar ve bir fiyat artışının kaçınılmaz olduğunu bir şekilde ifade ederlerse, bunun sonucu olarak tümü eyleme geçmekte ve uyumlu bir şekilde fiyatlarını yükseltmektedirler. Bu gibi durumlarda teşebbüslerden her biri için, artık bir diğerinin plânından bağımsız, münferit plânların varlığından söz edilemez. Böyle olsaydı teşebbüslerin sayısı kadar çok, fakat içerik olarak birbirleri ile aynı birden çok plânın varlığından söz etmek gerekirdi. Oysa burada makul olan, teşebbüslerin tümü için ortak, tek bir plânın varlığından söz etmektir¹⁷⁹. Zira öncü teşebbüsün tasarladığı plânın çerçevesinde toplanarak her bir katılımcı eylem özgürlüğünü kısıtlamakta ve rakipleri ile aynı ya da ortak hedefi gerçekleştirme bilinci ile hareket etmektedir. Böylece plânın takibi için, teşebbüslerin hangi amaç ya da hedefin (pazar) eylemlerini belirlediğinin karşılıklı olarak bilincinde olmaları yeterlidir. Burada önemli olan, katılımcıların bilinçli bir irade uyuşması hedeflemeleri, ortak bir anlayışta (Konzept) buluşmaları ve bunu ortaklaşa gerçekleştirmeye yönelmeleridir¹⁸⁰.

178 Gleiss, A.: Der Begriff der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" in Art. 85 EWG-Vertrag, WuW 1964, 485 vd, 491-492.

179 Gleiss, 492.

180 Gleiss, 492; Deringer, A.: Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst Durchführungs-Verordnungen und Richtlinien, Düsseldorf 1962, Art. 85 Anm. 231.

Ortak plânla uyumlu eylemler arasında kurulan ilişkinin kökleri Amerikan rekabet hukukuna uzanmaktadır. Amerikan hukukunda ortak plân (common plan) anlayışının iş birliği kavramı açısından taşıdığı anlam, bu açıdan önemlidir.

a. Amerikan Rekabet Hukukunda Ortak Plân Anlayışı

Amerikan rekabet hukukunda gizli iş birliğinin varlığı için, yukarıda değinildiği gibi, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın olması gerekmektedir. Tarafların sözleşmelerdeki icap ve kabul yerine geçecek bir uyuşma aşamasını başlarıyla tamamlamış olmaları şarttır. Böyle bir anlaşmanın varlığı teşebbüslerin arasında karşılıklı iradelerin uyuşmasının sağlanması ile gerçekleşir. Bu yüzden irade uyuşmasının oluşum sürecine bir şekilde somut olayda tesadüf edilmesi gerekir. Bununla birlikte zaman içinde Amerikan rekabet hukukunda anlaşmanın varlığı yanında, ortak plânın varlığı durumunda da gizli iş birliğinden söz edilebileceği anlayışı yerleşmeye başlamıştır. Bu yönde verilen ilk önemli karar Interstate Circuit kararıdır.

Interstate Circuit kararında¹⁸¹ iki temsil (film gösterim) teşebbüsünün ortak yöneticisi¹⁸² tarafından film dağıtıcısı teşebbüslerden bazı taleplerde bulunulmuştu. Olayda bu talepleri içeren mektuplara rastlanmıştı. Her bir mektubun antet kısmından, aynı içerikteki mektupların diğer dağıtıcılara da gönderildiği anlaşılıyordu. Bu iki temsil teşebbüsü Teksas ve New Mexico'da bir çok sinema işletmesine sahipti, dolayısıyla bu bölgelerde oldukça güçlüydü; öyle ki, dağıtıcıların yıllık lisans gelirlerinin %74'ü bunlarla yapılan işlemlerden doğmaktaydı. Bu tek tip mektuplarda, özetle, ikinci temsil sinemalarının aleyhine ve fakat bu iki teşebbüsün lehine olan birtakım şartlar öne sürülüyor ve bunlara uymayan dağıtıcılarla ticarî ilişkilere girilmeyeceği ya da mevcut ilişkilerin asgariye indirileceği ifade ediliyordu. Mektup sonrasında ilgili teşebbüslerle dağıtıcılar arasında bazı görüşmeler de yapılmıştı. Neticede, dağıtıcı teşebbüslerin tamamının mektubun içeriğine uygun hareket ettiği görüldü.

Olay önüne gelen İlk derece mahkemesi, dağıtıcı firmaların Interstate tarafından yapılan tekliflere uygun tekdüze davranışlarda bulunarak, sınırlamaları

181 Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

ikinci temsil sinemalarına kabul ettirmek için birbirleriyle ve Interstate'le iş birliğine giriştiklerine karar verdi. Dağıtıcılar, bu sınırlamaları, ikinci temsil lisanslarının verilmesi sırasında kabul ettiriyorlar ve giriş ücretlerinin talep edilen düzeye yükselmesine neden oluyorlardı. Talep edilen şartlara uyulmaması hâlinde ise yeni ve popüler filmlerin temsil hakkını bu sinemalara vermiyorlardı. Böylece Sherman yasasına aykırı olacak şekilde iş birliği içinde hareket etmiş oluyorlardı.

Davalı teşebbüsler, aralarında bir anlaşma ya da iş birliğinin olduğuna dair yeterince delilin ortaya konulamadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını temyiz ettiler.

Yüksek mahkeme, davada, her bir dağıtıcıya (ayrı ayrı) yazılan mektupların varlığına özel bir önem verdi. Mahkemeye göre, bu mektupların başında, aynı mektubun diğerlerine de gönderildiğinin gösterilmiş olması, rakiplerinin de aynı taleplerle karşılaştığını dağıtıcıların bilmesine neden oluyordu. Bu nedenle onlardan her biri, rakipleri ile benzer ya da aynı tutumu izlemezlerse rekabetin artacağı ve ticarî kayıplara uğrama riskinin büyüyeceğinin farkındaydılar. Öte yandan Interstate tarafından önerilen şartlara tümünce uyulursa kazançlarının artması da muhtemeldi. Dolayısıyla mektuplardaki şartlara uyularak uyumlu eylemlere girişilmesi noktasında dağıtıcı firmalar için güçlü bir dürtü (neden) doğmuş oluyordu.

Yüksek mahkemeye göre, Interstate olayında, ikinci temsil sinemalarına rekabeti sınırlayıcı şartlar kabul ettirilmesine ilişkin bir anlaşmanın ortaya konulması gizli iş birliğinin varlığı için ön şart niteliği taşııyordu. Dağıtıcıların bir plân etrafında toplanmış ve ona katılmış olmaları, bunu yaparken de uyumlu eylemlerinin farkında olarak hareket etmeleri yeterliydi.

Yüksek mahkeme, Interstate kararında, Sherman Kanununa aykırı bir iş birliğinin varlığını tespit ederken iş birliğinin esaslı unsurlarından olan; teşebbüslerin arasında rekabetin sınırlandırılmasına yönelik bir anlaşmanın olması unsurunu bir ön şart olarak aramamış, bu konuda önemli yorumlar getirmiştir. Öncelikle Interstate olayında olduğu gibi, teşebbüslerin birbirleri ile yakın ilişki içinde oldukları durumlarda açık bir anlaşmanın varlığı; yani rekabeti sınırlayıcı eylem ya da konu üzerinde tarafların iradelerinin birbirine uygun ortaya konması ve böylelikle açıkça uyuşma sağlanması zorunlu görülmemiştir. Bununla birlikte bu, gizli iş birliği için, iş birlikçiler arasında bir anlaşmanın varlığının aranmasından vazgeçildiği anlamına

182 Bu iki teşebbüs başkan ve genel müdürlük düzeyinde aynı kişilerce temsil ediliyordu. Yani bu iki

gelmemektedir. Ancak Interstate kararı ile birlikte Amerikan rekabet hukukunun anlaşma kavramında bir genişleme ya da gevşeme yaşandığı görülmektedir. Hatırlanacağı üzere klâsik iş birliği anlayışında ilk değişim ve kavramdan ayrılmalar Kereste Satıcıları kararı ile uyumlu eylemlerin ortaya çıkışı ve önem kazanması ile gerçekleşmişti. Bu kararda iş birliğinin ispatlanması ile ilgili önemli gelişmeler olmuştu. Interstate kararında ise Yüksek mahkemenin maddî hukuk seviyesinde bir genişleme ve gevşetmeye gittiği ve iş birliğinin anlaşma unsurunda farklılaşmalar yaşandığı sonucuna varılabilir. Zira Yüksek mahkeme uyumlu eylemlere yol açacağı bilgisi ya da niyetiyle teşebbüslerin ortak bir plâna katılımını, anlaşmanın kapsamında görmüş, bazen de onun yerine koymuş, ve buradan bir plânın varlığı ve buna katılımın sağlanması durumunda, iş birliğinin kurulduğu ve gerçekleştiği sonucuna varmıştır¹⁸³. Bu sonuç, Kereste Satıcıları kararından farklı olarak, iş birliğinin sübjektif unsuru üzerinde etkili olmuştur. Böylece Amerikan rekabet hukukunda uyumlu eylemlere doğru Kereste Satıcıları kararı ile başlayan genişleme Interstate kararı ile sübjektif noktalar üzerinde devam etmiştir. Tüm bunlar klâsik iş birliğinin Amerikan rekabet hukuku için, anlaşma ve uyumlu eylemleri içine alacak derecede genişleme gösterdiği anlamına gelmektedir.

Yüksek mahkeme, Interstate davasında bulduğu; anlaşmanın varlığına ayrıca ihtiyaç göstermeyecek derecede iş birliğinin sübjektif unsurunu karşılayan teşebbüs davranışlarının özelliklerine de işaret etmiştir.

- 1) Teşebbüslerden her birinin, diğer teşebbüslerin de plâna katılımının istendiği bilgisini taşıması,
- 2) Plânın başarısı için iş birliğinin şart ya da zorunlu olduğu bilgisi,
- 3) Plân bu şekilde uygulamaya geçerse rekabetin sınırlanacağı bilgisi.

İşte bu üç bilginin varlığı bir uyumlu eylemin etrafıca düşünüldüğü ve gerçekleşmesinin istendiği anlamına geliyor ve teşebbüsler bu bilinç içinde plâna bağlanıyor ve uyguluyorlardı. Bu durumda plânı ortak bir plân hâline getiriyordu.

teşebbüsün birbirine bağlılığı söz konusuydu.

183 Interstate kararında yüksek mahkemenin iş birliğinin ispatı açısından dayandığı önemli bir gerekçe de, teşebbüslerin bu mektup ve peşi sıra gerçekleşen görüşmeler sonucunda, yerleşmiş ticarî uygulamalarından vazgeçmiş olmalarıdır.

Diekmann da ortak plân anlayışının gizli iş birliği için, maddî hukuk düzeyinde bir genişleme anlamı taşıdığını ifade etmektedir¹⁸⁴. Diekmann'a göre, plân, gerçekleştirilmesi gereken hedeflere göre hazırlanmış bir taslak ve bu hedeflere ulaşmak için zorunlu olan araçların belirlenmesi olarak telâkki edilebilir. Böylece plân nezdinde bir düşünsel, fiilyata henüz dökülmemiş tasarlama ve belirleme işi vardır. Bu açıdan faaliyet salt súbjektiftir ve iradelerin oluşumu aşamasına aittir. Ortak plânın varlığı böylelikle farklı kişilerin birbirleriyle aynı hedefe sahip oldukları ve bu hedefe ulaşmak için zorunlu olan vasıtaları ortaklaşa tesis ettiklerini gösterir ki burada her bir bireyin katkısı icranın başarılı olması için zorunludur. Ancak araçların seçimi ve kullanımı ulaşılmak istenen sonuca göre değişebilir. Plân için önemli olan, başvuru araçlarının tekdüzeliği ya da çeşitliliği değil, katılımcıların birbirleriyle aynı ya da birbirleriyle uygun düşünsel yakınlığıdır ki bu yakınlık onların tümü tarafından dikkate alınır ve bundan fikirlerin buluşması "meeting of minds", karşılıklı anlayış "mutual understanding" ya da çıkarların senfonisine "symphony of interests" ulaşılır. Bundan dolayıdır ki ortak plâna katılım, rekabetin sınırlandırılması üzerinde katılımcıların uyumunu gösterir. Bu uyum, teşebbüsler nezdinde gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı bir tavır ya da davranış üzerinde sağlanmış bir uyumdur. Diekmann'a göre, tekdüze bir plânın düzenlenmesi ve takip edilmesi ya da ortak bir fiil ve hareket taslağı üzerinde uyuşmak böylece bir irade uyuşması türüdür ve bu açıdan anlaşmanın özel bir biçimi olarak telâkki edilebilir. Ancak bu, anlaşmadaki gibi açıkça ifade edilmiş beyanlara değil, sinsice ve örtülü olarak ulaşılan bir uyuma dayanır¹⁸⁵.

Böylece Diekmann, Amerikan rekabet hukukunda gelişen ortak plân anlayışında uyumlu eylemlerin súbjektif temelini bulmaktadır. Buna göre klâsik iş birliğinin súbjektif unsuru anlaşma veya ortak plânın varlığı olmakta, bunlardan herhangi birine somut olayda tesadüf edilmesi yeterli olmaktadır. Bunun anlamı, Kereste satıcıları kararı ve takip eden uygulamalarla belirli objektif şartların varlığı hâlinde iş birliğinin varlığı sonucunun çıkarılmasına olanak tanıyan ispat hukuku alanındaki gelişmelerin ardından; iş birliğinin maddî gereklerinin azaltılması ve bir anlaşmanın varlığı için irade beyanlarının uyuşması ile belirli bir hedef davranışa teşebbüslerin katılımlarının gerçekleştiği durumların eşdeğerde görülmesidir¹⁸⁶.

184 Diekmann, 70.

185 Diekmann, 72.

186 Diekmann, 74.

Nitekim bunu doğrudan şekilde Yüksek mahkeme, Cement Institute kararında, amaçlanan uyumlu eylemi vereceği bilgisi ya da bilinci ile teşebbüsler bir plâna girer ya da bağlanırlarsa, o zaman bir fiili birliktelik (combinaton) gerçekleşmiş demektir sonucuna varmıştır¹⁸⁷.

Tobacco kararında da, teşebbüslerin bir amaç ya da ortak plân ve karşılıklı anlayış üzerinde birleştikleri ya da hukuk dışı uygulama üzerinde fikirlerinin bulunduğu gösteren yeterli hâl ve şartların varlığı hâlinde iş birliğinin varlığına hükmedileceği vurgulanmıştır¹⁸⁸.

Ancak en açık şekilde yine Interstate kararında Yüksek mahkeme, uygulanması hâlinde rekabetin sınırlanması sonucunu doğuracak bir plâna katılma çağrısının rakipler tarafından kabul edilmesini, öncesinde bir anlaşma olmasa da, iş birliğinin varlığı için yeterli görmüştür. Turner, Yüksek mahkemenin bu ifadelerini, kararın; *"her bir rakibin, plânın başlarıyla uygulanması için iş birliğinin (cooperation) şart olduğu bilinci veya bilgisini (knowing) taşıdığı"*nin ifade edildiği kısmıyla birlikte aktarıyor¹⁸⁹.

Bununla birlikte mahkemeler, plânı hazırlayan taraf ya da plânın yatay veya dikey ilişki içinde gerçekleşmiş olup olmadığı ile ilgilenmemektedir¹⁹⁰. Interstate davasında film dağıtıcısı firmalar bir film gösterim teşebbüsünün fiil ve hareketleri sonucu iş birliği içine girmişlerdir. Bir başka deyişle, dağıtıcı firmalar karşısında alıcı konumunda bulunan bir teşebbüsün ön ayak olması ile iş birliği gerçekleşmiştir. Tobacco olayında sigara üreticileri arasında yatay seviyede bir iş birliği söz konusu olmuştur. Üretici firmalardan birinin fiyat artırımına gittiği durumlarda sağlayıcı-alıcılar henüz fiyatı değişmemiş diğer marka sigaraların alımına yönelmiş; ancak her bir üretici, bu yöndeki talepleri, fiyatını diğer üreticilerin seviyesine çıkarıncaya kadar reddetmiştir. Masonite kararında ise dikey ilişkide üst seviyede yer alan lisans verenin tavsiye ettiği fiyatlara lisans alanlarca aynen uyulması, lisans alanların geniş bir düzenlemenin parçası olduklarının farkında olmaları gerekçesiyle iş birlikçi bir davranış olarak görülmüştür¹⁹¹.

187 Federal Trade Commission v. Cement Institute 333 U.S. 683 (1948).

188 American Tobacco Co v. United States, 328 US 781 (1946).

189 Turner, D.F.: The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Rev., 75/1962, s. 683.

190 Diekmann, 67-68.

191 United States v. Masonite Corporation et al, 316 US 265 (1942)

b. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Ortak Plân Anlayışı

Amerikan rekabet hukukunda, öncesinde bir anlaşma olmayan iş birliği durumları için, teşebbüslerin ortak bir plâna katılımı aranmaktadır. Bu nedenle Amerikan rekabet uygulamasında, iş birliğine dayalı rekabet sınırlamalarından söz edebilmek için ya teşebbüsler arasında yapılmış bir anlaşma ya da teşebbüslerin müştereken katıldıkları bir plânın bulunması gerekir¹⁹².

ATAD ise Boya ve Şeker karteli kararlarında uyumlu eylemleri anlaşma aşamasına varmayan rekabet sınırlamaları olarak değerlendirmişti. Böylece AB rekabet hukukunun ilk yıllarında, doktrinde Amerikan hukukunda hâkim olan ortak plânın gerekliliği anlayışıyla uyumlu eylemler arasında bir bağıntı kurma eğilimi doğmuştur.

Nitekim Şeker karteli kararında teşebbüsler, iddialarında aralarında ortak bir plânın bulunmadığına dayanmışlardı. Buna göre, uyumlu eylemler kavramı, rakiplerin müstakbel davranışlarına ilişkin bir şüpheyi ilerisi için bertaraf etme amacı güden bir plân ya da programın varlığını gerektiriyordu.

ATAD bu iddiayı açıkça reddetti. Boya ve Şeker karteli kararlarında uyumlu eylemleri tanımlarken kullandığı koordinasyon ve iş birliğinin (coordination and cooperation) varlığı için, bu anlamda bir plânın ya da programın zorunlu olmadığını ifade etti. Divana göre, koordinasyon ve iş birliğinin ölçütü, ATA'nın rekabet anlayışının ruhunu oluşturan, teşebbüslerin gelecek pazar politikalarını belirlerken birbirlerinden bağımsız olarak hareket edip etmediğidir.

Bu içtihat ışığında Avrupa Birliği rekabet hukukunda ortak bir plânın mevcudiyeti uyumlu eylemler için zorunlu bir şart olmamaktadır. Böylece Amerikan rekabet hukukunun aksine, Avrupa birliğinde (uyumlu eylemlerle) rekabetin sınırlanmış olduğu kanaatine ulaşılması için, teşebbüslerin etrafında toplandıkları bir plân ya da programın varlığı aranmadı.

Divanın bu yaklaşımı doktrinin genelinde de benimsenmiş, ortak plânın varlığı uyumlu eylem için yeterli görülmüş ve fakat zorunlu bir şart olarak algılanmamıştır¹⁹³. Böylece uyumlu eylemler için ortak plânın gerekip gerekmediği konusu tartışmalı olmaktan (büyük ölçüde) çıkmıştır.

192 Chang, 142.

193 Bak. Chang, 51 ve dn. 145.

Bununla birlikte AB hukukundaki gelişmelere bakıldığında ortak plân anlayışının başka bir noktadan önem kazandığı görülmektedir. Nitekim yakın tarihli bir kararında¹⁹⁴ Komisyon, pazarda belirli eylemlerden kaçınmak ya da eylemlerini bir çizgide tutmak suretiyle, teşebbüslerin bireysel ticarî hareketlerini sınırlayan ya da sınırlayabilecek nitelikte olan ortak bir plâna bağlı kalmalarını anlaşma olarak değerlendirmiştir. Komisyona göre bu tür bir anlaşma a)müşterek karar alma mekanizması ve b) ortak bir plân ya da projenin taahhüt edilmesi olmak üzere iki unsur içermektedir.

Aynı karara göre uyumlu eylemlerde katılımcıların belirli eylemleri yapmak ya da belirli eylemlerden kaçınmak üzere açık ya da örtülü gerçek bir anlaşmaya (an actual agreement) varmış olmaları gerekmez. Anlaşmanın, anlaşmalara ilâveten bir uyumlu eylemler kavramına yer vermesinin amacı, anlaşma olarak nitelendirilemeyecek tutumlarla rekabet kurallarını dolanma imkânını baştan engelleyebilmektir. Bu duruma örnek olarak da Komisyon, bilgi değişimlerini vermektedir. Her bir teşebbüs ileride benimsemeyi düşündüğü pazar tutumunu önceden diğerlerine bildirir, öyle ki her bir teşebbüs artık rakiplerinin benzer tarzda hareket edeceği bilgisi ile kendi ticarî davranışlarını düzenleyebilir. Bu yüzden uyumlu eylemlerde tarafların pazarda neyi yapıp yapmayacakları üzerinde önceden anlaşmış ya da bir karara varmış olmaları şart değildir. Tarafların, pazar davranışlarının koordinasyonunu kolaylaştıran danışıklılık araçlarını bilerek benimsemeleri veya bunlara bağlı kalmaları yeterlidir.¹⁹⁵

Bundan dolayı Komisyonun, tıpkı Amerikan rekabet hukukunun çıkış noktasında olduğu gibi, ortak plân ya da program dahilinde yürütülen eylemleri anlaşma kavramının gevşetilmesi ya da genişlemesi içinde değerlendirdiği söylenebilir.

Bununla birlikte artık ifade etmek gerekir ki, ortak bir plânın varlığı, anlaşmalardan çok daha gevşek bir uyuşmaya işaret eder. Yoksa şartları sıkı sıkıya oturtulmuş ve belirlenmiş bir plândan söz edilmez. Şayet böyle olsaydı, bu plânın teşebbüslerin kararlarına ve anlaşmalarına dayanmadan hazırlandığını söylemek gibi çelişkili bir duruma neden olunurdu. Nitekim Komisyonun ortak plândan söz ettiği Pipe Insulated kararına göre, teşebbüslerin tüm hususlarda anlaşmamış olması ya da anlaşma şartlarına bazen aykırı davranışları, hatta ara sıra kıyasıya

194 Pre-Insulated Pipes, OJ 1999 L 24/1, para 129.

195 Pre-Insulated Pipes, OJ 1999 L 24/1, para 129.

rekabete girişmeleri, ortak plân çatısı altında oldukları söylenebildiği sürece anlaşmanın sona erdiği ya da kurulmadığı anlamına gelmez.

Ancak ileride görüleceği üzere, Komisyon, özelde anlaşmalardan söz etse de, aslında ortak plân anlayışını, karmaşık kartellerin varlığı ve zamana yayılmış (süregelen) ihlallerin bir bütün oluşturduğunu açıklamakta kullanmaktadır¹⁹⁶.

Bu bakımdan, AB uygulamasının ilk yıllarında uyumlu eylemler açısından reddedilen ortak plân anlayışının, plânlanmış ve programlanmış davranışlar dizisinin varlığı anlamına yakın olduğu; Komisyonun yeni yaklaşımında ise karmaşık, geniş ve zamana yayılmış bir çok anlaşma ve uyumlu eylemlerden ibaret ilişkileri bir bütün olarak görmeyi sağlayan (sübjektif) bağ olarak anlaşıldığı söylenebilir.

2. Diğer Görüşler ve Görüşümüz

ATAD gerek Boya maddesi gerekse Şeker karteli kararlarında, uyumlu eylemleri anlaşma aşamasına varmamış pratik iş birliği (co-operation, Zusammenwirken) doğuran bir koordinasyon (coordination, Koordinierung) şekli olarak ifade etmiştir.

Bu durum öğretide genellikle uyumlu eylemlerden gevşek ya da zayıf anlaşmalar olarak söz edilmesine zemin hazırlamıştır. Böylece uyumlu eylemlerde de anlaşmalardaki kadar net ve açık olmayan bir irade uyuşmasının olduğundan söz edilebilmiştir. Bu anlamda irade uyuşması, iş birliğinin temelinde yatan zihinsel uyuşmayı (mental consensus) ya da fikirlerin buluşmasını (minds of meeting) ifade etmekte, pazar üzerinde görülen salt benzer davranışlardan ya da bir teşebbüsün davranışına, diğerlerinin salt uygun davranışlarından uyumlu eylemleri ayırmada kullanılmaktadır¹⁹⁷.

Faull/Nikpay ise uyumlu eylemlerin varlığı için öncelikle bir bağlantının (contact) varlığını aramakta ve bu bağlantının akabinde teşebbüslerde rekabetten çok iş birliği yapmak yönünde bir zihinsel uyuşmanın gerçekleşmesini ya da rekabetten çok iş birliği üzerinde fikirlerin buluşmasını şart görmektedir. Böylece örneğin, A tek taraflı olarak rakibi B'ye onun da böyle yapması amacıyla bir aylık bir

196 Bak. aşa. § 5, IV.

197 Chang, 57; bak. Korah, V.: Concerted Practices, The Modern Law Rev., 36/1973, 222 vd.

süre zarfında fiyatını artıracaklarını söylese ve B sonuçta satış fiyatlarını artırırsa bir uyumlu eylemin varlığından söz edilebilecektir¹⁹⁸.

Rodger/MacCulloch'a göre uyumlu eylemleri anlaşmalardakine göre daha gevşek kılan, onun bir karşılıklı anlayış ya da hemfikir olma durumuna (understanding) ya da bir iş birliğine (collaboration) dayanmasıdır¹⁹⁹.

Lane, uyumlu eylemlerin konusunu anlaşma olarak nitelendirilemeyecek iş birliği durumları olarak ifade etmektedir. Bu gibi durumlarda, anlaşmalarda bulunması gereken consensus ad idem yerini ne şekilde gerçekleştiği önemli olmayan bir tavsiye (informal accommodation) veya bir karşılıklı anlayış ve hemfikir olma durumuna (understanding) bırakmaktadır²⁰⁰. Lane uyumlu eylemleri anlaşmaların bir alt türü olarak görmemekte ya da anlaşmaların varlığının ispatlanmasında karşılaşılan ispat güçlüklerini azaltmak için bir araç olarak değerlendirmemekte, kendine ait bir kapsam ve uygulama alanı olan bağımsız bir kavram olarak ele almaktadır²⁰¹.

Lane bu noktada sonunu soru ile bağladığı aşağıdaki örneği vermektedir: 1982 Dünya Kupasında Batı Almanya ve Avusturya takımları gruplarındaki son karşılaşmayı birbirleri ile yapmaktadırlar. İlk Yarı 1-0 Almanya'nın lehine sonuçlanmıştır. Bu arada gruptaki diğer maçlardan gelen sonuçlar rakiplere ulaşmıştır. Yeni duruma göre oluşan puan cetveline göre Almanya-Avusturya maçı bu skorla tamamlanırsa her iki takım da bir üst tura geçecektir. Aksi takdirde aleyhine skorda değişiklik olan taraf elenecektir. Lane'e göre ikinci yarıda Dünya Futbol Kupası tarihinin en karanlık 45 dakikası yaşanır: Tüm yarı iki takımın kendi sahalarında ileri-geri paslaşmasıyla geçer. Burada taraflar arasında muhtemelen bir anlaşma olmamasına rağmen, karşılıklı çıkarlarının bulunduğu belirli bir eylem seyri izlenmektedir. Kuşkusuz bu eylem seyri, taraflar dışındaki herkes için istenmeyen bir durumdur. Başta gruptaki diğer takımlar olmak üzere, bir ücret karşılığında stadyuma gelen ya da televizyonu başında maçı izleyenler için. Lane bu noktada aşağıdaki soruyu sormaktadır: Eğer Şeker karteli kararındaki ilkeler bu futbol maçına uygulansaydı; burada "futbolun normal şartlarında görülmeyecek rekabet şartlarına yol açan, rekabetin risklerine karşı bilinçli olarak ikame edilmiş pratik bir iş

198 Faull, J./Nikpay, A.: *The EC Law of Competition*, London 1999, Nr. 2.49.

199 Rodger, B.S./MacCulloch A.: *Competition Law and Policy*, 2. ed., London 2001, s. 131.

200 Lane, 52.

201 Lane, 54.

birliğinden söz edilebilecek midir?" Kuşkusuz bu sorunun yanıtı evet olursa, iki takımın uyumlu eylemler içinde olduğu söylenebilecektir²⁰². Lane'in örneğine bir soru ile son vermesi anlamlıdır. Zira burada uyumlu eylemler kadar, elenme riskinin yol açtığı paralel davranışların varlığından da söz edilebilir. Neticede iki takım da skor açısından birbirine bağımlıdır ve karşılıklı olarak birbirlerini rahatsız etmeyerek savunmada kalmakta avantajları vardır.

Türk doktrininde ise Akıncı'nın, uyumlu eylemlerin temelinde var olduğu kabul edilen uyuşmanın oluşumunu aşamalara ayırarak incelediği görülmektedir. *"Taraflar arasında uyuşmanın varlığı, şüphesiz ki ilk önce, tarafların geleceğe yönelik istek ve arzularının varlığını gerektirir. Tarafların her şeyden önce belli konularda tasavvurları ve düşünceleri bulunmalıdır. Bu tasavvur ve düşüncelerin karşı tarafa iletilmesi uyumun ikinci safhasını oluşturur. Açıklama safhası gerçekleşmeden önce düşünce ve tasavvurlar kişinin kendi iç aleminin bir parçasıdır ve dış dünya bakımından belirsizdir. Açıklama ile birlikte tarafların arzu ve istekleri nitelik kazanır. Uyumun oluşumundaki bu ilk iki safha sonunda hala uyumun varlığından söz edilemez. Tarafların açıkladıkları istek ve arzulara benzerlik ortak menfaatlerin belirlenmesi, uyumun varlığı için gereklidir. Taraflar ilk iki safhada, tek başına davranmakta iseler de, son safha beraberliği gerektirir. Uyumun oluşunda ilk iki safha hazırlık niteliğindedir ve uyumun oluşması için yeterli olmaz. Ancak, hazırlık evreleri olmaksızın, sadece üçüncü safhanın, uyumun oluşması için yeterli olup olmadığı tartışmaya açıktır".*

"Rakip firma yöneticilerinin piyasaya ilişkin konularda görüşlerini açıklamak için bir araya gelmeleri, üretim giderleri ve mal talebine ilişkin sorunları tartıştıktan sonra, fiyatın 'X' olarak belirlenmesinin herkes için en uygun olacağını belirtmeleri durumunda her üç safhanın gerçekleştiğinden söz edilebilir"²⁰³. Ancak bu örnekte tarafların bir anlaşmaya vardıklarını söylemek de pekâlâ mümkündür.

Uyumlu eylemlerde, eylemle hiç ilgi kurulmadan bir uyum ya da iş birliğinden söz etmek; bunu gevşek bir irade uyuşmasına, karşılıklı anlayışa ya da fikirlerin buluşmasına dayandırarak açıklamak, ancak rekabet hukukunun anlaşma kavramını, medenî hukuk anlamında sözleşmeyle bağdaştırmakla mümkün olabilir. Zira bu durumda uyumlu eylemlerdekinden farklı olarak, anlaşmalardaki uyuşma, hukukî sonuç iradesine de yönelmiş olacak; yani taraflar hukuken bağlanma iradesi

202 Lane, 54.

203 Akıncı, 147.

taşıması olacaktır. Hukukî sonuç iradesi taşımayan tüm uyuşmalar ise uyumlu eylemlerin temelindeki uyuşma olarak nitelendirilebilecektir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi, anlaşma kavramı sözleşme kavramı ile eş anlamlı olmayıp, taraf iradelerinin hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş olmaları gerekmektedir²⁰⁴.

Hâl böyle olunca, teşebbüsler arasındaki tüm resmî, gayiresmî, açık-örtülü, sözlü-yazılı, detaylı ya da genel anlaşma, uzlaşma ve uyuşmaları kapsadığı kabul edilen anlaşmaların dışında kalan ve uyum olarak nitelendiren ya da uyuma sebebiyet veren, tamamen fikir ve beyan düzeyinde gerçekleşen bir uzlaşma ya da uyuşma biçimi kalmamaktadır. Uyumlu eylemleri gevşek ya da anlaşma aşamasına varmamış uzlaşma ya da uyuşma biçimleri olarak görmeye ve anlaşmalardan bu yolla ayırmaya olanak tanıyan sağlam ve objektif bir ölçüt yoktur.

İkinci olarak, uyumlu eylemlerde, eylemden bağımsız olarak uyum ya da uyuşma, karşılıklı anlayış ya da fikirlerin buluşmasının aranması, onu anlaşmalara yaklaştıran bir yöntemdir. Hâlbuki uyumlu eylemlerin rekabet hukukunda anlamlılığı ve işe yararlılığı, ancak diğer danişıklı ilişki türleri içine sokulamayan rekabet sınırlamalarını konu edinmesi hâlinde söz konusu olabilir. Bir başka deyişle, uyumlu eylemlerin rekabet hukukunda bir misyon üstlenmesi, anlaşmaların ve kararların kapsamına girmeyen danişıklı ilişki durumlarına hasredilmesi ile mümkün olabilir. Uyumlu eylemlerin kapsamı, karşıt kavramından hareketle, anlaşma ve birlik kararları dışında kalan tüm rekabet ihlalleri olarak belirlenebilir.

Mahkemeler uyumlu eylemlerden söz ederlerken, istikrar kazanmış şekilde, teşebbüslerin bağımsız karar alma gerekliliğine atıf yapmaktadırlar²⁰⁵. Bu gerekliliği zedeleyen ilişkiler açısından tarafların uyuşması şart değildir. Önemli olan her bir teşebbüsün pazar politikasını bir ötekinden bağımsız olarak belirleyip belirleyemediğidir. Arada hiçbir irade uyuşması olmaksızın, teşebbüslerin iradesini etkileyen bir olay da kararlarındaki bağımsızlığı etkileyebilir. Bir başka deyişle uyumlu eylemler için sakıncalı olan, iradelerin anlaşmak için ortaya konup, üstüne üstelik birbiriyle uyuşması değil, teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçerek, kararlarına yansiyacak bir yakınlaşma sürecine girmiş olmalıdır. Bu açıdan uyumlu

204 Bak. aşa. § 5, II.

205 ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619; Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73, ECR 1975, 1663; Hüls AG v. Commission, Case C-199/92P, ECR 1999, I-4287; Shell v. Commission, Case T-11/89, ECR 1992, II-757.

eylemlerin sübjektif yönü, bir irade uyuşması ya da bunun sıklık ya da gevşekliği ile açıklanamaz.

Aslında bağımsız karar alabilme ilkesi yani bağımsızlık postulatı (Selbständigkeitspostulat)²⁰⁶, Antlaşmanın rekabet kurallarının temelini oluşturan serbest rekabet ilkesi ile iç içedir ve dayanağını doğrudan doğruya ortak pazarın rekabet anlayışından alır. Boya maddesi kararında ya da Şeker kartelinde, ATAD, açıkça malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin Antlaşma hükümlerine göndermede bulunmaktadır. Uyumlu eylemler kavramı Antlaşmada sınırları çizilen rekabet anlayışına aykırı tüm uygulamaları içine alabilecek genişliktedir. Bu uyumlu eylemlerin rekabet hukukundaki işlev ve anlamının doğurduğu bir sonuçtur.

Bu nedenlerle uyumlu eylemlerde tarafların iradelerinin uyumu ya da uyuşmasını ifade eden sübjektiflik, bizzat iş birliği içinde olma durumunu anlatmaktadır. Bir başka deyişle teşebbüslerin uyuşması iş birliği içinde erimiştir.

İş birliğinin anlamı ise doğrudan doğruya rekabet hükümlerinin ruhundan yorumlanabilmektedir. Bu ruh serbest rekabet ilkesine uzanmakta, her bir ekonomik aktörün, pazarda uygulayacağı politikasını bağımsız bir şekilde belirlemesi esasına dayanmaktadır. Bu bağımsızlığın gereğini Komisyon ve mahkemelerin kararlarından çıkarmak mümkündür. Bağımsızlık, amacı ya da etkisi pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açmak olan, teşebbüsler arası doğrudan doğruya ya da dolaylı gerçekleşen bir bağlantının olmamasını ifade eder²⁰⁷.

Nitekim gerek öğreti gerekse uygulamada fikirlerin buluşması ya da zihinsel konsensüsten söz edildiği durumlarda, bu salt bir içsel olay ya da süreç olarak algılanmamaktadır. Bunun yerine uyum ya da uyuşmanın haricî bir bağlantı ya da temas (contact, Kontakt, Fühlungnahme) olarak kendini gösterdiği genel kabul görmektedir²⁰⁸.

206 Bak. Altvater, 45-46; Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Einführung Art. 81 Rn.22; Gassner, 26.

207 Braakman/Dutilh, 27.

208 Bak. Eilmansberger, T.: Art.81 Rn.21, in: EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, hrsg von Streinz, R., München 2003; Ehle, D.: Verbot von Empfehlungen und aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen nach nationalem und EWG-Kartellrecht, NJW 1964, s. 1665, 1669; Steindorff, E.: Zur Entwicklung des europäischen Kartellrechts (Teil I), ZHR, 137/1973, s. 203, 232; Goyder, 101; bak. ve kar. Bael/Bellis, 35; "...teşebbüslerin paralel davranışları aralarında kurmuş oldukları doğrudan veya dolaylı iletişim ile sağlamaları halinde tarafların uyumlu eylem halinde olduklarından söz

Bazı yazarlara göre ise bağlantıdan uyumlu eylemlere varmak için, fikirlerin buluşmasının, ortak bir plânın (common design) ya da karşılıklı anlayışın (mutual understanding) varlığı zorunlu değildir. Rekabetin risklerini saf dışı etmeye yönelmiş bir bilgi değişiminin bulunması yeterlidir²⁰⁹. Nitekim benzer bir yorumla, Divanın Şeker karteli kararı, pratik iş birliği için fikirlerin buluşmasının zorunlu olmadığına örnek olarak gösterilebilmektedir²¹⁰.

Aslında iş birliğinden söz edildiğinde, onun teşebbüslerin herhangi bir şekilde yakınlaşması olmadan sağlandığından söz edilemez. Uyumlu eylemlerde teşebbüslerin birlikte hareket etmesini sağlayan bu yakınlaşmadır. İşte bu anlamda bağlantı, *rekabeti sınırlayıcı paralel pazar politikaları uygulanmasına zemin hazırlayan teşebbüsler arası yakınlaşmayı* ifade eder.

Hemen bağlantı akabinde, rekabetten çok iş birliği yapmak yönünde teşebbüslerin fikirlerinin buluşmuş olması şart değildir. Önemli olan bağlantı sonucu ulaşılan bilgi, fikir ve kanaatlerin gelecek pazar politikalarının belirlenmesinde oynadığı roldür. Eğer bu bilgi, fikir ve kanaatler, rekabeti sınırlayıcı paralel davranışlara neden oluyorsa uyumlu eylemler gerçekleşmiş olur.

Bu açıklamaları daha anlaşılır kılmak üzere uyumlu eylemlere ilişkin şu basit örnekler verilebilir:

1.Lane'in örneğinin şu şekilde devam ettiğini varsayalım:

İlk yarı sona ermiştir. Her iki teknik direktör de gruptaki diğer maçların sonuçlarını öğrenmişlerdir. Yan yana soyunma odalarına giderken, aralarında konuşuyorlar. Bir kameramanın gözünden kaçmayan bu iki kişilik sohbet ekranlara şu şekilde yansıyor:

- (Alman t.d.) Bu maç bizim için çok önemli... Tur atlamayı çok istiyoruz.

-(Avusturya'nın t.d'ü) Bizim için de... Doğrusu tur atlayamazsak istifa etmeyi düşünüyorum. (I)

edilebilir" Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, RK kararı, K. Sa.: 00-24/255-138, K. T.: 27.06.2000.

209 Antunes, L.M.P.: Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is The Distinction Relevant?, in: Yearbook of European Law (11) 1991, ed. Barav.A/Wyatt, D.A., Oxford 1992, s. 65.

210 Dashwood/Guy/Laddie/Leigh, 498.

-**(Avusturya'nın t.d'ü)** Bu yüzden, atak yapmakla uğraşmak yerine 11 kişiyi defansa çekip kalemı koruyacağım. Zira bu maçı 1-0 mağlup bitirmeye aldırmiyorum. (II)

-**(Alman t.d.)** Sanki bizden hücum bekliyorsunuz. Oysa benim takımımı hücum ağırlıklı oynatmaya hiç niyetim yok. (III)

-**(Avusturya'nın t.d.)** Galiba seyirciler sahalarında top çeviren ama tur atlamış iki büyük takım izleyecekler...

-**(Alman t.d.)** –gülümseyerek- çok sıkıcı olacak, değil mi? (IV)

Şimdi bu konuşmaya sırasıyla (I),(II),(III),(IV) noktalarına kadar şahit olduğunu varsayalım. Örneğin, (I) noktasında iki teknik direktör kameradan uzaklaşmış olsunlar. Böylece bundan sonraki konuşmaları duyulmamış olsun. İki takımı iki teşebbüs, teknik direktörleri de bunların yöneticileri olarak kabul ederek bu konuşmaları rekabet hukuku açısından değerlendirelim:

- I. İki teknik direktör arasında ne anlaşma, ne fikirlerin buluşması ne de bağlantının varlığından söz edilebilir. Zira bağlantı için, paralel uygulamalara neden olan bir yakınlaşma olmalıdır. Burada iki teknik direktör bir araya gelmekle ve aralarında bir ilişki kurulmakla birlikte, bağlantı anlamında bir yakınlaşmanın olduğu söylenemez. Konuşulan şeyler bilinen durumların dile getirilmesinden ibarettir. Böyle bir konuşma olmasa dahi iki takımın da tur atlama niyetinde olduğu şüphesizdir. Öte yandan içlerinden birinin, maçın sonucuna göre istifa etme niyetini açıklaması, uyumlu eylemlere neden olacak bir bilgi değildir. Bir başka deyişle rekabet açısından nötr bir bilgi olmaktadır.
- II. Durum öncekinden farklıdır. Verilen bilgi, iki teknik direktörün arasında bir bağlantı olmasaydı, elde edilemeyecek bir bilgidir. Eğer Avusturya teknik direktörünün bu açıklaması olmasaydı, onun defansif bir taktik izleyeceği ancak ikinci yarı oynanırken öğrenilebilecekti. Bu nedenle teşebbüsler arasında bir bağlantı gerçekleşmiş olmaktadır. Ancak fikirlerin buluşmasından söz edilemez. Alman teknik direktörün bu bilgiye tepkisi belirsizdir. O, kıyasıya bir rekabeti ve rakibine karşı hücum ağırlıklı bir futbolu benimseyebileceği gibi, rakibi gibi defans ağırlıklı bir oyun anlayışı da tercih edebilir. Bu durumda İki teknik

direktörün arasındaki bağlantının, uyumlu eylemlere sebebiyet verip vermediği ancak ikinci yarının oynanması ile anlaşılabilir. Eğer Alman teknik direktör, skoru hücumla yönelik oyun anlayışıyla korumayı düşünüyorsa artık bağlantıya rağmen iş birliğinden söz edilemez. Ancak Alman teknik direktör de defansif ve rakibi rahatsız etmemeye yönelik bir taktik benimserse, iki takım arasında rekabetin risklerini ortadan kaldıran paralel bir oyun anlayışı gözlenmiş olur. Bu anlayış ve taktiğin bağlantı sonucunda elde edilen bilgi ile nedensellik bağı vardır. Dolayısıyla bağlantının ve buna istinat eden paralel davranışların varlığından dolayı, uyumlu eylemler var denebilecektir²¹¹. Görülüyor ki bağlantı, paralellığe “neden olan” değil, “neden olabilecek olan”²¹² ilişkileri kapsar. İkinci ifade kuşkusuz ilkinin göre çok geniştir ve uyumlu eylemlerin kapsamı ve düzenlenme amacı dikkate alındığında ilkinin göre daha isabetlidir. Çünkü burada görüldüğü gibi, paralellığe neden olacağı önceden söylenemeyecek ilişkiler de uyumlu eylemlerin bağlantı unsurunu karşılayabilir. Bunun nedeni uyumlu eylemlerde eylemin; teşebbüslerin ilişkilerini sübjektif açıdan nitelenmek için kullanılan uyum, uyuşma, fikirlerin buluşması ve hatta (objektifleşmiş) bağlantıya göre ön plânda olmasıdır.

Aynı olayda iki takımın söz konusu görüşme olmaksızın kendi sahalanna kapandıkları varsayılırsa, uyumlu eylemler yerine; skor kaygısının doğurduğu paralel davranışlardan söz edilebilir ki bunlar baskın görüşe göre rekabet hukukuna aykırı değildir. Zira “karar aşaması birbirinden bağımsız olarak gerçekleştiğinden sonra”, iki takımın benzer sorunlar için aynı taktik anlayışı benimsemesi yasak kapsamına girmez. Bu açıdan salt paralel davranışlarla uyumlu eylemleri ayıran, ikinci anılanın, teşebbüslerin arasındaki bağlantının sonucu olarak doğmasıdır.

- III. Tarafların arasında karşılıklı bilgi değişimi vardır. Artık iki teknik direktör de birbirinin taktiğini öğrenmiş olmaktadır. Böylece daha

211 Birbirine bağımlılığın bu kadar yüksek olduğu hâllerde, rakiplerden birinin (tümünün lehine olan) politikasını/taktiğini diğerlerine önceden açıklaması iş birliği yönünde bir eğilim doğuracaktır. Hatta bunun iş birliği niyetiyle yapıldığı söylenebilir. Ancak yasaya aykırılık için bu niyetle yapılmış olması da gerekmez.

212 Yani paralellığe “zemin hazırlayan”

oyunmadan ikinci yarının gidişatı tahmin edilebilir olmuştur. Ancak iki teknik direktörün arasında bir anlaşmanın olduğundan söz edilemez. Belki fikirlerinin aynı politika üzerinde bulunduğundan söz edilebilir. Bununla birlikte bağlantı açısından tarafların gerçekten de iş birliği düşüncesinde olup olmadıkları önemli değildir. Önemli olan sarf edilen sözlerin rekabetin sınırlandırılmasına yol açıp açmayacağıdır. Bu noktadan bakıldığında, takımların birbirinden edindikleri bu bilgilerin ikinci yarı politikalarının nihaî olarak belirlenmesinde dikkate alınmayacağı düşünülemez. Rekabet politikası açısından, öngörülebilir olan bu sonucun fiilen sahada gerçekleşmesini beklemeye gerek yoktur. Teknik direktörlerin gelecek oyun taktiklerinin birbirlerinden bağımsız olarak belirlenmesine hanel getiren bir bağlantı içinde olmaları, uyumlu eylemlere girişerek rekabeti sınırlama amacı ile hareket ediyor kabul edilmeleri için yeterlidir.

IV. Bu aşamada iki teknik direktörün ikinci yarının gidişatı hakkında anlaşmaya vardıkları rahatlıkla söylenebilir.

2. Herhangi bir yerde bir vesileyle bir arada bulunan A, B, C, D ve E teşebbüsleri arasında şu konuşma geçiyor:

A: -(B'ye hitaben) Ege bölgesindeki fiyat indiriminiz sonrasında satışlarımızda bir düşüş tespit ettik.

C: -Aynı sorunu biz de yaşıyoruz.

D: -Aslına bakarsanız, bizim firmanın geçen haftaki yönetim kurulu toplantısında (B'ye dönerek) Ege'deki duruma tedbir alınması konusu gündeme geldi.

E: -Nasıl bir tedbir?

A: -Büyük ihtimalle fiyatları aşağı çekmeyi düşündünüz.

D: -Hımm... Evet, müzakerelerin genel ekseni bu yöndeydi.

B'nin ise konuşulanlara karşı üç farklı tutum izlediğini kabul edelim:

I. Susuyor.

- ii. Değerli meslektaşlarım, bizim Ege politikamız kısa süreli bir kampanyadan ibaretti. Önümüzdeki bir-iki hafta içinde fiyatlar normal seviyesine çıkacaktır, diyor.
- iii. Görüşme esnasında susuyor. Ancak daha sonra basında ya da televizyonda Ege bölgesindeki kampanyanın 10 günle sınırlı olduğuna ve müşterilerin bu fırsatı kaçırmamalarına ilişkin reklâmlar görülüyor veyahut da aynı yönde el afişleri dağıtılıyor.

i. B'nin söylenenler karşısında sessiz kalmasının ikrar anlamına gelmeyeceği açıktır. Zira bu davranış, geleceğe yönelik pazar politikalarının seyri hakkında bir fikir vermemektedir; böylelikle belirsizlik ortamı devam etmektedir.

Ancak teşebbüslerin, rakiplerinin fiyat politikasına etki etmeyi ya da müstakbel fiyat politikalarını birbirine açığa vurmaya hedefleyen bir bağlantı içinde olduğu söylenebilir. Zira diğer teşebbüslerle B arasında onun fiyat uygulamaları ile ilgili bir görüşme yapılmış ve görüşme B'nin pazar politikalarına etki edebilecek şekilde seyretmiştir. Bir başka deyişle, rekabetin sınırlanmasına neden olabilecek bir mesele üzerinde birbirine bağımlı pazar politikaları üretmeye neden olabilecek bir bağlantı, bir yakınlaşma gerçekleşmiştir. Ancak salt bu bağlantı sonunda teşebbüslerin uyumlu eylemler içinde olduğu söylenemez. Eğer B, mevcut politikasını sürdürürse teşebbüslerin arasında bir iş birliğinin varlığından söz edilemez. Ancak bu görüşmeden bir müddet sonra, B'nin Ege bölgesinde uyguladığı indirimlerden vazgeçtiği görülürse, bu tutumla rakiplerin fiyatları arasında oluşan paralelliğin bağlantıya dayandığından yola çıkılarak uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilebilir.

Bununla birlikte, bağlantının içeriği ve yoğunluğuna bağlı olarak yukarıdaki sonuç değişebilir. Bazen bağlantı öyle güçlü olabilir ki, bu bağlantıdan sonra teşebbüslerin birbirinden bağımsız pazar politikaları üretmesi ihtimali çok düşük kalır. Bu durumda artık bağlantının eylemlere dönüşmesi beklenmeksizin teşebbüslerin rekabeti sınırlama "amacı" taşıyan uyumlu eylemlere giriştikleri söylenebilir.

ii. Diğerleri B'nin fiyat politikasına ilişkin tavırlarını ortaya koymuş ve durum böyle devam ederse nasıl hareket edeceklerine ilişkin ipuçları vermişlerdir. B de müstakbel fiyat politikasına ilişkin görüşlerini açıklamıştır. Burada, B'nin bu açıklamaları yaparken diğerlerinin "gizli" tehditlerinden etkilenip etkilenmediğinden ya da B'nin diğerleri ile iş birliği içinde olmak niyetinden

bağımsız olarak bağlantı vardır. Hâliyle gerçekten bir kampanya var ve bu kampanya bir-iki hafta içinde sona mı erecekti yoksa B bunu diğerlerinin rekabetçi politikalar izlemesinden çekindiği için mi ani bir kararla söyledi; tüm bunlar bağlantının varlığı için önemsizdir. Önemli olan bu bilginin her teşebbüsün bir diğerinden bağımsız karar alması gerekliliğine yani bağımsızlık ilkesine ters düşüp düşmediğidir. Burada diğer teşebbüslerin B'nin fiyat politikasına karşı tutumlarını belirlerken edindikleri bu bilgileri dikkate almamaları beklenemez. En azından B'nin bu açıklaması üzerine (rekabetçi bir tepki vermek yerine) bir süre daha beklemeyi tercih edeceklerdir. Zira aksi takdirde, fiyat indiriminin getireceği kazanç kaybı ve doğuracağı rekabet riskini göze almak gerekecektir.

III. Kamuya yönelik duyurularda teşebbüslerin dışında pazarın karşı tarafına da ulaşan bir bilgi vardır. Tek taraflı sağlanan bir şeffaflık yoktur. Öte yandan teşebbüslerin yeni pazar politikalarını duyurmak istemeleri doğaldır. Bu politikalar ancak bu şekilde geniş müşteri kitlelerine ulaştırılabilir. Bu nedenlerle kamuya yönelik duyuruların iş birliği için kullanılıp kullanılmadığı hassas bir konu olmaktadır. Farazî olayımızda B'nin kamuya yönelik duyurusu bağlantının bir parçası olarak görülebileceği gibi, bağlantının sonucu olarak da değerlendirilebilir. Zira kamuya yönelik duyuruların kendisi de bir pazar uygulaması ya da eylemi olarak görülebilir.

3. A ile B arasında pazar bölgelerine ilişkin şu şekilde bir konuşma geçtiğini farz edelim:

A : -Biliyorsunuz, siz X1'e geldikten sonra buradaki satışlarımızda hâliyle azalma oldu. Şimdi de X2'de bayilikler vermeye başladığınızı duyuyorum. Hâlbuki biz bu bölgede aktif olmayı düşünüyorduk.

B: -Doğrusunu isterseniz X1'deki satışlardan biz de memnun değiliz. Sizin faaliyet göstermediğiniz Y bölgesindeki satışlarımıza nazaran X1 çok geri kalıyor. Bundan dolayı firmamız X2'ye ciddi şekilde açılmaya karar verdi.

B: -Ancak X2'ye yakın potansiyele sahip X3'de bildiğim kadıyla size rakip olabilecek güçlü bir firma yok.

A: -Firmanızın X3'e yayılma düşüncesi yok mu?

B: -İşler yolunda giderse, biz X2'de kemikleşmeyi düşünüyoruz. Zannediyorum bunu başarırız yeni bir bölgede yoğunlaşmaya uzun süre ne ihtiyacımız olacak ne de üretimimiz buna elverecek.

A: -Eveet, her şeyi zaman gösterecek.

Yukandaki görüşmede A ile B arasında bir anlaşmadan ya da fikirlerin buluşmasından söz edilemez. Ancak B'nin A'ya aralarındaki problemin çözümü olacak bir tavsiyesi vardır. Bu tavsiye yapılır yapılmaz iki firmanın bölge paylaşımına gideceği söylenemez. Ancak gelecekte A ve B'nin X2 ve X3 bölgelerinde birbirlerini rahatsız etmeyen politikalar izlediği gözlenirse, bunun temelinde tavsiye nitelikli bir bağlantının olduğu söylenebilir.

Görülüyor ki, uyumlu eylemlerde *fikir düzeyindeki buluşmanın eylemden önce gerçekleşmesi* anlamında bir fikirlerin buluşması şart değildir. Bağlantı niteliği itibariyle fikir düzeyindeki uyuşma ile ilgili bir kavram değildir. Bağlantı için önemli olan teşebbüslerin rakiplerinden bağımsız olarak karar almalarını engelleyen bir yakınlaşma süreci yaşayıp yaşamadıklarıdır.

Hangi tür ve ne yoğunlukta bir ilişkinin uyumlu eylemlere neden olacağı ise hemen her zaman şüphelidir. Bu yüzden teşebbüslerin pazar politikaları ya da uygulamaları (yani eylemleri) iş birliğinin varlığı için şarttır. Uyumlu eylemlerin alanı o denli geniştir ki, eylem uyumunun varlığının sadece ispat açısından bir göstergesi olarak görülmemelidir. Çünkü uyumlu eylemler, pazarda paralel politikalar görülmedikçe, teşebbüslerin birbirleriyle iş birliği içinde olduklarını anlayamadıkları durumları dahi kapsayabilmektedir.

B. Bağlantının Özellikleri

Uyumlu eylemlerin "objektifleşmiş" unsuru²¹³, teşebbüslerin arasında doğrudan ya dolaylı bir biçimde gerçekleşen bir bağlantının, temasın varlığıdır. Objektifleşmiştir zira bağlantı, teşebbüslerin uyuşup uyuşmadığı-iç alemi ile ilgili değildir. Bu yüzden bağlantının amacı değil, konusu önem taşır.

213 Kar. İkizler, M.: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul 2001, s. 255; Dashwood/Guy/Laddie/Leigh, 486.

Birbirleriyle bağlantıya geçen teşebbüsler, bu bağlantı sonucunda yeni bazı bilgi, fikir ve kanaatler edinirler. Pazarda geleceğe yönelik plânlar ya da projeler hazırlarken bunları da ister istemez dikkate alırlar. Bunlar üzerinde de akıl yorulur ve bazen bunlar, pazar stratejisinin belirlenmesinde en önemli faktör olur. İşte bu bilgi, fikir ve kanaatlere göre yapılacak değerlendirmeler, rekabetten çok, rekabete karşı paralel pazar politikaları üretilmesine neden oluyorsa, artık teşebbüslerin birbirinden bağımsız kararlar aldığından söz edilemez.

Bazen bağlantı sonucu edinilen bilgiler öyle güçlü olabilir ki, bu bilgiye sahip olan her teşebbüsün bir matematik problemi varmış gibi aynı çözüme ulaşması kaçınılmaz görülür. Bazen de bağlantı sonrası rekabetin lehine ya da aleyhine politikalar üretilip üretilmediğini anlamak için karar alma sürecinin tamamlanmasını beklemek gerekir. Böylece teşebbüslerin pazarda rekabete aykırı paralel uygulamaları gözlenmesi hâlinde bağlantının rekabetin zararına etki doğurduğu anlaşılmış olur.

Bağlantının paralel uygulamalara ya da eylemlere neden olması, her bir teşebbüsün, bağlantı sonucu edindiği bilgileri karar alma sürecinde rekabet aleyhine kullanmasından dolayıdır. Kuşkusuz bağlantı sırasında bilgi değişimi ya da vaatler, öneriler, tavsiyeler, fikir teatileri, ağız aramaları, niyet yoklamaları vb. şeklinde nitelenebilecek bir çok bahis geçebilir. Bunların tümünün karar alma sürecinde ciddiye alınması beklenemez. Teşebbüsler, doğal olarak, bunları bir ayıklama sürecinden geçireceklerdir. Ancak kendilerinde doğru olabileceği kanaati uyandıranları dikkate alacaklardır. Bu bakımdan bunların doğruluğundan tam olarak emin olunması da gerekmez. Bunun yerine her bir teşebbüsün bağlantı sonucu edinilen bilgi, fikir ya da kanaate göre hareket edileceği beklentisi taşıması yeterlidir²¹⁴.

Bir başka deyişle bağlantı sonucunda teşebbüsler rakiplerinin belirli bir tarzda davranacağı hususunda beklentiye girerler²¹⁵. Böylece pazarda nasıl davranacaklarına ilişkin kendi kararlarını verirken, rakiplerinin beklenen politikalarını da hesaba katarlar ve sonuç olarak paralel politikalar üretilir. Görülüyor ki bağlantı sonrasında izlenen karar alma süreci bazen bağımsız politikalar üretmeye

214 Joliet, R.: La notion de pratique concertée et L'arrêt ICI dans une perspective comparative, CDE 1974, s. 270 (Antunes, s.65 dn. 51'den naklen).

215 Wessely, 756.

elverişsiz olabilmektedir. Dolayısıyla bağımsız karar alma ilkesi zedelenmekte ve rekabete aykırı bir durum doğmaktadır.

Uyumlu eylemlerde bağlantı ile doğan bu beklenti, anlaşmalarda birlikte hareket edilmesini sağlayan güven duygusunun karşılığı olmaktadır. Hukuken geçerli olmayan bir anlaşmaya uyulacağına duyulan güven, bunun ahlâkî, meslekî ya da sosyal bir yaptırımı olmasından kaynaklanabilir. Uyumlu eylemlerde ise beklentinin derecesi bağlantının türü ve konusu ile ilgilidir. Bu açıdan bilgi değişimlerinde, tavsiyelerde, açıklamalarda, görüş bildirmelerde vb.nde aynı derecede bir beklenti doğmadığı gibi; bir bilgi değişiminin, tavsiye ya da açıklamanın doğurduğu beklenti de bir başka bilgi değişimi, tavsiye ya da açıklamanınki ile eş değerde olmayabilir.

Bağlantının sonucunda teşebbüsler karşılıklı ya da içlerinden birinin veya birkaçının belirli bir tarzda davranacağı hususunda beklenti içine girebilirler²¹⁶. Böylece örneğin, fiyatı yüksek olan teşebbüsler, rekabet etmek yerine fiyatı düşük olan firmalarla bağlantıya geçerek bunların kendi fiyatlarına paralel ayarlamalar yapmasını bekleyebilirler.

Yukarıda geçen "bağlantının sonucunda" ifadesi yerine "bağlantı esnasında" ifadesi de kullanılabilir. Zira bağlantı olup-biten bir şey olarak değil, bir süreç olarak da anlaşılabilir. Bu süreç esnasında beklentiler daha sonra veya daha önce doğmakta ve paralel pazar politikalarına neden olabilmektedir. Böylece bağlantı, *paralel pazar politikaları uygulanmasına zemin hazırlayan, teşebbüslerin birbirine yakınlaşma süreci* olarak da tanımlanabilir.

Divanın bağlantı açısından ilk önemli kararı Şeker karteli karardır. Bu karardan önceki Boya kararında yalnızca iş birliğinden söz edilmiş, iş birliğinin anlamına; dolayısıyla bağlantı ile ilişkisine değinilmemiştir.

Şeker karteli kararı²¹⁷, Komisyonun 2 Ocak 1973 tarihli daha çok 'Avrupa Şeker Karteli' (European Sugar Cartel)²¹⁸ adıyla tanınan 'Avrupa Şeker Endüstrisi' (European Sugar Industry) kararının temyizi sonucu verilmiştir.

216 Joliet, 270 (Antunes, s.65 dn. 51'den naklen); Wessely, 756.

217 Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73, ECR 1975, 1663.

218 Bak. Whish, 84.

Komisyonun 2 Ocak 1973 tarihli kararı, ortak pazar şeker üretiminin %90'ını ellerinde tutan 24 teşebbüse ilişkindir. Komisyon, teşebbüslerin, 1968/69-1971/72 yılları arasındaki bazı girişimlerini ATA m.81 ve 82 (eski m.85 ve 86) anlamında rekabeti ihlâl edici buldu.

İhlâl gerekçelerinin temel dayanağı, ortak pazarın bölümlere ayrılarak paylaşılması olmuştur. Üreticiler rakiplerinin ev pazarından uzak durmakta ya da en azından pazara girmek için yerli üreticinin onayını almaktaydılar. Nitekim Komisyon, İtalya ve Hollanda pazarı ile Almanya'nın batısında ve güneyindeki bölgesel pazarlarda faaliyet gösteren yerli üreticilerin böyle bir korumadan yararlandıkları kanaatindeydi. Komisyona göre pazarda şeker dağıtımı üreticiden üreticiye yapılıyor ve satıcılar (arz edenler) diğer üye ülkelerdeki üretici olmayan teşebbüslere doğrudan satışlarda bulunmaktan kaçınıyorlardı.

Karar, temyiz üzerine ATAD'ın önüne geldi.

Burada kararın, uyumlu eylemlerin kapsamına yönelik tartışmaların yoğunlaştığı ikinci bölümü ele alınacaktır. Bu bölüm, Komisyonun Hollanda pazarında uyumlu eylemlere karşı rekabetin korunmasına ilişkin kararının incelendiği bölümdür. Bölüm, Hollandalı üreticiler SU (Suiker Unie) ve CSM (Centrale Suiker Maatschappij) ile Belçikalı üretici RT (Raffinerie Tirlemontoise) arasında ve SU ve CSM ile Alman üretici PL (Pfeifer and Langen) arasında uyumlu eylem olduğu iddiasının incelendiği iki başlıktan ibarettir. Burada sadece SU ve CSM ile RT arasındaki yargılamaya değinilecektir.

Komisyon, bu üreticilerin Belçika ve Almanya'nın batı kısmından, Hollanda'ya olan şeker dağıtımını kontrol amaç ve etkisine yönelmiş bir uyumlu eyleme giriştiklerine kanaat getirmişti.

Davacılar göre aralarında bir uyumlu eylem yoktu ve Komisyonun iddiası hiçbir delile dayanmıyordu.

Divan iddiayı incelemeye değer buldu ve iddia edilen uyumlu eylemlere ilişkin faaliyetleri üç başlık altında topladı:

i. Hemen hemen tüm Belçika şekerleri, Hollanda'daki belirli alıcı ya da belirli kullanım alanlarına ihraç ediliyordu. İthal edilen şeker (Hollanda'da) süt sektöründe ve (tatlı ürünleri endüstrisi hariç) kimyasal endüstrilerde kullanıyor ya da yeniden

üretim sokuluyordu. Şekerin ihraç edildiği diğer bir kısım üreticiler ise şekerin üçüncü ülkelere ihracatı ile ilgileniyorlardı.

ii. RT, (i)'de sayılanlar dışındaki Hollanda pazarında faaliyet gösteren teşebbüslere ürün arzını reddediyordu.

iii. İzlelen politikalara uygun olarak, RT tarafından Belçikalı dağıtıcılara, SU ve CSM tarafından da Hollandalı dağıtıcılara ürünü ihraç etme yükümlülüğü getirilmişti.

Komisyonun araştırmalarında, bu teşebbüsler (üreticiler) arasında olağan karşılanamayacak çoklukta (mektup, teleks mesajları, raporlar ve notlar şeklinde) dokümantasyona rastlandı. Komisyon bunları bir uyumlu eylemin varlığının açık delili olarak kabul etti.

SU ve CSM, pazara iştirak eden firmaların tavırlarının 'birbirlerine paralel ya da birbirlerini tamamlayıcı' özellik arz etmesinin uyumlu eyleme işaret etmeyeceğini iddia ettiler. Çünkü aksi takdirde rakiplerin pazarda sonuç doğuran bir tavrını akıllıca hesap ederek girilen her eylemin bir ihlâl olarak değerlendirilmesi gerekecekti. Bu nedenle paralel davranışlarla uyumlu eylemleri birbirinden ayırt etmek gerekiyordu. Bu gerekçe ışığında SU ve CSM, uyumlu eylemler kavramının, rakiplerin gelecek davranışlarına ilişkin herhangi bir şüpheyi ilerisi için bertaraf etme amacı güden bir plân ya da programı gerektirdiğini iddia ettiler.

ATAD, uyumlu eylemin varlığını kabul için bir plân ya da programın mevcudiyetini aramaya gerek olmadığına karar verdi. Bunun yerine mahkeme uyumlu eylemler kavramı için anahtar rolü üstlenecek bir yorum getirdi: Her teşebbüs ortak pazarda benimsemeyi düşündüğü politikasını bağımsız bir şekilde tespit etmelidir. Bir bağımsızlığın bulunması gerekliliği, teşebbüsleri, rakiplerinin mevcut ya da öngörülebilir tavırlarına akıllıca bir tutumla kendilerini adapte etme hakkından mahrum etmez. Ancak bu, rakipler arasında, amaç ya da etkisi mevcut ya da potansiyel bir rakibin pazar politikalarına nüfuz etmek ya da benimsemeyi tasarladıkları politikalarının seyrinden böyle bir rakibi haberdar etmek olan herhangi bir doğrudan ya da dolaylı bağlantıya meydan verildiği anlamına da gelmez²¹⁹.

ATAD, bu gerekçeye dayanarak, SU ve CSM ile RT arasında bir uyumlu eylemin varlığına hükmetti; m.81'in ihlâl edildiğine dair Komisyon kararını onayladı.

219 Aynı yönde; *Züchner v. Bayerische Vereinsbank*, Case 172/80, ECR 1981, 2021.

Böylece Divan açısından bağlantının; amaç ya da etkisi mevcut ya da potansiyel bir rakibin pazar politikalarına nüfuz edilmesi ya da diğerlerinin politikalarından böyle bir rakibin haberdar edilmesi olan rakipler arası herhangi bir doğrudan ya da dolaylı ilişki olarak anlaşıldığı görülmektedir.

Bununla birlikte bağlantının amacı ve/veya etkisinden söz edildiğinde bunu bağlantının konusu olarak anlamak yerinde olur. Zira teşebbüslerin birbirleriyle böyle bir (sübjektif) niyetle bağlantıya geçmiş olması gerekmez. Bağlantının rekabeti sınırlayacak içerikte gerçekleşmiş olması yeterlidir.

Hangi tür ilişkilerin bağlantıya neden olacağı da buradan hareketle diğerlerinin politikalarına etki edebilen veya kendi politikalarını onlara açığa vurmaya sağlayan ilişkiler olmak üzere çok geniş bir şekilde ifade edilebilir. Dolayısıyla bunları ve özelliklerini tek tek önceden ortaya koymaya imkân yoktur. Nitekim Topçuoğlu da, uyumlu eylemleri, bağlayıcılığı olmayan tüm mutabakatları; tasavvur açıklamaları, niyet açıklamaları ve his açıklamalarını ve daha bir çoğunu içine alan bir kavram olarak ifade etmektedir²²⁰.

Aşağıda uyumlu eylemlerin bağlantı unsuru açısından özellikler arz eden bilgi değişimi, tavsiyeler ve kamuya yönelik duyurulara ayrıca değinilmektedir.

1. Bilgi Değişimi

a. Genel Olarak

Belirli bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren bir firmanın, en azından aynı sektörde faaliyet göstermeleri dolayısıyla diğer (rakip) firma ya da teşebbüslerle bir sosyal ve ticarî ilişkiler düzeyi vardır. Bu sosyal ve ticarî ilişkiler

220 Bak. Topçuoğlu, Rekabet, 191, "Tasavvur açıklamaları, hukuken bağlayıcı olan irade açıklamalarından farklı bir olgudur. Bir fikrin, bilginin, tecrübenin yahut gözlemlerin aktarılması tasavvur açıklamaları olarak kabul edilir..." s.191 dn.96; "His açıklamaları, his veya dıyuların açığa vurulmasıdır. Bir kimseye kızmak, gücenmek, kin, nefret, hürmet beslemek aslında hukukî bir sonuç doğurmaz.Rekabet hukuku bakımından ise, aynı mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren iki rakipten itibarlı ve nüfuzlu olanının, bölgesine giren diğer rakibe kızması yahut sitemde bulunması neticesinde (kızma, gücenme his açıklaması olmasına rağmen) onun bölgeden çekilmesi halinde, uyumlu eylemin var olup olmadığı hususu tartışılabilir." s.191 dn.97.

düzeyi, teşebbüslerin çeşitli vesilelerle bir araya gelmesine zemin hazırlar. Üretici birliklerinin toplantıları gibi, yalnızca üye teşebbüslerin katılımı ile gerçekleşen buluşmalar bunlara örnektir. Ancak bunun her zaman böyle olması gerekmez. Üniversiteler bünyesinde oluşturulan çalışma grupları ya da akademik olsun ya da olmasın diğer kurumların faaliyetleri dolayısıyla (konferans veya bir forum gibi) teşebbüsler bir araya gelebilirler. Hatta bir kamu otoritesi tarafından kurulan bir danışma kurulu da buna olanak sağlar²²¹. Hangi vesileyle olursa olsun sektördeki teşebbüslerin hazır bulunduğu bir ortamda²²² pazar üzerindeki faaliyetlerin ve

221 Leone V.M/Petriccione R.M: Recent Developments Concerning Exchange of Information, EL Rev., 13/1988, s.196.

222 Bilgi değişimi teşebbüslerin görüşme ve toplantıları sonucu gerçekleşebileceği gibi fiyat vb. hakkında verilerin yöneltildiği bir merkez yoluyla da sağlanabilir. Sistemli bilgi değişiminin sağlandığı bu gibi durumlar genellikle AB hukukunda fiyat bildirim sistemleri (Preismeldesystem) (Höfer, H.: Abgestimmtes Verhalten- ein Zentralproblem der Wettbewerbspolitik, Köln 1978, s. 140) Amerikan hukukunda ise açık fiyat sistemi (open price system) ya da açık rekabet planı (open competition plan) gibi adlarla anılabilmektedir [*"The Open Competition Plan is a central clearing house for information on prices, trade statistics and practices. By keeping all members fully and quickly informed of what the others have done, the work of the Plan results in a certain uniformity of trade practice. There is no agreement to follow the practice of others, although members do follow their most intelligent competitors, if they know what these competitors have been actually doing."* bak. American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 410 (1921)]. Bu tip sistemlerde, teşebbüsler arasında, pazar politikaları ile ilgili önemli bilgilerin düzenli olarak değişimi söz konusudur. Bu yolla fiyatlar üzerinde ya da bununla birlikte yahut tek başına üretim, alıcıların isim ve kimlikleri veya satış tutarları ile ilgili bilgi değişiminde bulunulabilir (Diekmann, 49). Bu sistemlerin çalışma usulü ise şu şekildedir: Genellikle cemiyet, dernek vb. bir çatı altında toplanan rakipler, fiyatlarını ya da işletmeye ait diğer önemli bilgileri düzenli olarak bir merkeze bildirirler. Bu merkez de üyelerini birbirlerinin fiyat tutumları ve diğer önemli hususlarda bilgilendirir (Chang,105). Bu tür yapılanmalar teşebbüs birlikleri çatısı altında da gerçekleşebilir. Merkezin çalışma yöntemi ise durumdan duruma değişebilir. Bazen merkezin görevi, toplanan bilgileri derli toplu hâle getirerek iletmekle sınırlı tutulabileceği gibi, bunlara kendi yorumlarını eklemesi de öngörülebilir. Bunun gibi bilginin üyelere belirli aralıklarla ya da talep üzerine aktarılması da kararlaştırılabilir (Chang,105). Bilginin sistemli şekilde bir teşebbüsten bir diğerine aktarıldığı fiyat bildirim sistemleri, özellikle teşebbüs sayısının fazla olduğu pazarlarda kartellere ulaşmak için önemli bir yöntemdir. Bu tip pazarlarda kartelin oluşması ve sürdürülmesi için teşebbüslerin daha sıkı ilişkilere gereksinmesi vardır. İşte bildirim sistemleri de teşebbüslerin arasındaki belirsizlik ve güvensizliği azaltmaya yarar. Bir yandan şeffaflığı artırarak organize olunmasını ve birlikte hareket edilmesini; öte yandan da rakipler üzerindeki gözetim ve kontrolü artırır; böylece "istenen gidişten" ayrılan teşebbüslerin tespiti ve uygun vasıtalarla yaptırma uğratılması kolaylaşır. Kuşkusuz bu tür bildirim sistemleri, geniş oligopollerdeki nispeten uzun süren rakiplerin politikalarını öğrenme sürecini kısaltarak ve yaptırım ihtimalini (karşı tepki de dahil) güçlendirerek dar oligopoldekine benzer bir bağımlılığa yol açabilir. Nitekim doktrinde fiyat bildirim sistemleri, polipolleri ve geniş oligopolleri, dar oligopollere dönüştürmek için bir araç

bunların sonuçlarının tartışılması hâlinde, rekabet üzerine etkileri olabilecek bir bilgi değişiminin (alışverişinin) varlığı gündeme gelebilir²²³.

Bu açıdan bilgi değişimi, teşebbüslerin, rekabet üzerine etkili olabilecek ekonomik faaliyet ve politikaları ile ilgili bilgilerin değişimini yapmaları, bunları paylaşmaları ya da bir diğerine iletmeleri olarak ifade edilebilir²²⁴. Burada sözü edilen bilgi, geçmiş ve hâlihazırdaki ekonomik faaliyetlere ilişkin verileri ve geleceğe yönelik pazar politikalarını²²⁵ kapsayacak derecede geniştir²²⁶.

Bununla birlikte bu geniş yelpaze içinde gerçekleşen her bilgi akışının her zaman rekabet üzerine olumsuz sonuçları olduğu söylenemez. Burada bilginin hangi kapsam ve içerikte ve ne şekilde değişiminin sağlandığı da önemlidir.

Rekabet üzerine etkili olabilecek bilgi değişimlerinin başında fiyatlara ilişkin bilgilerin değişimi gelir²²⁷. Ancak üretim, envanterler, sevkiyatlar ve kapasite verileri de değişime konu olabilir²²⁸. Doktrinde bu açıdan bilgi değişimleri ikiye ayrılabilir: Bir tarafta fiyatlar, sözleşme şartları gibi rekabet araçları (aksiyon parametreleri) üzerindeki bilgi değişimleri; diğer tarafta dolaylı olarak rekabeti ilgilendiren, aylık ya da yıllık satış tutarları (cirolar) ve maliyetler gibi parametreler üzerindeki bilgi değişimleri yer almaktadır²²⁹.

olarak görülürler (Hopmann, E.: Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW, 1966, 97 vd, 117-118; Höfer, 138 vd.; Chang, 127-128).

223 Leone/Petriccione, 196.

224 Kar. Azcuenega, M.L.: Price Surveys, Benchmarking and Information Exchanges, in: Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, eds. Albach, H./Jin, J.Y./Schenk, C., Berlin 1996, s. 38.

225 Bak. OECD/World Bank, 31vd.

226 Bununla birlikte politika hâlini almamış geleceğe ilişkin düşüncelerin rakiplere aktarılması bilgi değişimi olarak görülemez. Olsa olsa fikir değişimi ya da görüş açıklaması olur. Örneğin, bir teşebbüsün rakibine fiyatını artırmayı düşündüğünü açıklaması bilgi değişimi niteliğinde değildir. Hâlbuki, bir teşebbüsün fiyatını gelecek ay %10 artıracığını rakibine bildirmesi, ona bu bilgiyi vermek olur. Bu ikisi arasındaki ayrım, düşüncenin politika hâlini alıp almaması ile ilgilidir. Örneğin, teşebbüslerin, bayilere gönderilmek üzere hazırlanan (gelecek dönemden itibaren uygulanacak) yeni fiyat tarifelerini rakiplere de göndermesi hâlinde geleceğe ilişkin bir bilginin değişimi söz konusu olur.

227 Leone/Petriccione, 196.

228 Azcuenega, 38.

229 Feldkamp, H-M.: Statistische Marktinformationsverfahren und das europäische Kartellrecht, EuZW, 20/1991, s. 617.

Rekabet hukukunda bilgi değişiminin önemi gün geçtikçe artmaktadır. Bilgi değişimi bir taraftan rekabeti artıran ve sosyal refaha katkı sağlayan bir görünüm arz ederken öte yandan danışıklılık olanaklarını artırmaktadır. Bu durum da rekabetin gelişimi ve devamı açısından, bilgi değişimleri ile ilgili isabetli kararlar verilmesini ve doğru değerlendirmeler yapılmasını gerektirir. Bu yüzden rekabet hukukunda bilgi değişimleri incelenirken rekabet hukuku uygulamaları ile birlikte ekonomik teorilerin sunduğu modellerin de göz ardı edilmemesi gerekir²³⁰. Ancak bu şekilde bilgi değişimleri ile ilgili hukukî ve ekonomik yaklaşımlar arasındaki ilişki netlik kazanabilir.

Rekabet açısından en ideal piyasa türünü ifade eden tam rekabet piyasasında alıcı ve satıcıların (daha doğrusu arz ve talep tarafının) ürünlerin fiyatı, özellikleri vb. açısından tam bir bilgi sahibi oldukları farz edilir. Bu tür piyasalarda eksiksiz ve sürekli bir bilgi akışı gerçekleşmekte, piyasa yanları yalnızca piyasa şartlarının mevcut durumları ile ilgili değil, aynı zamanda gelecekteki durumları ile de ilgili tam bir bilgi sahibi olabilmektedir. Yani tam rekabet piyasasında piyasa şeffaftır; gizlilik yerini tam bir bilgiye bırakmıştır²³¹.

Bir başka deyişle, rekabetin en ideal modelinde bilgi değişimi en üst düzeydedir. Gerçekten de bilgi değişiminin teşebbüsler ve rekabet ortamı açısından olumlu yönleri de vardır. Piyasanın regülasyonu, pazar şartları, talep miktarı, kapasite vb. ile ilgili ellerinde ne kadar çok ve doğru veri varsa, teşebbüslerin kararlarının da o derece doğru ve isabetli olması beklenir²³². Bu şekilde piyasada aşırı üretim yapılması önlenabilir, ürün farklılaşması artabilir ya da dağıtım kanallarının kullanımıyla ilgili yeni alternatifler üretilebilir. Öte yandan elde edilen bilgi, zaman ve para gerektiren uzun dönemli yatırımların, sermaye aktarımlarının doğru ve rasyonel yapılmasını, araştırma-geliştirme faaliyetlerinin doğru alanlara kaydırılmasını sağlayabilir²³³. Tüm bunlar, gerek zaman gerek kaynakların tahsisi ve ihtiyaçların karşılanmasında teşebbüslere sağladığı yararların yanında, toplumun refahı ve ekonomik gelişmesi açısından da kayda değerdir.

230 Albach, H/Jin, J.Y/Schenk, C. (eds): *Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy*, Berlin 1996, 7.

231 Türkkân, E.: *Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı*, Ankara 2001, s. 71.

232 Lane, 11.

233 Novshek, W.: *Directions for Research in Information Sharing*, in: *Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy*, eds. Albach, H/Jin, J.Y/Schenk, C., Berlin 1996, s. 13.

Öte yandan paylaşılmış bir bilgi, teşebbüslerin edimlerinin karşılığı olmayan bir menfaatin elde edilmesi için de kullanılabilir.

Bugüne kadarki karar ve uygulamalardan rekabet otoritelerinin, özellikle de Komisyonun bilgi değişimlerine yaklaşımını tespit etmek mümkündür. Bu karar ve uygulamalar genel hatlarda ekonomik model ve analizlerle uyuşmaktadır. Ancak ayrıldıkları noktalar da vardır. Bu nedenle Komisyon ve mahkemelerin bilgi değişimine ilişkin karar ve uygulamalarının ekonomi bilimi açısından eleştirilere uğraması alışıldık bir durumdur. Aslında bunda, ekonomik model ve analizlerin çeşitliliği ve bunların rekabet otoritelerine kesin, basit ve bu yönüyle anlaşılır yanıtlar sunamamasının payı da büyüktür²³⁴.

b. Komisyon ve Mahkemelerin Bilgi Değişimlerine Yaklaşımı

Komisyonun bilgi değişimlerine ilişkin görüşlerini toplu hâlde ilk olarak 1968 tarihli bildirisinde²³⁵ bulmak mümkündür. Bu bildiride ister doğrudan doğruya isterse dolaylı olarak gerçekleşsin, teşebbüsler arası bilgi değişiminin kendisi, tek başına, rekabet hukukuna aykırı görülmemiştir. Her bir bilgi değişiminin rekabet hukuku karşısındaki konumu, bundan dolayı, rekabet üzerine olan etkilerine göre belirlenecektir. Bununla birlikte prensip olarak siparişler, bütçeler, yatırımlar, fiyatlar vb gibi konularda ayrıntı içermeyen, teşebbüsler bazında bireyselleştirilmemiş verilerin değişimi m.81'e aykırı görülmemiştir. Ancak piyasa türlerine göre bir ayrıma gidilmiş ve homojen bir ürünün arz edildiği oligopol piyasalarda bu tür bilgi değişimlerinin de rekabeti sınırlayıcı etkileri olabileceği ifade edilmiştir. Bunun gibi, pazarın durumu (market behaviour) hakkında bilgilenebilirliğe yönelik müşterek pazar araştırmaları ya da firma ve pazar sektörleri ile ilgili karşılaştırmalı çalışmalar düşük riskli dava grupları olarak görülmüştür²³⁶.

234 Bak. Sanz, F.C: Information Exchange Mechanisms and EC Antitrust Policy, in: Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, eds. Albach,H/Jin, J.Y/Schenk,C, Berlin 1996, s. 27 vd., özellikle 34-35.

235 Commission Notice on agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises OJ No C 75, 29.07.1968 ve OJ C 84, 28.8.1968.

236 Bu bildirinin, yatay iş birliği anlaşmalarına ATA m.81'in uygulanması ile ilgili 2001 tarihli Komisyon Bildirisi (Commission Notice, Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements) karşısında geçerliliği kalmamıştır. OJ 2001 C3/2.;

Komisyondun 1978 tarihli 7. Rekabet Politikası Raporunda²³⁷ da, konu tekrar ele alınmıştır. Bu raporda da bilgi değişim sistemleri per se rekabete aykırı görülmemiştir. Değişime konu olan bilginin niteliğine göre; istatistiksel nitelik taşıyan, ürün, ülke ya da belirli bir zaman dilimi bazındaki geçmiş faaliyetlere ilişkin bilgilerle, firmalara göre faaliyetlerin gösterildiği ayrıntılı bilgi değişimleri arasında ayırım yapılmıştır. İkinci grupta yer alan bilgi değişimleri rekabet açısından daha sakıncalı görülmüştür. Temel mantık olarak, bilginin rakiplerin pazar politikalarını anlamaya ya da tanılamaya imkân vermesi müsaade edilmez bulunmuştur. İkinci olarak, ilgili pazarın yapısına göre bir ayırma gidilmiş ve özellikle de oligopol pazarlarda, diğerlerine nazaran, bilgi değişimleri için kuralların daha katı uygulanması benimsenmiştir. Oligopol pazarlar içinde de, hem alıcı hem de satıcı açısından pazarı daha şeffaf hâle getirmeyen, yani tek taraflı şeffaflık sağlayan bilgi değişimleri özellikle tehlikeli görülmüştür.

Komisyondun karşısına bir çok olayda bilgi değişimi ile ilgili meseleler gelmiştir²³⁸. Bu yüzden bilgi değişimi ile ilgili konuları da içeren bir çok karar mevcuttur. Bunlardan özellikle Kâğıt hamuru, Yağ asidi ve Traktör kararlarına değinmek gerekir.

Komisyondun 1986 yılında birbirine oldukça yakın tarihlerde verdiği Yağ asidi²³⁹ (12 Aralık) ve X/Open Group²⁴⁰ (15 Aralık) kararları bilgi değişimi açısından önemli kararlardır. Özellikle Yağ asidi olayında rekabetin sınırlandırılmasının odak noktasında bilgi değişimi bulunuyordu. Yağ asidi olayında ilgili pazarda, pazarın yaklaşık %60'ını ellerinde tutan üç büyük firma ve 40 kadar küçük firma bulunuyordu. %30'un üzerinde bir pazar payıyla pazarın lideri konumundaki Unilever, 1979 yılında, yağ asidi pazarında bir kapasite fazlalığı bulunduğu gerekçesi ile üretimi düşürmeye karar verdi. Ancak bu dönemde Unilever'in ön ayak olmasıyla üç büyük firma arasında geçmiş ve geleceğe ilişkin toptan satış tutarları hakkında bilgilerin değişimi başladı. Sonuçta en fazla Unilever tarafından gerçekleştirilmekle birlikte, her üç firma da üretimi düşürdüler. Buna rağmen (Unilever'in pazar payı diğerlerine oranla

ayrıca bak. Lücking, J/Woods, D: Horizontal Co-operation Agreements: New Rules in Force, Competition Policy Newsletter, No:1, 2001, s.8-11.

237 Siebenter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Luxembourg 1978, s.19-21.

238 Bak. Sanz, 28; Kühn, K-U/Vives, X: Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition, Brussels-Luxembourg 1995, s.75.

239 Fatty Acids, OJ 1987 L3/17.

240 X/Open Group, OJ 1987 L35/36.

azalmakla birlikte) üç büyük firmanın toplam pazar payında bir yükselme gerçekleşti. Bu sonucun şu şekilde izahı mümkündür: Pazardaki kapasite fazlalığını ortadan kaldırmayı gereklilik olarak gören üç büyük firma, bunun için en iyi yöntemi, küçük firmaları pazar dışına itmek olarak görmekteydi. Bunun için karşılıklı olarak elde edilen bilgiler dikkatle analiz ediliyor, üç teşebbüsün birbirlerinin müşterilerini çekmesi hırsızlık olarak görülüyor ve bunun yerine diğer üreticilerin müşterilerini elde etmeye yönelik faaliyetlere girişiliyordu²⁴¹. Böylece, elde edilen bilgiler, sektörün yeniden yapılanmasında, pazar paylarının korunması ve istikrar kazanması için kullanılıyordu²⁴².

Komisyon, Yağ asidi olayında, doğrudan doğruya pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşmanın varlığını ortaya koyamamakla birlikte, teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişimini rekabeti sınırlayıcı bulmuştur. Bu karar, bireysel verilerin değişimi gibi bilgi değişimlerinin m.81'i ihlâl potansiyeli taşıyor kabul edilerek, rekabetin korunmasında kullanılabileceği anlamına gelmektedir²⁴³. Yağ asidi kararının bir başka özelliği de, satışlara ilişkin verilerin değişimi için gerçekleştirilen düzenli temaslara, aynı zamanda, pazar paylaşımı gibi rekabeti sınırlayıcı diğer konuların müzakere edilmesi için de uygun bir zemin hazırladığının vurgulanmasıydı.

X/Open Group kararında bilgisayarlarda kullanılan UNIX işletim sistemine ilişkin teknik bilginin değişimini de içeren teşebbüs faaliyetlerine m.81/III gereğince muafiyet tanınmıştır. Komisyon, buradaki bilgi değişiminin, teşebbüslerin bağımsız bir şekilde pazar davranışlarını belirleme özgürlüğünü sınırlamadığından hareket etmiştir. Komisyona göre müşterek pazar araştırması ya da pazar yapısının ortak analizi ile sınırlı bir bilgi değişimine, dayandığı (muafiyet tanınan) anlaşmadan sapmadığı ve taraflar arasında müşterek bir tutuma (concerted conduct) yol açmadığı sürece, kuşkuyla yaklaşmak için bir neden yoktur. Hatta bu tür bir bilgi değişimi teşebbüsler arasında rekabetin artmasına yol açabilir.

X/Open Group kararında UNIX vasıtasıyla enformasyon sanayindeki büyük üreticiler arasında, üyelerin enformatik sistemlerinin mevcut uygulamalarını artırmak hedefi güdülmüyordu. Teşebbüslerin amaçlarından biri de yetkisiz kullanıcılara karşı bu bilginin korunmasını sağlamaktı. Bu açıdan olumlu yönler içeriyordu. Bununla birlikte komisyonun X/Open Group kararı niteliği itibarıyla bir muafiyet kararıdır.

241 Kühn/Vives, 95.

242 Sanz, 30.

243 Kühn/Vives, 96.

Bilindiği gibi, muafiyetin söz konusu olması için öncelikle rekabeti sınırlayıcı bir durumun varlığı gerekmektedir. Yani ancak m.81'e göre rekabeti sınırlayıcı olan anlaşma, karar ya da uyumlu eylemler varsa, bunlara m.81/III'e göre, bazı şartların da gerçekleşmesiyle muafiyet tanınabilir. Komisyon X/Open Group kararında her ne kadar teşebbüsler arasındaki bilgi değişimini çekincelerini de ileri sürerek tehlikesiz bulmuşsa da, yine de ortada "muafiyet" konusu bir faaliyetin bulunduğu görünümünü çizmiş, bu bilgi değişimini öncelikle m.81/I kapsamında rekabeti sınırlayıcı olarak görmüştür²⁴⁴. Nitekim konunun grup muafiyeti ile bağlantılı yönü de vardır. Komisyon belirli şartlar dahilinde gerçekleştirilen araştırma-geliştirme anlaşmaları, uzmanlaşma anlaşmaları vb.lerine muafiyet tanımaktadır²⁴⁵.

1985 tarihli Kâğıt hamuru kararında ise Komisyon, oldukça açık ifadelerle, bilgi değişimini başlı başına bir ihlâl türü olarak değerlendirmiştir²⁴⁶.

Komisyon 1993 tarihli Traktör kararında²⁴⁷ da bu görüşünü sürdürmüş, fiyatların belirlenmesinin ya da pazar paylaşımının bir parçası olarak ele almak yerine, bilgi değişiminin m.81'i ihlâl ettiğinden hareket etmiştir²⁴⁸.

Komisyonunun bilgi değişimlerine yaklaşımının ekonomik arka plânı Traktör kararında iyici belirginlik kazanmıştır. Komisyon bu kararda öncelikle gizli rekabetin engellenmesine dayandı. Buna göre, Traktör olayında olduğu gibi hayli yoğunlaşmış pazarlarda bilgi değişimi sayesinde sağlanan şeffaflık, rakipler arasındaki gizli rekabete zarar veriyor ve rakiplerin tutumlarını tahmin edilebilir kılarak belirsizlikten doğan riskleri azaltıyordu²⁴⁹. İkinci olarak bu bilgi değişim sistemi, yeni teşebbüslerin

244 Aynı yöndeki değerlendirme için bak. Leone/Petriccione, 200.

245 Bak. Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements (Text with EAA relevance) OJ 2000 L 304/7; Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements (Text with EAA relevance) OJ 2000 L 304/3.

246 "Information on prices was also exchanged between North American producers within the framework of KEA and between producers of hardwood pulp within the framework of Fides. This exchange of information was not only part of the concertation of prices but was also part of an independent infringement of Art 85(1)."

247 UK Agricultural Tractor Registration Exchange, OJ 1992 L 68/19.

248 Bak. Sanz, 30.

249 "The Exchange restricts competition because it creates a degree of market transparency between the suppliers in a highly concentrated market which is likely to destroy what hidden competition there remains between the suppliers in that market on account of the risk and ease of exposure of independent competitive action. In this highly concentrated market, 'hidden competition' is

pazara girişini güçleştiriyordu. Sistem üyeleri, kendi bölgelerine giriş girişimlerini hızlı bir şekilde öğrenebiliyor ve pazar konumlarını yeni rakiplere karşı koruyacak tedbirler alabiliyorlardı.

Komisyonun Traktör kararının iptalini reddederken İDM²⁵⁰ de bilgi değişimi konusundaki görüşlerini açıklama imkânı bulmuştur²⁵¹. İDM'nin yaklaşımına göre, fiyatlara ilişkin olmayan ya da başka bir rekabeti sınırlayıcı uygulamayı desteklemek için kullanılmayan bilgi değişimleri, (rekabetçi tavrın hâkim olduğu pazarlarda) gerçekten de rekabetin yoğunlaşmasına neden olabilir²⁵². Bununla birlikte, rekabetin fazla olmadığı ve bilgi değişiminin gerçekleşmesinin kolay olduğu hayli yoğunlaşmış pazarlarda, bir de sık, düzenli ve eksiksiz bilgi değişimine gidilmesi, teşebbüslerin pazar pozisyonları ve bireysel stratejilerinin açığa çıkmasına neden olabilecektir. Bu şekilde bağımsız karar alabilme yeteneğinin önünün kesilmesi, teşebbüslerin arasındaki rekabeti olumsuz yönde etkileyebilecek ve pazar üzerindeki rekabete zarar verebilecektir²⁵³. Bu karar, temyiz edilmesi üzerine, ATAD tarafından da onanmıştır²⁵⁴.

Komisyonun Traktör kararında, (rekabete bağlı risklerin ortadan kaldırılmasının yanında) pazarın şeffaflığı ile yakından ilgili, gizli rekabetin engellenmesi (Prevention of hidden competition, Verhinderung des Geheimwettbewerbs) görüşüne yer verdiği görülmektedir. Bu görüşe göre, bilgi

essentially that element of uncertainty and secrecy between the main suppliers regarding market conditions without which none of them has the necessary scope of action to compete efficiently.”
“Uncertainty and secrecy between suppliers is a vital element of competition in this kind of market. Indeed active competition in these market conditions becomes possible only if each competitor can keep its actions secret or even succeeds in misleading its rivals.” UK Agricultural Tractor Registration Exchange, OJ 1992 L 68/19.

250 John Deere v. Commission, Case T-35/92, ECR 1994, II-957.

251 Traktör olayı hakkında Komisyon ve İDM'nin kararlarının ayrıntılı bir incelemesi ve eleştirisi için bak. Albach,H: The U.K. Agricultural Tractors Information Exchange System, in: Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, Ed. Albach,H/Jin, J.Y/Schenk,C., Berlin 1996, s. 123-135.

252 “.....,since the fact that a trader takes into account information made available to him in order to adjust his conduct on the market is not likely, having regard to the atomized nature of the supply, to reduce or remove for the other traders any uncertainty about the foreseeable nature of its competitors' conduct.” John Deere v. Commission, Case T-35/92, ECR 1994, II-957

253 Aynı yönde bak. Thyssen Stahl AG v. Commission, Case T-141/94, ECR 1999, II-347, paras. 393-412.

254 John Deere v. Commission, Case C-7/95P, ECR 1998, I-3111; New Holland Ford Ltd. v. Commision, Case C-8/95P, ECR 1998, I-3175.

değişimi, pazarnın şeffaflığını yapay olarak artırmakta, böylece pazarnın gizli girişimlerle canlılığını koruması imkânı azalmakta ve alıcılar için daha olumsuz sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Sağlanan bu yapay şeffaflık, teşebbüslerin daha uygun ve daha yenilikçi proje ve tekliflerle pazar paylarını ve kazançlarını artırmalarını sağlayacak zamansal farkı ortadan kaldırmaktadır. Böylece, örneğin bir fiyat indirimi ya da pazar payını artıracak bir proje rakiplerce hemen öğrenildiği için bunu yapana avantaj ve kazanç sağlayacak bir durum (taklit ya da tepki süresi) söz konusu olmamakta yani belirsizlik ortamının getireceği avantajlar ortadan kalkmaktadır²⁵⁵.

Pazarnın şeffaf olması ya da giderek şeffaflaşması aslında rekabet açısından arzu edilmez bir durum değildir. Pazar şeffaflığı tam rekabet teorisinin vazgeçilmez bir şartı olarak görülür. Rekabeti bir keşif usulü (Entdeckungsverfahren) olarak gören, temelde serbest rekabet ilkesi çerçevesinde geliştirilmiş görüşler açısından da pazar bilgisinin varlığı ve şeffaflık, rekabet sürecinin işlemesi için önemlidir²⁵⁶. Arzulanan, bilginin pazarnın karşı tarafı yani müşterilerin de katıldığı bir süreç içinde değişimidir (Austauschprozeß). Bu tür bir bilgi akışının doğurduğu şeffaflık doğal bir şeffaflıktır. Rekabet açısından tehlikeli olan ise pazarda yapay bir şeffaflığa neden olunmasıdır. Bu hâlde, rakip teşebbüslerin birbirleriyle olan faaliyetlerinin sağladığı bir şeffaflıktan söz edilir ve şeffaflığın gerçekleştiği süreç, karşılıklı olmaktan çok, pazarnın aynı tarafında bulunanlar arasında işleyen bir süreçtir (Parallel-Prozeß). Burada bilgi akışı teşebbüslerin birbirleriyle ilişkilerinin bir sonucudur ve gerek dışarıda kalanlar gerekse pazarnın karşı tarafı için bir iş birliği görünümü doğurur²⁵⁷. Komisyona göre de bu, normal rekabet şartlarında (pazarnın normal şartlarında) görülemeyecek bir şeydir. Fiyat vb. hakkındaki bilgi, normal şartlarda bir üreticiden bir diğerine çok aşamalı bir sürecin sonucunda geçer. Üreticiden onun acente ya da bayisine (subsidiary) aktarılır, acente ya da bayiden müşteriye, müşteriden bir diğer üreticinin acente ya da bayisine ulaşır. En nihayet, bilgiyi, acente ya da bayisinden diğer üretici elde eder ve o zaman kendi (fiyat) bildirimini yapar²⁵⁸. Bu şekilde bilgi dolaylı bir yolla bir üreticiden bir diğerine ulaşmış olur²⁵⁹. Artık rakip teşebbüsün politikaları (örneğin fiyat artışı ya da indirimi) hakkında edinilen bu bilginin

255 Hopmann, 97 vd.; Feldkamp, 617-618; Altaver, 34-35; Sanz, 32.

256 Bak. Beeser, S.: Strategische Allianzen im EU-Wettbewerbsrecht, Diss., Hallstadt 1995, s. 114.

257 Bak. Beeser, 112-113.

258 Wood Pulp, OJ 1985 L 85/1.

259 Bununla ilgili farklı bir değerlendirme için bak. Korah, Concerted Practices, 225-226.

kullanılması ve bu bilgiye göre yeni politikaların geliştirilmesi doğaldır ve kaçınılmazdır. Süreç bu şekilde doğal seyrinde işleyecektir. Aksi takdirde ise, bilgi değişimi, karşılıklı dayanışma (solidarity) ve nüfuz sistemi yaratır ve bundan dolayı rekabetin mevcut risklerinin yerine geçme (ikame edilme) eğilimi gösterir ve sağlanan bu yapay şeffaflık etki-tepki şeklinde gerçekleşen karar alma sürecini birbirine bağımlılık doğuracak derecede kısaltır²⁶⁰.

Bilgi akışının özellikle süreklilik arz ettiği durumlarda, yapay olarak artan pazar şeffaflığı teşebbüsler için rakiplerinin etki ve tepkilerini görülebilir ve kontrol edilebilir kılar²⁶¹. Bu durumda teşebbüsler arasında bir aksiyon-reaksiyon bağıllığından söz edilir²⁶². Bağımsız karar alma mekanizmasının yerine bu bağıllık geçer ve örneğin, fiyatların bağımsız ve tek başına belirlenmesinin (doğuracağı rekabet risklerinin) yerini fiyatların ortak tespiti alır.

Fiyatların dışında kalan alanda da, pazar şeffaflığının yapay olarak artırılması rekabeti sınırlandırabilir ya da azaltabilir. Hatta her tecrübe değişiminin, her ortak araştırma ya da teknik bilgi (knowhow) edinimi ve kullanımına katılımın ya da kaynakların ortak kullanılmasının rekabeti azaltma ihtimali vardır. Bu tür bilgileri rakiplerin tek başına kullanmaktan vazgeçmeleri ve rekabet potansiyelini azaltmaları teşebbüslerin arasında iş birliğinin ve stratejik ittifakın doğmasına hizmet eder²⁶³.

c. Bilgi Değişimi ve Uyumlu Eylemler

Bilgi değişimleri, hâkim durumun kötüye kullanılması ve teşebbüslerin birleşmelerine ilişkin kurullarla yakın ilişki içinde değildir. Kavram, anlam ve önemini m.81 ve m.4 kapsamında yer alan bağımsız teşebbüslerin faaliyetleri ile ilgili alanda gösterir²⁶⁴.

Bilgi değişimi anlaşma, karar ya da uyumlu eyleme konu olabilir. Bu açıdan anlaşmanın bir parçası olarak teşebbüslerin bilgi değişiminde bulunmaları mümkündür. Bunun gibi, bir birlik kararına istinaden de birlik üyeleri bilgi değişiminde bulunabilirler.

260 Wood Pulp, OJ 1985, L 85/1.

261 Beeser, 117.

262 Beeser, 117 ve bak. dn.79.

263 Klaue, S.: Strategische Allianzen zwischen Wettbewerbern, BB., 1991, s.1575; Beeser, 116-117.

Bilgi değişimi uyumlu eylemlere de neden olabilir. Çünkü teşebbüslerin pazarda uygulamayı düşündükleri politikalarından rakiplerinin haberdar olmasını, böylelikle karşılıklı etkileşime girilmesini sağlar. Bu şekilde bilgi değişimi, pazarda paralel uygulamalara olanak sağlayan zihinsel alt yapının temelini oluşturur.

Bu açıdan iddia edilebilir ki, anlaşmalarda bilgi değişimi, onun konusunu oluşturabilir; asıl ihlâl sonucunu doğuran ise tarafların iradelerinin (irade beyanlarının) uyuşmasıdır. Bu uyuşma sonucunda, bir başka uygulamaya (örneğin bir fiyat tespitine) bağlı olarak ya da tek başına bilgi değişimi hususunda bir anlaşmaya varılır. Oysa uyumlu eylemlerde bilgi değişimi, bizzat onun esaslı unsurlarından birinin gerçekleştiğini, teşebbüslerin yakınlaştığını gösterir. Çünkü uyumlu eylemlerde bir irade uyuşmasının ortaya konulması gerekmez. Gereken; bağlantının varlığıdır, paralel davranışları doğuran bir yakınlaşma sürecinin yaşanmış olmasıdır. Bu açıdan bilgi değişimi tek başına bağlantıyı sağlamaya yeterlidir. Böylece bilgi değişimi sonucunda iş birliğinin doğması ve pazara yansımaları beklenir hâle gelir.

Yukarıda Komisyonun bilgi değişimine ilişkin kararlarında, gizli rekabetin engellenmesi görüşüne dayandığına değinilmişti. Nispeten yeni tarihli kararlarında Komisyonun, bilgi değişimlerinin tehlikesi ile ilgili dayandığı bir diğer görüş de kolaylaştırıcı araçlar (facilitating devices, kolaylaştırıcı eylemler, facilitating practices) görüşü olmuştur.

Kısaca, kolaylaştırıcı araçlar görüşü, teşebbüslerin pazar ilişkilerinde ve faaliyetlerinde kullandığı veya başvurduğu bazı yol ve yöntemlerin danışıklılığı kolaylaştırdığı; bu nedenle de bunlara müdahale edilebileceği temeline dayanır²⁶⁵. Bu anlamda kolaylaştırıcı araçlara örnek olarak, teslim fiyatlandırmaları, en çok kaynılan müşteri kaydı gibi uygulamalar gösterilmektedir. Tabii ki bunların başında da bilgi değişimleri gelmektedir²⁶⁶.

264 Kühn/Vives, 74.

265 Bak. Whish, 469; OECD: Oligopoly, 1999, DAFPE/CLP(99)25, www.oecd.org/dataoecd/35/34/1920526.pdf (20.07.2004), s. 204; Hay, G.A.: The Meaning of "Agreement" under the Sherman Act: Thoughts from the "Facilitating Practices" Experience, Rev. of Industrial Organization, 16/2000, s. 122 vd.

266 Kolaylaştırıcı araçlar olarak görülen uygulamalar için bak. OECD/World Bank, 31 vd; OECD, 1999, 237 vd; Hay, G.A.: Practices that Facilitate Cooperation: The Ethyl Case, in: The Antitrust Revolution, ed. Kwoka, J.E. Jr/ Lawrence, J.W., 3 rd ed., Oxford 1989, s. 183-207; Korah,

Kolaylaştırıcı araç olarak bilgi değişimi, danışıklı ilişkiler kurmaya ya da mevcut olanları koruyup sürdürmeye hizmet eder²⁶⁷. Örneğin fiyat tespitine ya da belirli bir pazar davranışına uygun hareket edilip edilmediği, günlük ya da haftalık satış faturalarının ya da mal sevkiyatını gösteren belgelerin değişimi yardımıyla kontrol edilebilir. Bu tür bilgiler ne kadar hızlı, güncel ve ayrıntılı ise danışıklı ilişkiden sapmaların belirlenmesi ve bunlara tepki verilmesi o derece kolaylaşır²⁶⁸. Diğer yandan, normalde öğrenilmesi güç, masraflı ve zaman alıcı olan; rakiplerin fiyat, işlem ve maliyetleri gibi bilgilere bilgi değişimi ile kolayca ve hızlıca ulaşılması²⁶⁹, özellikle oligopol piyasalarında paralel politikalar izlenmesine neden olur. Kolaylaştırıcı araçlar da, asıl itibarıyla, paralel politikalar izlenmesine müsait olan oligopol piyasalarında, bir de bunu daha kolay kılan yol ve yöntemler uygulanarak rekabetin tamamen işlemez hâle getirilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Kolaylaştırıcı araçlar görüşü, dolayısıyla özellikle oligopol piyasalardaki davranışları konu almaktadır²⁷⁰.

Komisyonun kolaylaştırıcı araçlardan söz ettiği kararlarına bakıldığında, istikrarlı bir şekilde bunları uyumlu eylemlerle ilişkilendirdiği görülmektedir. Nitekim Komisyon, kararlarında m.81 çerçevesinde, uyumlu eylemlerin niteliği ve genel özelliklerinden söz ettiğinde, bunun kolaylaştırıcı araçları da kapsamına aldığını sıklıkla vurgulamaktadır²⁷¹. Bir başka deyişle Komisyon, kolaylaştırıcı araçları; özellikle de bilgi değişimlerini, uyumlu eylemler içinde değerlendirme eğilimindedir.

Competition, 45, 47; Yüksel, O.Y.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2004, s.30 vd.

267 OECD/World Bank, 31.

268 OECD/World Bank, 32 vd.

269 Aşağıda ayrıca ele alınacak olan kamuya yönelik duyurular da bu kapsamda görülmektedir. OECD/World Bank, 31-32.

270 Kolaylaştırıcı araçlar görüşünün, oligopol piyasaları ya da oligopolistik piyasalarla ilişkisi için bak. OECD, 1999, 204 vd, 237-243; Whish, 469; Areeda, P./ Kaplow, L.: Antitrust Analysis, 5. ed., New York 1997, s. 297 vd.

271 *“Ein solches Verhalten kann folglich als ‘aufeinander abgestimmte Verhaltensweise’ selbst dann unter Artikel 85 Absatz 1 fallen, wenn die Parteien vorher nicht untereinander vereinbart oder beschlossen haben, wie sich jeder auf dem Markt verhalten wird, aber wissentlich eine Absprache treffen oder sich an einer Absprache beteiligen, die die Koordinierung ihres Geschäftsverhaltens fördert oder erleichtert.”* Karton (Cartonboard), Abl. 1994 L 243/1; *“Thus conduct may fall under Article 85(1) as a concerted practice where the parties have not agreed or decided in advance among themselves what each will do in the market, but knowingly adopt or adhere to some collusive device which encourages or facilitates the coordination of their commercial behaviour.”* British Sugar plc and others, OJ 1999 L 76/1.

2. Tavsiyeler

Bağlantının konusu, bir rakibin pazar politikalarına nüfuz etmek ya da kendi politikalarını ona açığa vurmak olabilir. Bilgi değişimlerinde teşebbüsler kendi politikaları ile ilgili bir bilgiyi karşı tarafa aktarırlar. Bu bilgi mevcut satış ya da üretim miktarlarını gösteren bir bilgi olabilir ya da bir teşebbüs gelecek pazar politikalarına ilişkin rakiplerine bilgi verebilir. Tavsiyelerde ise teşebbüslerden birinin ya da üçüncü bir kişinin bir diğer teşebbüsün politikaları ile ilgili görüş ve düşünceleri ön plândadır. Hâliyle bilgi değişimlerinde teşebbüsler öncelikle kendi politikalarını açığa vurmakta ve bunun neticesi olarak rakiplerinin pazar politikalarında bir değişikliğin doğması beklentisi içine girmektedirler. Uyuma neden olan tavsiyeler ise doğrudan doğruya bir başkasının pazar politikalarına nüfuz etmeye yöneliktir²⁷². Dolayısıyla bu ikisi açısından uyumu sağlayan bağlantıyı a) kendi politikaları hakkında başkalarına bilgi verme ve b) başkalarının politikaları hakkında tavsiyelerde bulunma olarak ifade etmek mümkündür.

Tavsiye (recommendation, Empfehlung) niteliği itibariyle, bağlayıcı olmayan, ancak belirli bir politikanın uygulanmasının yararlı olacağı noktasında karşı tarafa yapılan bir beyandır.

Tavsiyeler rekabet hukuku açısından bir anlaşmaya sebebiyet vermeye uygun gözükmemektedir. Anlaşmalarda tarafların iradelerini karşılıklı açıklamaları sonucu doğan bir irade uyuşması vardır. Tavsiyelerde ise tavsiye muhatabına yönelmiş, onun politikaları ile ilgili bir öneri, öğüt ya da düşünce dile getirilir²⁷³. Tavsiyede bulunanın, tavsiye muhatabı ile anlaşma niyeti yoktur. Sonuçta, tavsiyeye uyulmuş olup olmadığı bu noktada etkili değildir. Tavsiyeye uyulmaması icabın reddi anlamına gelmediği gibi muhatabın tavsiyeye olumlu yaklaşması ya da ona uygun davranması da kabul anlamına gelmez. Bununla birlikte teşebbüslerin özellikle aynı pazar davranışı ya da pazar politikasını birbirlerine karşılıklı olarak tavsiye etmeleri durumunda icap-kabul ilişkisinin varlığından söz edilebilir. A'nın "fiyatını %10 artırman senin için iyi olur" "tavsiyesine", B'nin de "ben de sana fiyatını %10 artırmanı tavsiye ederim" şeklinde karşılık vermesi hâlinde olduğu gibi. Bu gibi

272 Höfer, 288.

273 "Im ursprünglichen Sinn ist die Empfehlung eine Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt." Kohlenplatzhandel, 14.1.1960, BGH, WuW/E BGH, 370.

durumlarda BK m.18/l'in anlaşmalara kıyasen uygulanmasıyla, tarafların sarf ettikleri ifadelere bakılmaksızın, asıl maksatlarının araştırılması gerekir²⁷⁴.

Uyumlu eylemler açısından tavsiyelerin karşılıklı ya da tek bir odaktan gerçekleşmesi mümkündür. Genellikle de tek bir odaktan bir çok teşebbüse yapılan tavsiyeler vardır. Yatay ilişkilerde bu odak, teşebbüslerden herhangi biri ve fakat özellikle piyasa önderi olabileceği gibi, bir birlik, demek veya benzeri bir kuruluş da olabilir. Teşebbüslerin görüşlerinden yararlandığı ortak bir danışman ya da koordinatörü de bu kategoriye koymak gerekir. Dikey ilişkilerde ise genellikle üretici/sağlayıcıdan dağıtım kanalı içindeki yeniden satıcılara yönelen tavsiyeler gündeme gelir. Her iki durumda da bağlantı, doğrudan doğruya değil, bir üçüncü kişi üzerinden sağlanmakta, teşebbüslerin bu odaktan gelen tavsiyelere uymaları sonucu uyumlu eylemler doğmaktadır.

Bir dağıtım kanalının farklı seviyelerinde yer alan teşebbüsler arasında söz konusu olan dikey ilişkilerde tavsiyeler, genellikle üretici/sağlayıcının yeniden satıcılarına (örneğin bayilerine) malın fiyatı, satış şartları vb. hakkında yaptığı bağlayıcı olmayan açıklamalardan ya da önerilerden oluşur. Bilindiği gibi, grup muafiyeti kapsamına giren dikey ilişkilerde dahi özellikle satış fiyatlarının üretici tarafından tek taraflı ya da yeniden satıcılarla karşılıklı olarak belirlenmesi ve böylelikle fiyat üzerinde marka içi rekabetin sınırlanması yasaktır. Ancak bağlayıcı niteliği olmayan fiyat tavsiyeleri, satıcıların fiyat belirleme özgürlüğünü (tamamen) sınırlamadığı için daha az tehlikeli görülür. 22.12.1999 tarihli Antlaşmanın 81/III maddesinin Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına ilişkin Komisyon Tüzüğüne²⁷⁵ göre, teşebbüslerin baskı veya teşvikleri ile desteklenmeyen satış fiyatı tavsiyeleri, satış fiyatlarının bağımsız belirlenmesi ilkesine aykırı görülmemiştir (m.4/a). Tüzüğün akabinde çıkarılan Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz başlıklı Komisyon Bildirisinde²⁷⁶ 4. maddeye açıklık getirilmiştir: Tüzüğün 4/a maddesinde düzenlenen (grup muafiyetinin dışında kalan) ağır rekabet sınırlamaları, yeniden

274 Anlaşmalar açısından tavsiyelerin durumu hakkında bak ve kar. Schumann, C.: Empfehlungen im deutschen und EG-Kartellrecht: Die Zulässigkeit von kartellrechtlich relevanten Empfehlungen nach Art.85 EG-Vertrag im Vergleich zur Reichweite der Empfehlungsverbote in §38 GWB, Berlin 1998, s. 71 vd, 187 vd; Bunte, H-J: Empfehlungen im europäischen Kartellrecht, in: Festschrift für Ulrich Everling, Band I, Baden-Baden 1995, s. 166-168.

275 Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81/III of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 1999 L 336/21.

276 Commission Notice-Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2000 C 291/1.

satış fiyatının tespitine yönelik, amacı ya da etkisi doğrudan veya dolaylı olarak sabit fiyatın veya minimum fiyatın tespiti olan anlaşma ya da uyumlu eylemlerdir. Ancak sağlayıcının alıcıya maksimum fiyatı bildirmesi ya da satış fiyatı ile ilgili tavsiyelerde bulunması tek başına (ağır) rekabet sınırlamasının olduğunu göstermez. Caiz görülmeyen, doğrudan doğruya olduğu kadar dolaylı yollarla ve destekleyici tedbirler olarak maksimum satış fiyatının tayin edilmesi ya da fiyat tavsiyeleri ile yeniden satış fiyatının (tıpkı minimum veya sabit fiyat uygulamalarında olduğu gibi) ilgiliye bağımsız hareket etme imkânı tanınmayacak derecede belirlenmesidir.

Tüzük ve Bildiride dikey ilişkilerde yeniden satış fiyatının tespiti dört kategoriye ayrılmış, minimum fiyatın ve sabit fiyatının tespiti ağır rekabet sınırlamaları olarak nitelendirilerek muafiyetin kapsamı dışında tutulurken, maksimum fiyatın tespiti ve tavsiye satış fiyatları ağır rekabet sınırlamaları olarak değerlendirilmemiştir. Ancak son ikisi etkileri itibariyle rekabeti sınırlayabilir görülmüştür. Bu değerlendirme ve ayrımın izahını Komisyon Bildirisinde bulmak mümkündür: *“yeniden satış fiyatının belirlenmesinin başlıca iki olumsuz etkisi vardır: (1) marka içi fiyat rekabetinde bir azalma, (2) fiyatlar üzerinde şeffaflığın artırılması. Sabit veya minimum satış fiyatlarının tespiti, dağıtıcılar ilgili ürünün (örneğin, X markalı buzdolabının)²⁷⁷ satışında bundan sonra fiyat rekabetine girmeyeceklerinden marka içi fiyat rekabetinin tamamen ortadan kalkmasına yol açar. Maksimum veya tavsiye fiyatları yeniden satıcıların bir toplanma noktası olarak çalışır. Bu nedenle fiyat seviyesinde az veya çok bir tekdüzeliğe yol açar. Fiyatlar ve fiyat değişikliklerinde sorumluluk konusunda daha fazla şeffaflık üreticiler veya dağıtıcılar arasında, en azından yoğunlaşmış pazarlarda yatay iş birliğine yol açar”²⁷⁸.*

Rekabet Kurulunun 2002 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde²⁷⁹ de tavsiyelere ilişkin benzer düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre; bir malı satmak üzere alanların, (kendi) satış fiyatlarını belirleme serbestisinin engellenmesi yasaktır. *“Şu kadar ki; taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür.”*

277 yazarın notu.

278 para. 112; Tüzük ve Bildirinin Türkçe çevirileri için bak. Aslan, Türk hukuku, 568 vd.

279 Tebliğ Nu.: 2002/2, RG. 14.7.2002 Sa. 24815. (2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'le değişik, Tebliğ Nu.: 2003/3, RG. 18.9.2003 Sa. 25233.)

(m.4/a). Tebliğin akabinde çıkarılan Kılavuz'da²⁸⁰ da yeniden satış fiyatları ile ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir: "Sağlayıcı teşebbüsler akdetmiş oldukları dikey anlaşmalara açık hüküm koymak suretiyle alıcının satış fiyatını doğrudan belirlemelerinin yanısıra, aynı ihlali değişik uygulamalar vasıtasıyla dolaylı yollarla da gerçekleştirebilmektedirler. Alıcının kâr marjının belirlenmesi, tavsiye fiyat niteliğinde ilan edilmiş bir fiyat seviyesinden alıcının uygulayabileceği indirim oranının en üst seviyesinin belirlenmesi, alıcıya tavsiye edilen fiyatlara uyduğu oranda kendisine ilave indirimler uygulanması ya da bu fiyatlara uymaması durumunda teslimatların geciktirilmesi, askıya alınması veya anlaşmanın sona erdirilmesi şeklinde alıcının tehdit edilmesi ya da fiilen bu tür cezai yaptırımların uygulanması yeniden satış fiyatının dolaylı yoldan belirlenmesine örnek olarak verilebilir. Bu tür yeniden satış fiyatının dolaylı yoldan belirlenmesi uygulamaları da Tebliğ'in 4(a) maddesi kapsamındadır".

Dikey ilişkilerde fiyat üzerine yapılan tavsiyeler, yeniden satıcıların buna uyması hâlinde pazarda paralel fiyat uygulamalarına yol açmaktadır. Dolayısıyla üretici ya da sağlayıcı tarafından yapılan tavsiyelere uyulması sonucu yeniden satıcılar düzeyinde bir uyumlu eylem doğabilecektir. Yani marka içi rekabeti tamamen ya da önemli ölçüde ortadan kaldıracak şekilde tavsiyelere uyularak sabit veya tekdüze fiyatlar uygulandığında, uyumlu eylemlerden söz edilebilecektir.

Dikey seviyede gerçekleşen tavsiyelerin bir başka tehlikesi, (bunların yeniden satıcılar tarafından önemli ölçüde benimsenmesi durumunda) üreticilerin birbirlerinin fiyat uygulamalarını takip edebilmesine olanak sağlamasıdır. Pazar şeffaflığını artıran bu uygulamalar yatay seviyede iş birliğinin doğmasını kolaylaştırır. Özellikle yoğunlaşmış pazarlarda, yeniden satıcı düzeyinde fiyatların kontrolü, yatay ilişkide rakip teşebbüslerin birbirlerinin pazar davranışlarını gözetleyerek değişikliklere süratle uyum sağlamasına ve fiyat üzerine rekabetin yerini paralel davranışların almasına zemin hazırlar. Kuşkusuz tüm bu sakıncaların doğması için öncelikle üretici/sağlayıcının tavsiye ettiği fiyatların önemli ölçüde yeniden satıcılar tarafından takip edilmesi gerekir. Yeniden satıcılar tarafından bağlayıcı ya da uyulması zorunlu olarak algılanmayan fiyat tavsiyeleri ise bu şeffaflığı tek başına sağlayamaz. Bu tür tavsiyeler, ürünün satış fiyatı ile ilgili uygulamalar hakkında, yeniden satıcıya genel bir bilgi verir. Bunun dışında yeniden satıcılar, fiyatlarını kendi rekabet şartlarına

280 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Açıklanmasına Dair Kılavuz, (2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Açıklanmasına Dair Rekabet

göre belirler. Böylece farklı yeniden satıcılar arasında sabit bir fiyat uygulaması görülmez. Belirli bir ürünün fiyatı üzerinde görülen bu çeşitlilik, yatay seviyede (iş birliği noktasında) fiyatların kontrolünü ve belirlenmesini zorlaştırır.

Tüm tavsiyelerin aynı güçte olduğu ve rekabet açısından aynı zararlı etkileri doğurduğu söylenemez. Nitekim bağlayıcı bir karakter taşımaması ve icrası için bir baskı uygulanmaması şartıyla, küçük ve orta ölçekli teşebbüsler arasında gerçekleşen tavsiyelerin büyük teşebbüsler karşısında performansı artırdığı ve böylelikle rekabet şartlarını iyileştirdiği iddia edilmiştir²⁸¹.

Tavsiyelerin gücü soyut olarak belirlenemez. Hatta içerdiği ifadeler aynı olsa da iki tavsiyenin kişiden kişiye (teşebbüsten teşebbüse) farklı sonuçları olabilir. Bir tavsiyenin etkisi ya da gücü üzerinde tavsiyede bulunanın ve tavsiye muhatabının konumlarının önemi büyüktür. Tavsiyenin uyumlu eylemlere neden olmasında bir içsel diğeri dışsal olmak üzere iki etken sayılabilir:

a) Tavsiyenin, tavsiye muhatabı tarafından ne şekilde algılandığı. O derece ciddi olmamakla birlikte, tıpkı bilgi değişimlerinde olduğu gibi, tavsiye muhatabının pazar politikalarını belirlerken kendisine yapılan tavsiyeyi değerlendirmeye almaması düşünülemez. Ancak bu tavsiye yerine ve durumuna göre, bir emir, talimat, tehdit, öneri, öğüt, uyarı ya da bir temenni olarak algılanabilecektir. Örneğin, piyasa lideri tarafından yapılan tavsiye ile pazar payı düşük bir rakip tarafından yapılan tavsiye, bir yeniden satıcının bir başka yeniden satıcıya yaptığı tavsiye ile üretici/sağlayıcının yaptığı tavsiye, bilgileri düzenli olarak toplayan üçüncü kişi konumundaki bir kuruluşun yaptığı tavsiye ile rakip teşebbüsün yaptığı tavsiye arasında, tavsiyenin içeriği aynı olsa bile, bir algılama farkı doğabilecektir.

b) Tavsiye edenin (hissedilen ya da hissettirdiği) baskısı ya da tavsiyeyi destekleyici tedbirleri ile diğer dışsal şartlar. Tavsiyeye uyulup uyulmadığının araştırılması ya da tavsiye doğrultusundaki uygulamaların gidişatı hakkında bilgi talep edilmesi, tavsiyeye uyulmasına bağlı ek imkânlar sağlanması, tavsiye edenin tavsiyeye uygun hareket etmesi, diğer tavsiye muhatablarının tavsiyeye uyması; tavsiyeye uyulmasından kimin, ne kadar çıkar sağlayacağı gibi.

Uyumlu eylemlerde teşebbüsler rekabetin sınırlanması sonucu doğurabilecek (örneğin fiyat artırmak ya da B'nin bölgesine girmemek gibi) bir pazar davranışını

Kurulu Kararı, K. Sa. 03-46/540-M, K.T.: 30.6.2003, RG. 9.8.2003, Sa. 25194).

281 Bu konuda, görüş ve eleştiriler için bak. Höfer, 289 vd.

uygularken, daima diğer teşebbüslerin de aynı pazar davranışını uygulayacağı beklentisi içindedirler. Çünkü bu durumlarda teşebbüslerin kendi başlarına giriştikleri pazar politikalarının etkili yada kazanç getirici olma şansı yoktur ya da çok düşüktür. Bu davranışların başarısı ve kazanç sağlması iş birliğine ve birlikte hareket etmeye bağlıdır. Uyumlu eylemlere neden olan tavsiyelerde de, teşebbüsler bir tavsiyeye uyarken diğerlerinin de bu tavsiyeye uyacağını dikkate alarak hareket etmektedir. Bu yüzden –özellikle- bir odaktan birden çok teşebbüse yöneltilen tavsiyeler, ortak beklentinin doğmasına neden olarak -ayrıca bir anlaşmaya ihtiyaç olmaksızın- pazarda paralel davranışlara yol açabilmektedir²⁸².

3. Kamuya Yönelik Duyurular

Yukarıda değinilen bilgi değişimi türleri ve tavsiyelerde ortak özellik, bunlarda bir teşebbüsün ya rakipleri ile doğrudan doğruya ya da rakipleri ile bir arada bulunduğu demek ya da birlik gibi ortamların sağladığı imkânla iletişim kurmasıdır. Her iki hâlde de teşebbüsler birbirleriyle ilişki içindedir; alıcı tarafı bu tavsiye ya da bilgi değişiminden çoğu zaman habersizdir. Ancak kamuya yapılan duyurularda, örneğin firmalardan birinin fiyat artırımına gideceğini nedenleri ile birlikte gazetede duyurduğunda, bu bilgi yalnız rakiplere değil, toptancılara, yeniden satıcılara, alıcılara ve tüketicilere kadar yayılmış olur. Dolayısıyla bu tip duyurularda bilgi herkese açık olmaktadır ve rakiplerinin gelecek pazar politikalarını öğrenen teşebbüsler için olduğu kadar, kendi pazar davranışlarını belirlemede alıcılar için de bir pazar şeffaflığı doğmaktadır²⁸³.

Kamuya yönelik duyurulardan teşebbüslerin amacı, pazarda uygulamayı düşündükleri politikaları rakiplerine önceden açığa vurmak olarak görülebilir. Ancak bunların amacı, yeni pazar uygulamasından kamuyu bilgilendirmek de olabilir. Kuşkusuz kamuya yönelik bir duyurunun her iki amacı güdüyor olması da mümkündür. Hatta doktrinde doğal olanın bu sonucusu olduğu da ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin gerekçesinde, Komisyon ve mahkemelerin, özellikle

282 Tavsiyelerin uyumlu eylemlere nasıl neden olabileceği hususundaki çeşitli görüşler için bak. Schumann, 122 vd; Bunte, Empfehlungen, 169-172; Ehle, 1595 vd; Fikentscher, W.: Wirtschaftsrecht, Band I, München 1983, s. 593.

283 Bak. van Gerven G./Varona E.N.: The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, CMLR, 31/1994, s. 595; bak. Hay, Agreement, 124-125.

ATAD'ın Boya maddesi ve Şeker karteli kararlarında öne sürdüğü, rekabetin risklerine karşı (bilinçli olarak) ikame edilme tezinin eleştirileri ve isabet derecesine ilişkin kuşkular yatmaktadır. ATAD bu kararlarda genel hattıyla, rekabetin yerine geçen bir iş birliğinden söz etmiştir. Bir başka deyişle girişilen eylemler ve sağlanan uyum rekabetin risklerini azaltmaktadır. Ancak doktrinde teşebbüslerin pazar üzerinde yeni politikalara girişirken kazançlarının azalması ihtimaline karşı rekabetin risklerini azaltmaya çalışmalarının doğal olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, ürünün fiyatını artırmayı düşünen A için, plânladığı fiyat artışının rakiplerince ne şekilde karşılık bulacağı başlangıçta belirsizdir. A böyle bir artış karşısında aksi tepkiler alarak piyasa payında kayıplarla karşılaşabilir. Bu riski azaltmak için fiyatını önceden kamuya duyurur ve rakiplerinin nasıl tepki vereceğini beklemeye başlar. İşte özellikle kamuya yönelik duyurularda piyasa üzerinden işleyen bu sürecin makul karşılanması gerektiği savunulmaktadır. Bunun yanında kamuya yönelik duyuruların bir diğer yararı, (gelecekteki fiyat artışlarını önceden görebildikleri için) talep tarafının da ekonomik plânlarını isabetli şekilde yapmasına imkân sağlamasıdır²⁸⁴.

Dolayısıyla kamuya yönelik duyurularla diğer bilgi değişimleri arasındaki temel fark, ilkinin pazarın karşı tarafını da içine alacak derecede genel olduğu ve duyuru muhatabının yalnızca rakip teşebbüsler değil pazarın kendisi ya da pazarın tarafları olduğudur.

Burada ikinci bir farka da değinmek gerekir. Kamuya yönelik duyuruların konusu gelecek pazar politikalarıdır. Yani bunlar henüz uygulamaya geçilmemiştir. Her zaman bir teşebbüsün geleceğe ilişkin bir plân ya da politikasını değiştirmesi mümkündür. Ancak kamuya yapılan bir duyuru sonucu herkesçe malum olan bir politikadan vazgeçmek, yalnızca rakiplere yapılan bir duyuru ya da bilgilendirmeden vazgeçmekten daha güçtür. Bu nedenle kamuya yönelik duyurular özellikle bir anlaşma zemini hazırlayacak şekilde kullanılmaya elverişsizdir. Zira bir duyuru yapıldıktan sonra, rakiplerin yanıt ya da duyurularına göre bu ilk duyurunun değiştirilerek ya da geri alınarak tekrar duyuru yoluna gidilmesi suretiyle anlaşma zemini sağlama çabaları kamunun duyurularda ve duyuruda bulunana güvenini sarsarak teşebbüslerin ciddiyet ve saygınlığını zedeleyebilir. Bundan dolayı

284 Axter, O.: Das Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens in § 25 Abs. 1 der Zweiten Novelle des GWB, WuW 1973, 605, 616; Belke, R.: Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973, Teil 4: Das Verbot der Verhaltenabstimmung nach § 25 I unter besonderer Berücksichtigung der Vertikalsachverhalte, ZHR Band 139, 1975, 51, 67; Altwater, 30; van Gerven/Varona, 593.

geleceğe ilişkin bir politikanın kamuya duyurulması ancak bunun gerçekleştirilmesinin "ciddi olarak" tasarlandığı durumlarda söz konusu olabilir. Dolayısıyla kamuya yönelik duyurular, diğer bilgi değişimlerine göre etki-tepki konusunda esnekliği az ve uyuşma zemini hazırlamaya daha elverişsiz uygulamalardır.

ATAD, Boya maddesi kararında, teşebbüslerin, birbirlerine oldukça yakın zamanlarda benzer artış oranları içeren fiyat duyurularında bulunmalarını tesadüfî olmaktan uzak gördü. Üstelik bu duyurular, pazarda oldukça çok sayıda teşebbüs varken ve millî pazarlar düzeyinde farklı fiyat özellikleri görülüyorken gerçekleşiyordu. Bu denli eş zamanlı, birbirine benzer ve yaygın fiyat duyuruları gösteriyordu ki, teşebbüsler iş birliği içinde hareket ederek, davranışları üzerindeki belirsizliği ve bu sayede rekabet etmektan (pazar politikalarını birbirlerinden bağımsız belirleselerdi) doğacak riskleri büyük ölçüde azaltıyorlardı²⁸⁵.

Bununla birlikte Boya maddesi kararı, bağlantının bir çok şekilde gerçekleştiği bir olay olarak, kamuya yönelik duyuruların uyumu doğuran bağlantıyı sağlamadaki rolünü tam olarak ortaya koymaktan uzak görünmektedir. Bir başka deyişle, bunların öncesinde gerçekleşen görüşmeler, yazışmalar vb. varsa, duyurular tek başına değil, ancak bunlarla birlikte, uyumu sağlama sürecinde yer almaktadır.

Ancak ATAD özellikle Fransa ve İtalya pazarında uyumu sağlamada duyuruların varlığına özel bir önem vermiştir²⁸⁶.

Görüldüğü kadarıyla fiyat vb. artışların önceden duyurulmasının tek başına bağlantıyı sağlaması için, ilk duyuruyu başka duyuruların takip etmesi, duyurular arasında zamansal bir yakınlık olması ve içeriklerinin birbirleri ile aynı ya da büyük ölçüde benzer olması önem kazanmaktadır. Özellikle ilk duyuruda bulunanın eylem aşamasına geçmeden önce diğerlerinin kendisinin takip edeceğini anlayabilmesi için bu gereklidir. Kamuya yönelik duyurularda da çıkış noktası yine bağımsızlık ilkesi olmaktadır²⁸⁷. Bir teşebbüsün rakipleri ile iş birliği içine girmesi ve böylelikle eylemin

285 ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

286 "As regards the increases of 1965 and 1967 concertation took place openly, since all the announcements of the intention to increase prices with effect from a certain date and for a certain range of products made it possible for producers to decide on their conduct regarding the special cases of France and Italy." ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and Others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

287 Chang, 120-121.

başarısını sağlayabilmesi için, söz konusu olan (örneğin) fiyat artışı ise, bunun yöntemi, süresi, hangi pazarlarda gerçekleşeceği gibi hususlarda, geleceğe ilişkin politikalar üzerindeki belirsizliklerin ve güvensizliklerin karşılıklı olarak önceden ortadan kaldırılarak bağımsız hareket etme alanının daraltılması gerekmektedir.

Nitekim Komisyona göre, yayın organları yoluyla bir üreticinin fiyatını açıklaması bu hâliyle uzlaşya dayanan bir davranışın varlığını göstermez²⁸⁸. Bununla birlikte uygulanması düşünülen fiyatlar öyle erken bir zamanda bildirilebilir ki, rakip teşebbüsler kendi fiyatlarını buna göre tespit ederek ya da ayarlayarak tepki gösterebilecek yeterli zamana sahip olurlar. Hâl böyle olunca artık fiyat bildiriminin özel bir yayın yoluyla ya da kamuya açık şekilde basın yoluyla yapılması arasında fark kalmaz. Hatta bilgiyi iletmede kullanılan (basın vb) üçüncü kişiler bildirimde bulunan üreticinin aracısı olarak görülebilir²⁸⁹.

Böylece, bir politikanın uygulanacağı ya da uygulanmasının düşünüldüğü zamandan çok erken duyuruda bulunulması da uyumlu eylemlere neden olabilir. Duyurunun erken yapılıp yapılmadığında belirleyici olan, duyuruda bulunanların duyuruları ile buna uygun yeni pazar davranışları arasında, rakip teşebbüslerin tepkilerini uygulamaya geçmeden önce görebilecekleri kadar bir zaman aralığı bırakıp bırakmadıklarıdır. Bu zaman aralığı yeni politikadan elde edilmesi beklenen avantajları etkisiz kılacak derecede uzun olmalıdır. Yani rakiplerin benzer politikalar üretmesine imkân verebilmelidir ki bu şekilde pazar politikaları paralelleşebilsin.

Kâğıt hamuru olayında²⁹⁰ Komisyon, fiyat duyurularını m.81'in ihlâli için kullanılıyor görmüştür²⁹¹. Komisyona göre, fiyat duyuruları yoluyla pazarda yapay bir şeffaflık doğmaktaydı ve her bir üretici bir diğerinin fiyat uygulamalarına ilişkin hızlı bir şekilde bilgi edinebilmekteydi.

Kamuya yönelik duyurular hakkında ATAD'ın görüşleri Ahlström kararında²⁹² açıkça görülebilir. Bu kararda ATAD, önce, Boya maddesi ve Şeker karteli

288 Bak. Zinc Producer Group, OJ 1984 L 220/27.

289 Kar. Chang, 121.

290 Bu olay ve kararlar ilgili bak. Jones, A.: Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?, ECLR, 6/1993, 273 vd.; Osti, C.: Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp, ECLR, 3/1994, s.176 vd; van Gerven/Varona, 575 vd; Goyder, 102 vd; Bael/Bellis, 37 vd; Yüksel, 42 vd.

291 Wood Pulp, OJ 1985 L 85/1.

292 A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; ECR 1993, I-1307.

kararlarında uyumlu eylemlerle ilgili ortaya koyduğu görüşlerine sadık kalarak bunları tekrar etmiş, ardından kamuya yönelik duyuruları tek başına bu ölçütleri sağlamak için yeterli görmemiştir. ATAD öncelikle fiyat duyurusunun kendisini bir pazar davranışı olarak nitelendirmiş ve bu davranışı, rakiplerinin hangi eyleme girecekleri hakkında her bir teşebbüsün taşıdığı emin olamama durumunu azaltmaya elverişli bulmamıştır. Bu davranışı gerçekleştiren teşebbüs, duyuruda bulunduğu esnada, diğerlerinin gelecekteki tutumlarına dair bir kanaate sahip değildir ve diğer teşebbüsler için de duyuruya rağmen hâlâ pazarda belirsizlik hâkimdir. Hâliyle tek başına fiyat duyuruları teşebbüslerin ileride izleyecekleri pazar politikaları açısından pazarda bulunan belirsizlik durumunu azaltmamaktadır.

Bunun dışında ATAD, fiyat duyurularında ekonomik bir menfaatin bulunduğunu da prensip olarak kabul etmiştir. ATAD'a göre, ilgili pazar üreticiler ile müşteriler arasında uzun dönemli ilişkilerin söz konusu olduğu bir pazardı ve bu nedenle hem alıcı hem de üretici/satıcılar açısından fiyat duyuruları yoluyla ticarî risklerin sınırlandırılması ya da azaltılmasında makul görülebilecek bir menfaat söz konusuydu. Ayrıca fiyat bildirim tarihlerindeki benzerlik, pazar şeffaflığının artmasına yol açabilmekteyse de bu şeffaflığın "yapay" olarak nitelendirilmesi gerekmekteydi.

Dolayısıyla kamuya yönelik duyurularla bir pazar şeffaflığı sağlansa dahi bu şeffaflık, ATAD tarafından pazanın olağan işleyişi içinde görülmekte ve doğal karşılanmaktadır. Gerçekten de kamuya yönelik duyuruların temel nedeni, teşebbüslerin uygulayacakları politikalara ilişkin kamuyu bilgilendirmek istekleri olarak açıklanabilir. Böylelikle alıcılar, yeniden satıcılar ve hatta kamu kurumları yeni durumdan uygulamaya geçilmeden önce haberdar olmaktadır. Buna rakip teşebbüsler de dahildir. Hatta duyuruda bulunan için en önemli olan, yaptığı politika değişikliği karşısında rakiplerinin izleyeceği tavidir. Zira normal karşılanabilecek bir duyuruda, duyuruda bulunan için, rakiplerinin duyurunun içeriğine karşı tepkilerinin ne olacağı belirsizdir. Keza normal karşılanabilecek bir duyuruda rakip teşebbüslerin her biri için de bir diğerinin bu duyuruya nasıl tepki vereceği belirsiz kalmaktadır. Bu hâlde kamuya yönelik duyuruların bağımsızlık ilkesini zedelediğinden söz edilemez. Çünkü burada teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız hareket etmesini engelleyen bir durum oluşmamakta, ancak pazar şeffaflığında bir artış olmaktadır. Böylece kamuya yönelik duyurularla teşebbüsler, böyle duyuruların yaygın olmadığı bir pazar ortamına göre rakiplerinin ya da rakiplerinden birinin müstakbel politikaları hakkında daha fazla bilgi sahibi olmaktadır.

Öte yandan bu tip duyurularda muhatap rakip teşebbüsler değil, kamudur. Şu hâlde, duyurulan politikayı -doğal olarak- rakipler de öğrenmekle birlikte, duyuruda bulunanla bunlar arasında her zaman bir bağlantının olduğundan söz edilemez.

IV. PARALEL DAVRANIŞLARIN VARLIĞI

Uyumlu eylemlerin bir diğer unsuru, bağlantıya istinat eden paralel davranışların varlığıdır. Paralel davranışlar, belirli bir pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin birbirine paralel pazar politikaları uygulamalarıdır. Yani teşebbüsler birbirleriyle çatışan ya da çelişen pazar politikaları içine girmezler. Bir fiyat artışı söz konusu ise, rakip teşebbüslerin tümünün ya da önemli bir çoğunluğunun bu eyleme katılımıyla, pazarda fiyatın sabit tutulması ya da fiyat indirimine gidilmesi gibi etkili bir zıt politika görülmez.

Öte yandan önemli olan pazar politikalarının paralelleşmesi olduğu için, teşebbüslerin pazar davranışlarının tek tek birbiriyle aynı olması gerekmez. Örneğin, A fiyatını düşürerek, B de fiyatını artırarak ortak bir fiyatta buluşuyorlarsa, paralellik gerçekleşmiş olacaktır.

Paralel davranışlar, gerek paralellik yönü gerekse eylem ya da davranış yönüyle, uyumlu eylemler için önem arz eder. Bu nedenle uyumlu eylemlerin unsuru olarak paralel davranışların aşağıda buna göre bir ayrıma gidilerek incelenmesi uygun olacaktır.

A. Paralellik Yönüyle Paralel Davranışlar

1. Paralel Davranışların Sınıflandırılması

Paralel davranışlar uyumlu eylemler gibi olumsuz bir anlam taşımazlar. Yani her paralel davranışın rekabet hukukuna aykırı ve yasak olduğu söylenemez. "Paralel davranışlar", pazarda görülen her türü paralelliği ifade etmekte kullanıldığı için, uyumlu eylemlere göre oldukça geniş bir kavramdır. Buradan hareketle, uyumlu eylemlerin paralel davranışların hukuka aykırılık yönünü ifade eden alt bir kavram olduğu söylenebilir.

Uyumlu eylemlerin dışında paralel davranışların tesadüfen ya da pazarın özelliklerinden doğması da mümkündür. Özellikle oligopol piyasalarda görülen paralel davranışlar, bilinçli paralel davranış ya da bilinçli paralellikler olarak anılmakta ve paralel davranışların uyumlu eylemler dışındaki ikinci büyük kolunu oluşturmaktadır.

"Bilinçli paralel davranışlar"dan söz edildiğinde, rekabet hukukunun bir çok kavramında olduğu gibi, akla ilk önce Amerikan hukuku gelmektedir. Nitekim aşağıda görüleceği üzere, Amerikan hukukunda, oligopolistik bağımlılık altındaki teşebbüslerin paralel davranışlarının Sherman Kanununa aykırı olduğunu ifade etmek üzere bunlar "bilinçli" olarak nitelendirilmiştir. Bununla birlikte rekabete aykırılık iddiası çoğunluk tarafından reddedilmiş; bu tip davranışlar yasak olarak görülmemiştir. Kavramın adı ise olduğu gibi kalmıştır. "Bilinçli paralel davranış" (consciously parallel behaviour, consciously parallelism) ifadesi, daha sonra Avrupa ve Türk doktrininde de kullanılmıştır.

Türk doktrininde, bilinçli paralellik üç ayrı anlamda kullanılabilir. İlk olarak Amerikan hukukundaki anlamıyla oligopol piyasalardaki birbirine bağımlılığın neden olduğu paralel davranışlar için kullanılmaktadır. Bu durumda bilinçli paralellikten söz edildiğinde, oligopolistik bağımlılık bilinci altında gerçekleşen paralel davranışlar anlaşılmalıdır. Bilinçli paralel davranışların rekabete aykırı olup olmadığı ya da uyumlu eylem olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de buna göre tartışılmaktadır.²⁹³

İkinci olarak, bilinçli paralellikten söz edildiğinde, teşebbüslerin paralellik bilinci taşıdığı tüm durumlar ifade edilebilmektedir. Bu durumda bilinçli paralellik Amerikan hukukundaki anlamıyla kullanılmamaktadır. Nitekim Aslan'a göre, "...bilinçlilik, taraflar arasında 'anlaşmanın' varlığını kabul edemediğimiz durumları ifade etmektedir". "Buradaki 'bilinçlilik' daha çok işletmeler arasında bir 'bağlantının' varlığı ile gösterilmektedir". "Oligopolistik pazarlarda ise arada hiçbir 'bağlantı' olmadan pazar yapısı gereği bilinçli paralellik sağlanabilmektedir"²⁹⁴.

Üçüncü bir görüşe göre ise, bilinçlilik uyumlu eylemlerin bir özelliğidir. Bilinçlilik, Boya ve Şeker karteli kararlarında uyumlu eylemler için kullanılan "bilinçli şekilde ya da bilerek (knowingly)" gerçekleşme durumunu ifade eder. Bu yüzden

293 Bu yönde bak. Akıncı, 149 vd; Sanlı, 79 ve s.148 dn.47; Stevens, D.: Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of EC and US Competition Law, in: Yearbook of European Law (15) 1995, ed. Barav, A./Wyatt, D.A., Oxford 1997, s. 47-78.

294 Aslan, Türk hukuku, 82.

oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan davranışlar için bilinçlilikten söz edilemez. Bundan dolayı da “.....oligopol piyasalarda faaliyet gösteren firmaların, pazar üzerinde birbirine benzer ya da birbiriyle aynı tavırlar almasına paralel davranışlar ya da paralel davranış” denebilir ve “Paralel davranışların içinde yalnızca bilinçli paralel davranışlar.....rekabet kurallarını ihlâl eder ve uyumlu eylemler doğururlar”. “.....m.4 ve m.81, taraflar arasında bilinçli bir şekilde gerçekleşen, rekabetin risklerini bertaraf etmeye yönelmiş iş birliğini yasaklar. Oysa paralel davranışlarda böyle bir iş birliği bilinci olmaksızın, rekabetin riskleri bir şekilde ortadan kalkmaktadır”²⁹⁵.

Rekabet Kurulu da 2000 yılında verdiği Süt kararında²⁹⁶ bilinçli paralelliği uyumlu eylemlerin bir unsuru olarak ifade etti. Bilinçli paralelliğe ilişkin görüşünü de şu şekilde ortaya koydu: “Uyumlu eylemde, 4. madde açısından önemli olan, işletmeler arasındaki uygulama paralelliği değil, bu paralelliğin bilinçli olarak yaratılmış olmasıdır. Bu bilinç, rakipler arası bir ‘işbirliğinin’ sonucu olabileceğinden, yasaya aykırı görülmiştir”. “Rekabet hukukunda paralel fiyatlandırma değil, firmalar arasındaki bilinçli paralellikler yasaklanmıştır”.

Bu üçüncü görüş sahiplerince de bilinçli paralellik, Amerikan hukukundaki anlamından farklı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi, Türk hukukunda bilinçli paralellikten söz edildiğinde her zaman, Amerikan hukukundaki gibi oligopolistik bağımlılık altında görülen paralellikler kastedilmemektedir. Bunlarla birlikte uyumlu eylemlerdeki paralellikleri de ifade edebilmektedir. Öte yandan yalnızca uyumlu eylemlerdeki paralelliklere özgülenererek, paralel davranışın oligopolistik bağımlılığa dayanmadığını vurgulamak üzere de kullanılabilir.

Ancak hangi görüş olursa olsun Türk doktrininde “Bilinçlilik”; “paralelliğin bilinçli olarak gerçekleşmiş olduğunu” ifade etmektir.

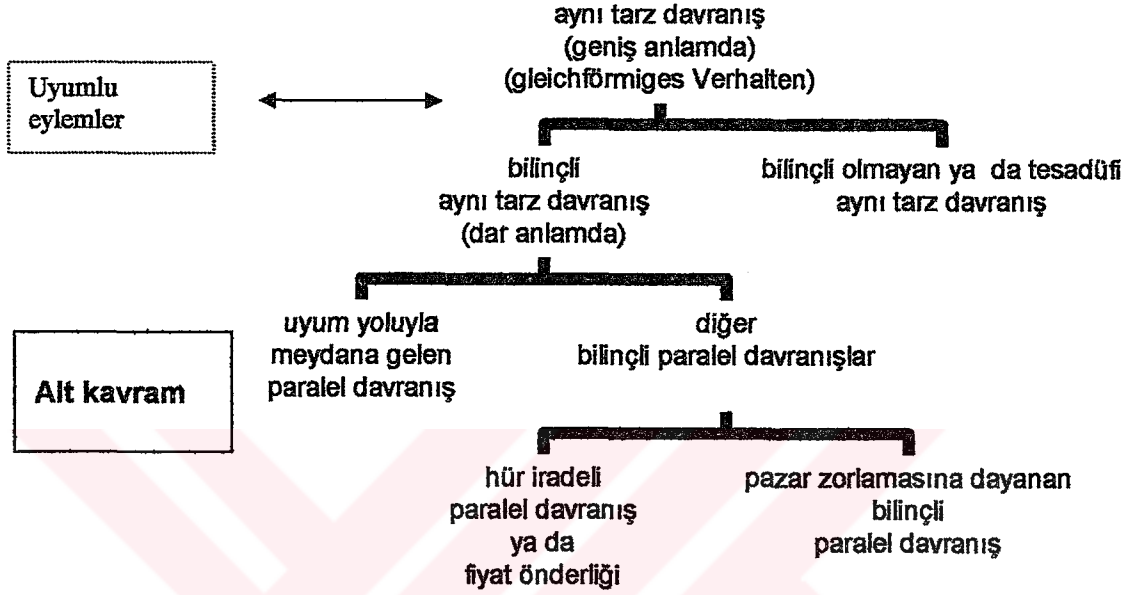
Türk doktrini gibi, paralel davranış anlayışla sonradan tanışan Alman doktrininde ise bu kavramsal sorunu aşmak için bazı yazarlarca, bilinçli paralel davranışın (bewußtes Parallelverhalten) olmadığı yerlerde salt ya da tesadüfi paralel davranıştan (bloßes/zufälliges Parallelverhalten) söz edilebilmiştir²⁹⁷.

295 İkizler, 252-253.

296 Süt, RK kararı, K. Sa.: 00-11/109-54, K.T.: 23.3.2000.

297 Örneğin, Höfer, 262; Bahtje, U.: Ist das Kartellverbot in § 25 Abs. 1 GWB geregelt?, Hamburg 1990, s. 38 vd, 73 vd; Gassner, 25 vd; Schollmeier A./Krimphove, D.: § 23 Rn. 1842, in: Europarecht, 6. Aufl., hrsg von Bleckmann, A., Köln, Berlin, Bonn, München 1997.

Bununla birlikte Chang tarafından Alman hukuku için yapılan şema uyumlu eylem-parallel davranış-bilinçli paralel davranış ilişkisini daha iyi verebilmektedir²⁹⁸:



Türk hukuku açısından da paralel davranışlarla uyumlu eylemler arasındaki ilişki incelendiğinde Amerikan hukukuna benzer bir ifade tarzının kavramsal olarak uygun olmadığı görülmektedir. En uygunu paralel davranışların paralellik bilinci taşıyan ve taşımayan davranışlar olarak ikiye ayrılmasıdır. Böylece oligopole özgü paralelliklerle birlikte uyumlu eylemler, paralellik bilinci taşıyan davranışlar, bir başka deyişle bilinçli paralel davranışlar altında toplanabilir.

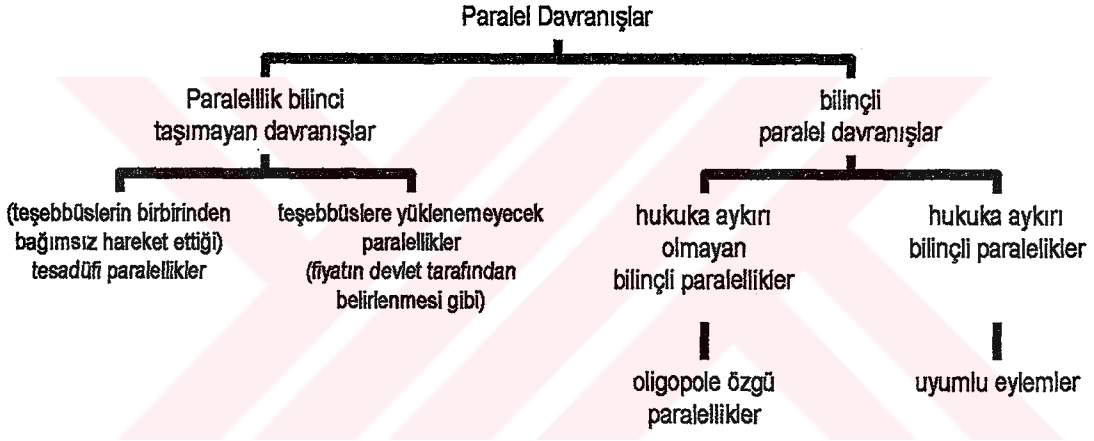
Zira uyumlu eylemler de bilinçli gerçekleştirilen paralel davranışlardır ve bilinç unsuru açısından oligopolistik bağımlılığa dayanan paralel davranışlarla aralarında bir fark yoktur. İkisi arasındaki fark uyumlu eylemlerde bilinçliliğin bağlantıya, oligopole özgü paralelliklerde ise oligopolistik bağımlılığa²⁹⁹ dayanmasıdır.

298 Chang, 152 dn. 411.

299 Stevens, 47 vd.

“Bilinçli paralellik” ise, paralelliğin tesadüfi olmadığına, teşebbüslerin bu durumun farkında olarak hareket ettiğine işaret etmektedir³⁰⁰.

Böylelikle “bilinçli paralel davranışlar”, hem maddî hukuk, hem de ispat hukuku açısından daha yerinde kullanılmış olur. Maddî hukuk açısından uyumlu eylemlerin de paralellik bilinci altında gerçekleştiği vurgulanırken; ispat açısından da bilinç yerine asıl önemli olan oligopolistik bağımlılığın varlığı ön plâna çıkarılmış olur. Buna göre paralel davranışlarla uyumlu eylemlerin ilişkisi şu şekilde gösterilebilir:



Bu çalışmada da yukarıdaki şemaya uygun olarak, (Amerikan hukukundaki) “bilinçli paralel davranış” yerine “oligopole özgü paralellikler”den söz edilecektir. “Bilinçli paralel davranış” ifadesi ise, paralellik bilincinden uzakta gerçekleşen; tesadüfi ve teşebbüslere yüklenemeyecek paralel davranışların karşıt kavramı olarak kullanılacaktır.

300 Bak. ve kar. Goyder, 101; Dashwood/Guy/Laddie/Leigh, 486; İkizler, 255.

2. Oligopole Özgü Paralellikler

Oligopole özgü paralellikler, oligopol pazarlarda teşebbüslerin bir diğ erinin politikasını da nazardikkate alarak, davranışlarını paralelleştirmeleri olarak tanımlanabilir. Bir başka deyiş le, oligopole özgü paralellikler, oligopolistik bağımlılık bilinci altında gerçekleş en paralel davranışlardır. Oligopolistik bağımlılık (oligopolistische Interdependenz/Reaktionsverbundenheit) ise oligopol piyasalarda her bir teşebbüsün pazar politikasının bir diğ erinin politikası üzerinde etkili olduğunu ifade eder.

a. Oligopol Piyasa Yapısı ve Oligopolistik Bağımlılık

Bilindiğ i gibi, alıcı sayısına göre az sayıda satıcının faaliyet gösterdiğ i piyasalar oligopol piyasalar olarak adlandırılmaktadır³⁰¹. Ancak bu tanım rekabet hukuku açısından yeterli değ ildir. Zira bir pazarda alıcılara göre az sayıda olmakla birlikte aslında birçok satıcı bulunabilir. Gerçekten de oligopolün ancak tek satıcının bulunduğu tekelle açık ayrımı yapılabilmektedir. Polipol (Polypol, Polypoly) denen çok sayıda satıcının bulunduğu pazarlarla ise kesin sınırı çizilememektedir³⁰².

Hâlbuki her oligopolde piyasadaki teşebbüslerin birbirlerinin pazar davranışlarına tepkisi aynı değ ildir. Rekabet hukuku ise daha çok iş in bu boyutuyla ilgilenmektedir. Uyumlu eylemler açısından da asil önemli olan, oligopolün dar ve geniş olmak üzere ikiye ayrılmasıdır. Rakiplerin birbirlerinin davranışlarına duyarlı olduğu, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiğ i oligopoller dar, bunun dışında kalanlar ise geniş oligopoller olarak anılmaktadır³⁰³.

301 Pekin, T: Ekonomiye Giriş, İzmir 1987, s.33.

302 Girsch, B.: Fusionskontrolle in konzentrierten Märkten, Wien 2002, s.18; bak. Whish, 460.

303 İşleyebilir rekabet açısından, teşebbüslerin sayısında belirli bir yüksekliğ i ya da fazlalığ ı ifade eden geniş oligopoller, ideal pazar yapısı olarak görülebilmektedir. Bak. Katzenbach, E.: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967, s.1 vd; Fikentscher, W.: Wirtschaftsrecht, Band II, München 1983, s. 191 vd.

Geniş oligopollerde (weites Oligopol) teşebbüslerin karşılıklı bağımlılığı dar oligopollere (enges Oligopol) göre daha düşüktür. Yani oligopolistik bağımlılık esas itibariyle dar oligopollerde kendini hissettirmektedir³⁰⁴.

Geniş ve dar oligopolün birbirinden ayrılması konusunda ise üzerinde uzlaşmış bir ölçüt yoktur³⁰⁵.

Bir görüşe göre, pazarın 2/3 ile 3/4'ü arasında pazar payını ellerinde tutan yaklaşık 8 kadar firmanın bulunduğu oligopoller, dar oligopol olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte bu durumda %33'ün üzerinde pazar payının yeterli görüldüğüne de rastlanmaktadır.

20 büyük firmanın pazarın en azından %75'ini elinde tuttuğu ve bunlardan 8'inin de en azından %50 pazar payına sahip olduğu durumlarda teşebbüslerin büyük bir ihtimalle karar sürecinde karşılıklı bir bağımlılık altında olduğu da ileri sürülmüştür.

Bir başka görüşe göre, 8'den fazla teşebbüsün bulunduğu ve bunların pazar payının %70'ine sahip olduğu durumlarda birbirine bağımlılığın rekabet üzerinde olumsuz bir etki doğuracağı söylenemez. Bazı yazarlarca ise aynı sonuca %50 pazar payına sahip dörtten fazla teşebbüsün bulunduğu durumlar için varılmaktadır.

Öte yandan oyun teorisine göre dar oligopolün sıkı bağımlılık doğurabilmesi için üye sayısının dördü aşmaması gerektiği de ileri sürülmüştür.

Bir başka görüşe göre ise farklı ekonomik şartlara göre dar oligopoldeki teşebbüs sayısı 5 ilâ 2 arasında değişebilir.

Bu görüşlerin ortak özelliği teşebbüslerin sayısı ve pazar paylarından hareket edilmesidir³⁰⁶. Gerçekten de teşebbüslerin sayısı kadar pazar paylarının da oligopolistik bağımlılık üzerinde etkisi vardır. Nitekim birkaç büyük teşebbüsün yanında, toplam pazar payları önemli bir yüzdeyi bulmayan bir çok küçük teşebbüsün (fringe firms) bulunduğu piyasalar da oligopol olarak kabul

304 Girsch, 19.

305 Ulmer, P.: Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, Karlsruhe 1972, s. 8-9 ve aynı sayfada dn. 8 ve Girsch, 19'dan naklen.

306 Ulmer, 8 ve aynı sayfada dn.8; bunların, özellikle de teşebbüslerin sayısının yanında karşılıklı bağımlılığı etkileyen başka faktörler için bak. Girsch, 20; Lane, 245.

edilebilmektedir³⁰⁷. Hâliyle bu gibi durumlarda da dar oligopolün varlığı gündeme gelir.

Dar oligopollerde teşebbüsler için tek hareket tarzının oligopolistik bağımlılığa dayanan paralel davranışlar olduğu düşünülmemelidir. Bunlarda da teşebbüslerin rekabetçi pazar stratejileri uygulamaları mümkündür. Nitekim dar oligopollerde teşebbüslerden rekabetçi amaçla ilk harekete geçenin elde edebileceği düşünülen artı bir kâr vardır (Relativer Wettbewerb). Örneğin, ilk fiyat indiriminde bulunan, rakipleri onu takip edinceye kadar bu indirimin sağladığı talep artışından dolayı kazancını artırabilir. Ancak bu kazancın elde edilememe ve ilerisi için olumsuz sonuçlar doğurma ihtimali de vardır³⁰⁸. Öte yandan bir ya da birkaç teşebbüs, diğerleri ile kıyasıya rekabete girerek, onları pazardan uzaklaştırmak suretiyle kazançlarını artırmak isteyebilirler³⁰⁹ (Verdrängungswettbewerb). Böylece rekabetle kısa vadede değil; ancak uzun vadede kazanç elde etmeyi amaçlayabilirler. Bu uğurda, gerekirse, fiyatlar maliyetlerin altına çekilerek zarar göze alınabilir. Bu tip politikaların başarısı, üretim vb. maliyetlerin rakiplerinkine göre ciddi indirimler yapmaya elverişliliği ve maliyet altı satışlardan doğan zararların başka branş ya da pazarlardaki ticarî faaliyetlerden karşılanabilirliği ile bağlantılıdır³¹⁰.

Bununla birlikte oligopolde teşebbüslerin mutlak pazar davranışlarının bu yönde olmadığı; rekabetten kaçınmaya yönelik politikaların ağır bastığı ifade edilmektedir³¹¹. Özellikle dar oligopoller için, oligopolistik bağımlılığa dayanan rekabetçi olmayan paralel davranışlar, tipik davranış tarzı olarak görülmektedir³¹².

307 Bak. Girsch, 18 ve aynı sayfada dn.20; Akıncı, 25; Lane, 226; ayrıca bak. United States v Container Corp. of America, 393 US 333 (1969). Bu kararda Yüksek mahkeme, pazar payı %90'ı bulan 18 teşebbüsün arasındaki bilgi değişimini, küçük teşebbüslerin varlığını dikkate almadan değerlendirmiştir.

308 Girsch, 20.

309 Girsch, 21.

310 Ancak nispeten güçsüz rakiplerin pazardan atılmasına yönelik bu gibi politikalara, durumuna göre, RKK m.6 ve ATA m.82 açısından da müdahale edilebilir olduğu açıktır.

311 Girsch, 21.

312 Girsch, 20-21; Chamberlin, E.H.: The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge 1948, s. 48.

aa. Oligopolistik bağımlılığın nedeni

Teşebbüslerin niçin paralel davranışlarda buldukları sorusuna karşı, 'uyumlu eylemlerden dolayıdır' yanıtı bazı durumlarda isabetli olmayabilir. Bu konu bir ölçüde de, teşebbüslerin bireysel kararlarının oluşumunda etkili faktörlerle ilgilidir. Bir girişimci olarak her teşebbüs, aldığı kararın pazardaki muhtemel etkilerini de hesaba katacaktır. Çünkü izlemiş olduğu pazar politikasının başarısı, rakiplerinin tepki ve davranışları ile de yakından ilgilidir.³¹³

Teşebbüslerin bireysel kararlarının oluşumunda piyasa yapısının bu etkisini ve doğurduğu sonuçları şu örnek izah etmektedir³¹⁴:

Bir pazarda yalnızca üç tane büyük teşebbüs varsa ve bunlardan birisi fiyat indirimi yoluyla satışını iki katına çıkarıyorsa, bu aynı zamanda rakiplerinin her ikisinin de satışlarının yarı yarıya azaldığı anlamına gelir (örneğin, başlangıçta her üçünün de eşit şekilde $A=2$, $B=2$, $C=2$ birim satış yaptığı varsayılırsa; A satışını iki katına çıkardığında; $A=4$, $B=1$ ve $C=1$ birim olacaktır).

Buna karşın pazarda yüzlerce aynı büyüklükte teşebbüs varsa, bir teşebbüsün fiyat indirimi yoluyla satışlarını iki katına çıkarması, rakiplerinin satışlarına yalnızca doksan dokuzda birlik bir azalma getirir³¹⁵ (örneğin, pazarın eşit güçteki 100 teşebbüs arasında her birine %1 pazar payı düşecek şekilde oluştuğu düşünülürse, $A_1=1$, $A_2=1$, $A_3=1$ $A_{100}=1$ olur. A_1 'in satışları iki katına çıktığında: $A_1=2$, $A_2=0.99$, $A_3=0.99$ $A_{100}=0.99$ olur). Yani rakiplerden birinin fiyat indiriminden satışlarını ikiye katlaması, diğer teşebbüsler için yalnızca yaklaşık %1'lik bir pazar kaybına yol açar. Böylece rakiplerin kaçınılmaz olarak tepki vereceği ve fiyat indirimine gideceği söylenemez.

Görüldüğü gibi, çok sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda, rakiplerden birinin kazancını artırması, diğerleri için önemli bir kayba yol açmamaktadır. Hatta örnekteki şartlar altında, teşebbüslerden birinin pazar payını %100 artırması hâlinde dahi durum böyledir. Dolayısıyla teşebbüslerin sayısı ne denli fazlaysa, bireysel politika değişikliklerinin rakiplere etkisinin yansımaları o oranda azalmaktadır. Öte yandan bu tür piyasalarda her bir teşebbüsün bir diğerinin pazar politikasını izlemesi de güçtür. Çünkü pazarda bir çok teşebbüs vardır. Böyle bir girişim söz konusu olsa

313 van Gerven/Varona, 576.

314 Turner, 665.

315 "Tümünün satışlarına aynı oranda yansıtıldığını varsayarsak"

da, sonuçlanması ister istemez zaman alacaktır. Yani rakiplerden birinin değişen politikasına diğerlerinin tepki vermesi için belirli bir zaman geçmesi gerekecektir. Bu da bireysel davranışta bulunan teşebbüsün, bundan kâr elde edebileceği bir zaman dilimi doğmasına yol açacak; hâliyle rekabetçi davranışları teşvik edici olacaktır.

Az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda ise, teşebbüslerden birinin pazar politikasındaki değişiklik, diğerleri üzerinde önemli bir etki doğurabilmektedir. Çünkü bu yeni politika başarılı olursa, diğer teşebbüsler bundan ciddi şekilde kayba uğrayacaklardır. Bu muhtemel kayıp, rakipleri kaçınılmaz olarak tepki vermeye zorlayacaktır.

Öte yandan rakip sayısındaki azlık, pazar politikalarının karşılıklı gözlemlenmesini kolaylaştıracak ve her bir rakibin bir diğerinin politikasını erken öğrenebilmesini sağlayacaktır. Hâliyle az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda bireysel politika değişikliklerinden etkilenme oranındaki yükseklik, teşebbüslerin kararlarını âdeta birbirine bağımlı kılacaktır.

bb. Oligopolistik bağımlılığın bireysel kararlar üzerindeki etkisi

Yukarıdaki nedenlerle, oligopol piyasalarda teşebbüslerin birbirlerinden tamamen bağımsız kararlar vermesi beklenmemektedir. Hatta oligopole özgü paralellikler bu piyasaların karakteristik özelliği olarak görülür³¹⁶. Zira makul, orta derecede bir teşebbüs, yeni bir pazar politikası uygulamaya karar verirken, rakiplerinin bu politikaya muhtemel tepkilerini hesaplayacaktır. Aksi takdirde başarı ihtimali azalacak ve kazanç beklentisi geri tepecektir. Hatta bazen bu yeni politikaya rakiplerin tepkileri o kadar şiddetli olabilir ki tümü için eskisine göre çok daha kötü pazar şartları ile karşılaşılabilir. Chamberlin'e göre, az sayıda firmanın bulunduğu pazarlarda teşebbüsler için en makul düşünme tarzı, oligopolistik bağımlılığa yol açan iki önemli noktada toplanır:

-kendi hareketine (ya da politikasına) rakiplerinin tepkilerini düşünmek

-bu tepkiler sonucu doğması muhtemel yeni durumda, politikasının başarısı için nasıl davranmak zorunda kalacağı³¹⁷.

316 Chamberlin, 46-48.

317 Chamberlin, 46-47.

Yani A,B ve C'nin bulunduğu bir pazarda, fiyatın tümü için 100 birim olduğunu kabul edersek, A, yeni politikasını; fiyatını 80'e düşürerek kazancını ya da pazar payını bu oranda artırmak şeklinde basitçe formüleştiremez. A aynı zamanda fiyatını 80'e düşürdüğünde, B ve C'nin de fiyatlarını 80'e çekebileceğini ve böylece hareketinden beklediği sonucu elde edememe (yüksek) ihtimalini de düşünecektir. Öte yandan, eğer B ve C de fiyatlarını 80'e düşürürse ya da daha kıyasıya bir rekabete girerek 60'a düşürürse; kendisinin bu nedenle içinde kalacağı zor durumda nasıl hareket etmesi gerektiğini de düşünecektir. Bu bakımdan B ve C'nin fiyatlarını 80'de sabitleyeceği ya da daha da aşağıya çekebileceği seçenekleri üzerinde duracaktır³¹⁸. Kuşkusuz tüm bu değerlendirmeleri yaparken, öncelikle bu eylem ve etki-tepki dizisinin yeni politikasından elde etmeyi düşündüğü kazançla ne derece bağdaştığını da hesaplayacaktır.

Yukarıdaki basit ömekte ilk görüşte A'nın, düşündüğü rekabetçi yeni pazar politikasını uygulamaktan vazgeçeceği söylenebilir. Bu durumda teşebbüslerin fiyat politikalarında bir değişiklik olmayacak; fiyatlar paralel kalacaktır. Keza A'nın fiyatını artırmak istemesi hâlinde de benzer bir paralelliğin görülmesi ihtimali vardır. Yukarıdaki ömekte A'nın fiyatını düşürmek yerine 120'ye çıkarmayı plânladığı varsayılırsa, ilk bakışta A'nın pazar payında bir kayıp olacağı söylenebilir. Ancak A gibi, B ve C de politikalarını belirlerken rakiplerinin muhtemel tepkilerini hesaba katacaklardır. Bu durumda her üç firma da fiyatlarını 120'ye çıkarırlarsa kazançları artacaktır. Her biri, bunun bir diğerinin paralel uygulaması ile başarılı olacağını da bilincindedir. Diğer taraftan B ve C, fiyatlarını sabit tutarlarsa A'nın hızlıca fiyatını eski seviyesine indireceğinin ve eski duruma geri döneleceğinin de farkındadırlar³¹⁹. Tüm bu şartlar bir araya geldiğinde A, B ve C birbirine paralel uygulamalar ile eskisine göre daha yüksek bir fiyata ulaşabileceklerdir³²⁰. Buna benzer paralel fiyat artışlarına, özellikle teşebbüslerden birinin pazarda güçlü konumda olup, diğerlerini peşinden sürükleyebildiği fiyat önderliği durumlarında sıkça rastlanmaktadır³²¹.

318 Benzer örnekler için bak. Hay, *Ethly Case*, 183 vd; van Gerven/ Varona, 577-578; Korah, *Competition*, 44.

319 Bak. van Gerven/Varona, 577-578; bak ve kar.. *Areeda/Kaplow*,253.

320 Bak. van Gerven/Varona, 578; kar. *Areeda/Kaplow*, 253 ve bak. 254.

321 Bu konuda bak. Höfer, 108 vd; Yüksel, 48 vd.; ayrıca bak. aşa. § 9, III, A, 1, b.

b. Oligopole Özgü Paralelliklerin Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler

Görüldüğü gibi, oligopolün, teşebbüslerin davranışlarını paralelleştirici etkisi vardır. Uyumlu eylemlerin de teşebbüslerin davranışlarını paralelleştirici etkisi vardır. Üstelik oligopole özgü paralelliklerin etkileri de uyumlu eylemlerden farklı değildir. Bunların sonucunda da pazarda rekabet sınırlanmış olur. Böylece rekabetten beklenen faydalar sağlanamaz.

Ancak oligopole özgü paralelliklerde, teşebbüslerin rekabetçi olmayan uygulamaları, tamamen fikir düzeyinde gerçekleşen, birbirinden bağımsız akıl yürütmelerin sonucudur. Hâlbuki tüm danışıklı ilişki hâllerinde, teşebbüslerin bir araya geldiği bir tartışma, görüşme ya da uyuşma zemininde alt yapısı atılan, birbirine bağımlı davranışlar vardır.

Oligopole özgü paralelliklerde karşılıklı bağımlılığın nedeni pazar yapısıdır. Bu pazar yapısı, teşebbüsler bir araya gelmese de, paralellik sağlanması için elverişli bir zemin sunmaktadır. Bu elverişli zeminde benzer verilerden hareket eden teşebbüsler; benzer sonuçlara aralarında bir yakınlaşma olmaksızın da ulaşabilmektedir. En azından dar oligopollerde bu yönde ciddi bir ihtimal vardır. Bu yüzden oligopole özgü paralellikler uyumlu eylemler kapsamında görülemeyeceği gibi, başlı başına bir danışıklı ilişki türü olarak da kabul edilemezler.

Gerçekten de doktrindeki hâkim görüşe göre, rekabet hukuku, teşebbüslerin bağımsız kararlarıyla, birbirleriyle danışıklı ilişkilere girmeleri sonucu rekabetin sınırlanmasını caiz görmemektedir. Dolayısıyla az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, özellikle dar oligopol piyasalarda, pazarın bu yapısından kaynaklanan şeffaflık ve etki-tepki bağımlılığı nedeniyle birbirine paralel uygulamaların görülmesi, arzu edilmese de, yasak değildir³²².

322 Fikentscher tarafından yapılan bir ayrıma göre, hem uyumlu eylemlerin hem de oligopole özgü paralelliklerin rekabeti sınırladığı kabul edilmekte; ancak bunlardan ilki ortamdaki dolaylı rekabetin sınırlanması (Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand), ikincisi ise tedbirler yoluyla rekabetin sınırlanması (Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme) başlıkları altında toplanarak, farklı hukukî sonuçlara tâbi tutulmaktadır. Fikentscher, W.: Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Festschrift für Franz Böhm, hrsg. von Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J., Karlsruhe 1965, 261 vd.; Bu yönde bak. Lipps, Nr. 46; Chang, 148; ayrıca oligopole özgü paralelliklerin yasak kapsamında görülmemesi hakkında bak. Bleeckham, M.: Conscious Parallelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Sherman Laws, 24 New York Law School Law Rev., 1979, 895 vd.; Neale/Goyder, 76 vd, 86-90; Zimmer, D.: Kartellrecht und neuere Erkenntnisse der Spieltheorie, ZHR, 154/1990, 470-471.

Nitekim Bleechem'a göre, oligopole özgü paralelliklerde teşebbüslerin arasında Sherman kanunu anlamında bir iş birliğinden söz edilemez. Zira bu tür paralelliklerde teşebbüslerin birbiriyle anlaşmak ve davranışlarını birbirine bağımlı kılmak niyeti yoktur³²³.

Turner ise oligopole özgü paralellikleri farklı bir açıdan rekabet hukukuna aykırı bulmamaktadır. Turner'e göre oligopole özgü paralelliklerde de teşebbüslerin arasında bir anlaşmanın olduğundan söz edilebilir. Gizli iş birliğinin anlaşma unsuru açıkça olduğu kadar örtülü olarak da gerçekleşebileceğine göre, bilinçli olarak gerçekleşen bu tür paralellikler için yukarıdaki kanıya varmak mümkündür. Ancak oligopole özgü paralelliklerde Turner, asıl meseleyi, rekabete ya da Sherman Kanununa aykırı bir anlaşmadan söz edilip edilemeyeceği noktasında odaklaştırmakta ve oligopolün beraberinde getirdiği karşılıklı bağımlılıktan hareketle, oligopole özgü paralellikleri yasak kapsamında görmemektedir³²⁴. Nitekim Kaysen'e göre de oligopol piyasalardaki karşılıklı bağımlılıktan doğan paralel davranışlar hukuka aykırı kabul edilemez³²⁵.

Bununla birlikte Posner'e göre, bu tür paralellikler, oligopolistik pazarın karakteristik bir özelliği değildir ve bunlar tıpkı kartellerde olduğu gibi teşebbüslerin hür iradeleri ile girişmiş oldukları davranışlardır. Bu nedenle bunların gizli ya da örtülü danışıklılığın (tacit collusion) bir türü olarak Sherman Kanununun kapsamına sokulmaları gerekir³²⁶. Posner bu sonuca, oligopollerde tek makul davranış tarzının paralel politikalar izlemek olmadığını, teşebbüslerin rekabetçi politikalar izlemesinin de rasyonel olduğunu ekonomik analizlerle göstererek varmaktadır³²⁷. Ancak aslında bu yolla ihlâlin oluşum tarzıyla değil; sonucu ile ilgilenmiş ve rekabete aykırı bir etki doğduğunda ihlâlin gerçekleştiği kanaatine ulaşmış olmaktadır³²⁸.

323 Bleechem, 895 vd.

324 Turner, 665 vd.

325 Kaysen C./Turner, D.F.: Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge 1959, 113-115.

326 Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws, A Suggested Approach, 21 Stanford Law Rev., 1969, 1562 vd, 1571-1572.

327 Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws, 1571-1572.

328 Chang, 98; Nitekim Posner'in görüşü, yalnızca ekonomik bulgulardan hareket edildiği, hâlbuki ekonomi biliminde bazı kavramların hâlâ tam olarak açıklığa kavuşmadığı; bu nedenle sonuçların spekülasyona açık olduğu ve sorunun çözümünde yarar getirmeyebileceği gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Bak. Akıncı, 156 ve aynı sayfada dn. 663-664.

Nitekim başka yazarlarca da, Sherman Kanunu §1'e göre değerlendirmede, anlaşmanın bir araç olduğu; asıl aranması gerekenin, teşebbüslerin fiil ve hareketleri ile elde edilmesi hedeflenen pazar etkisi yani rekabetin sınırlanması olduğu ileri sürülmektedir³²⁹.

Oligopole özgü paralelliklerin rekabet hukukundaki konumunu ve uyumlu eylemlerle ilişkisini oyun teorisi ışığında inceleyen Witter'e göre bağlantıya ya da haberleşmeye dayanan ve dayanmayan stratejik (yani paralellik bilinci taşınmayanlar hariç) paralel davranışlar arasında uyum yasağı açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu sonuç ekonomi bilimi açısından böyle olduğu gibi, hukukî açıdan da böyledir. Witter'e göre, rekabet kurallarını getirmekle kanun koyucu teşebbüslerin davranışlarını birbirine bağımlı kılarak, fiilî bir birliktelik içinde rekabeti sınırlamalarını yasaklamak istemiştir. Dolayısıyla tüm bilinçli paralel davranışlar (uyumlu eylemler ve oligopole özgü paralellikler) bu kapsama giriyor görülebilir³³⁰.

Oligopole özgü paralellikleri yine oyun teorisi açısından inceleyen Zimmer ise farklı sonuçlara varmaktadır. Zimmer'e göre oyun teorisi, teşebbüslerin aralarında herhangi bir bağlantı ya da uyum olmadan paralel hareketlerde bulunabileceğini doğrulamaktadır. Özellikle iş hayatındaki ilişkilere benzeyen, tekrarlanan oyunlarda elde edilen sonuçlar bu yargıya varmayı gerektirmektedir³³¹.

Rekabet Kurulu da oligopolün teşebbüslerin davranışlarını paralelleştirici etkisini olduğunu kabul etmekte ve oligopole özgü paralellikleri uyumlu eylem olarak nitelendirmemektedir. *"Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler. Bu tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de gözönünde bulundurmak zorundadırlar. Zira, teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerinin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. 'Oligopolistik bağımlılık' olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir. Söz*

329 Phillips/Hall, The Salk Vaccine Case; Parallelism, Conspiracy, and other Hypotheses, 46 Virginia Law Review, 1960, 717 vd., 727 ; Henrichs, 103 vd.

330 Bak. Witter, C.: Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht, Wiesbaden 1999, 55 vd, 57, 131, 231 vd. Yazar, oligopole özgü paralellikleri stratejik paralel davranışlar olarak da adlandırmaktadır, 231.

konusu pazarın homojen bir ürünün alınıp satıldığı bir pazar olması, pazarda haberleşmenin kolay olması ve teşebbüslerin birbirlerine yakın güçte olmaları 'oligopolistik bağımlılığı' ve dolayısıyla paralel davranışları daha da arttırmaktadır. Ancak, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin paralel davranışları aralarında kurmuş oldukları doğrudan veya dolaylı iletişim ile sağlamaları halinde tarafların uyumlu eylem halinde olduklarından söz edilebilir"³³².

B. Eylem ya da Davranış Yönüyle Paralel Davranışlar

Doktrindeki genel kanaate göre uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında bir şekilde sağlanan uyum ve bu uyumu takip eden bir pazar davranışının (Marktverhalten, market conduct) ya da eyleminin varlığı ile ortaya çıkar³³³. Buna göre uyumlu eylemler temelde bir uyum ve uyuma istinat eden eylemlerden ibarettir. Bu görüş hukukî dayanağını öncelikle uyumlu eylemlerin lâfzından almaktadır³³⁴. Gerek "concerted practices" ve "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" gerekse Türk hukuku için uyumlu eylemler ifadesi eylem üzerinde yoğunlaşmakta ve eylemin uyum içinde gerçekleştiğini göstermektedir. Yani uyum, eylemi nitelemekte, eylem karşısında tamlayan konumunda bulunmakta ve eylemin nasıl gerçekleştiği sorusuna yanıt vermektedir.

İkinci olarak, bu görüş çerçevesinde, uyumlu eylemlerde yasaklananın, uyum değil; bilakis davranış ya da eylem olduğu ifade edilebilmektedir. Teşebbüslerin uyumu neticesi doğan eylemleri rekabet hukukuna aykırıdır ve ihlâlin doğumu için uyumun ve eylemin varlığı bu nedenle gereklidir. Şayet, salt paralel davranışlarda olduğu gibi, bir eylem var fakat bu eylemin temelinde uyum ve uyumlaşma yoksa ihlâl doğmuş olmaz³³⁵.

Buna karşın, diğer bir görüşe göre, uyumlu eylemlerin varlığı için teşebbüslerin arasında bir uyumun varlığı yeterlidir. Yani rekabete aykırı durum uyumla doğar. Bu

331 Zimmer, 470 vd; ayrıca bak. Whish, 461.

332 Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, RK kararı, K. Sa.: 00-24/255-138, K. T.: 27.06.2000.

333 Daig, 213, 217; Deringer, Art 85 Anm. 23; Mestmäcker, E-J.: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974, 210; Wessely, 751 vd; Eilmansberger, in: Streinz, Art.81 Rn.17.

334 Daig, 217; Wessely, 756.

335 Gleiss/Hirsch, Art 85(1) Rn.92.

uyumu bir eylem takip edebilir; ancak bu zorunlu değildir ve ihlâlin gerçekleştiğini söyleyebilmek için bir kez uyum tespit edilmişse eylemi beklemeye gerek yoktur³³⁶.

Müller-Graff'ın görüşüne göre³³⁷ ise, uyumlu eylemler, uyum ve uyuma istinat eden eylemlerden oluşmakla birlikte; somut olayın özelliklerine göre, uyumun katılımcılar tarafından uygulamaya geçirilmesi makul olarak beklenebiliyorsa³³⁸, artık uyumlu eylemlerin başlangıcı uyuma kadar çekilebilir ve böylece teşebbüslerin ilişkisine müdahale edilebilir. Bunun dışındaki durumlarda ise, uyumlu eylemlerden söz edebilmek için, uyumun varlığını herhangi bir şekilde teyit eden eylemlerin görülmesi şarttır³³⁹.

Uyum ve eylemin varlığını arayan görüşlere göre, uyumlu eylemler, anlaşma ve kararlara göre teşebbüsler arasında daha zayıf bir uzlaşma olduğunu gösterir³⁴⁰. Bundan dolayı da bu uzlaşma sonucu rekabetin gerçekten sınırlandırmaya uğradığı eylemin gerçekleşmesi ile anlaşılır. Rekabete aykırılık için uyumu yeterli gören görüşlerin temel dayanağı ise, ATA m.81'de açıkça rekabeti sınırlama etkisi taşıyanların yanında, böyle bir amacı olan uyumlu eylemlerin de yasaklanmış olmasıdır. Dolayısıyla bu etki doğmadan önce, yani eylem gerçekleşmeden önce müdahale edilebildiğine göre, uyumun varlığı ihlâl için yeterlidir³⁴¹. Müller-Graff'ın görüşü ise şu şekilde yorumlanabilir: Bu görüş, ilk görüşün; ihlâlin gerçekleşmesinin eyleme bağlı olması anlayışını benimsemektedir. Bununla birlikte, somut olayın özelliklerine göre uygulamaya yansıtacağı anlaşılabilir bir uyumun varlığı hâlinde, teşebbüs ilişkilerine müdahale edilmesi için artık eylem aşamasını beklemeye gerek görmemektedir. Yani bir bakıma uygulamaya geçileceği önceden anlaşılabilir ve beklenebilir olan uyum, anlaşma ve kararla eş değerde bir ihlâl tehlikesi taşımaktadır.

336 Altwater, 4; Koch, Art 85 Rn.28, in: Kommentar zum EWG-Vertrag, Hrsg. Grabitz, E., München 1992; Trimarchi, P.: Die rechtliche Beurteilung abgestimmter Verhaltensweisen auf oligopolistischen Märkten, GRUR/Int. 1970, 317.

337 Müller-Graff, Art 85 Rn.54, in: Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union, hrsg von Hailbronner, K/ Klein, E/Siegfried, M/ Müller-Graff, P-C, Köln 1994

338 Katılımcıların davranışları üzerindeki belirsizliklerin ortadan kaldırıldığı durumlar da yazar tarafından bu noktada ayrıca zikredilmektedir.

339 Müller-Graff, in: Hailbronner/ Klein/Siegfried/ Müller-Graff, Art. 85 Rn.28.

340 Lübbert, 90; Daig, 217; bak. Gleiss/Hirsch, Art 85(1) Rn.92.

341 Bak. Altwater, 4; Koch, in: Grabitz, Art 85 Rn.28.

Kanaatimize göre, uyumlu eylemler, bağlantı ve bu bağlantıya istinat eden paralel davranışlardan oluşurlar. Yani uyumlu eylemlerin varlığı için eylemin varlığını ya da eylem unsurunu zorunlu görüyoruz. Bununla birlikte, uyumlu eylemlerin unsurlarından söz ederken, (yukarıdaki anlamda) bir “uyum” ve bu “uyuma” istinat eden eylemlerden söz etmeyi isabetli bulmuyoruz. Zira uyumlu eylemler için muhakkak uyum (sübjektif unsur) ve eylemden (objektif unsur) söz edilecekse bu, zamansal olarak açıkça ayrı gerçekleşen iki aşama varmış gibi bir anlama gelebilir. Hâlbuki uyumlu eylemlerde böyle birbirinden zamansal olarak ayrılan iki aşamanın varlığını ortaya koymak güçtür. Örneğin, teşebbüsler arasında gerçekleşen bir tavsiyenin daha sonra diğer teşebbüslerce takip edildiğini varsayalım. Burada uyum ve eylem olmak üzere iki ayrı aşama göstermek ve bunlardan birinde yalnızca uyumun, diğerinde de eylemin gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Tavsiyede bulunulması ve diğer tarafça tavsiyenin alınması uyumun olduğu anlamına gelmez. Ancak bu tavsiyeye uyularak önerilere göre yeni ayarlamalar yapıldığında ve bunun kolektif bir nitelik taşıması hâlinde, taraflar arasında uyum vardır denilebilir. Oysa bu noktada zaten rekabeti sınırlayan eylemler yani uygulama gerçekleşmiştir. Bir başka deyişle uyumun doğması ve varlığının anlaşılması eylemlerin gerçekleştiği zamana rastlamaktadır. Bu açıdan uyumlu eylemlerin unsurlarını uyum ve eylem olarak ikiye ayırmak yerine, teşebbüsler arasında gerçekleşen bağlantı ve bunu takip eden pazar davranışları olarak ikiye ayırmak gerekir. Bağlantı uyum demek değildir. Bağlantı eylemlerin paralelleşmesine zemin hazırlayan teşebbüsler arası yakınlaşmayı ifade eder. Uyum ve eylem ise eylemin meydana gelmesi ile ortaya çıkar. Dolayısıyla eylemin rekabete aykırılığı uyumla, uyumun varlığı ise eylemle anlaşılır. Uyum, eylem şeklinde ve eylemlerle kendini gösterir ve eylemler de bu uyumdan dolayı caiz görülmezler.

1. Uyumlu Eylemlerde Geçen Eylem İfadesinin Anlamı

RKK'nın “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlığını taşıyan 4. maddesine bakıldığında ilk fıkrada “... teşebbüsler arası... uyumlu eylemler...” den söz edildiği görülür. Kavram da adını öncelikle 4.maddeden alır. Burada her şeyden önce, teşebbüsler arası eylemler ya da teşebbüslerin eylemlerinden söz edilmektedir. “Uyumlu eylemler” ifadesi kuşkusuz ATA m.81’de geçen “concerted practices” ile aynı anlamı taşımaktadır. İngilizce metinde geçen

“practice” ya da “practices” kelimesi eylemden çok uygulama ya da icra kelimelerine yakındır. Almanca metinde ise eylemi karşılamak üzere “Verhalten” kelimesine yer verildiği görülür ki bu kelime de Türkçe’ye davranış, hareket, tutum olarak aktarılabılır. Eylem, uygulama ve davranış kelimeleri arasında kapsamı en dar olan eylemdir. Zira eylem, diğerlerinin aksine, bireyin olumlu, aktif bir hareketine; bir şeyi yapmasına yönelmiştir³⁴². Oysa davranış, olumlu olduğu kadar olumsuz, yani bir şeyi yapmama hâllerini de kapsar. Kuşkusuz “uygulama” da niteliği itibariyle olumlu olduğu kadar olumsuz tutumları da anlatılabilen bir kelimedir.

Türk hukukunda da eylem kelimesi ile davranış ve uygulama anlamının kastedildiği söylenebilir. Zira eylem ya da fiil, hâlihazırda sorumluluk hukukumuzda olumlu ve olumsuz, bireyin tüm davranışlarını kapsar şekilde kullanılmaktadır³⁴³. Öte yandan RKK’nın ilk maddelerinde (terimsel anlamda kullanılmamakla birlikte) eylem yerine “uygulamalardan” söz edilmektedir. Nitekim RKK m.1’de Kanunun amacı rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları önlemek olarak zikredilmiş; ikinci maddede ise Kanunun rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uygulama ve kararları kapsadığı ifade edilmiştir.

Dolayısıyla pazar politikalarını yansıtan eylem veya davranışların yapma ya da yapmama şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Aktif olarak fiyat artırma ya da fiilen düşük tutulan üretim kapasitesini artırmama ya da paralel ithalâttan kaçınma gibi.

Türk rekabet hukukunda bir yanda uyumlu “eylemler”den söz edilirken, diğer yanda paralel “davranışlar”dan söz edilebilmektedir. Aslında görüldüğü gibi eylemle davranış arasında rekabet hukuku açısından bir fark yoktur. Ancak hukukumuzda bu şekilde ikili bir kullanım vardır. Hâlbuki Alman hukukunda her ikisi için de aynı kelime (Abgestimmtes Verhalten, Parallelverhalten) tercih edilmiştir. Bu çalışmada her iki kullanım da yerleşmiş kabul edilerek, uyumlu davranış ve paralel davranışlardan, ya da uyumlu eylem ve paralel eylemlerden söz edilmemiştir. Bunun yerine “uyumlu eylem” ve “paralel davranışlar” ifadelerine sadık kalınarak, eylem ve davranış arasında bir fark gözetilmeden bu ikisi birbirinin yerine kullanılabilmiştir.

342 Bak. Eren, 468-472.

343 Eren, 468-472; Oğuzman, M.K./Öz, M.T.: Borçlar Hukuku, Genel Hüükümler, 3. bası, İstanbul 2000, 476-477.

2. Pazar Davranışı Olarak Eylem

Uyumlu eylemlerden söz edildiği zaman teşebbüslerin eylem, uygulama ve davranışlarından söz edilmektedir. Teşebbüslerin eylemleri ise oldukça çeşitlilik arz eder.

Teşebbüslerin bazı eylemleri tamamen bir teşebbüsün iç ilişki ve işleyişi ile ilgilidir. Bu tür uygulamalarla rekabetin işleyişi ve rekabet ortamı arasında bir bağlantı kurulamaz. Görev paylaşımı, yönetim kadrosu değişiklikleri, ortaklara kâr payı dağıtılması gibi faaliyetler rekabet açısından nötr, etkisiz faaliyetler olarak ortaya çıkar.

Uyumlu eylemler açısından önemli olan eylemler ise pazara ilişkin eylemlerdir (marktbezogene Handlungen)³⁴⁴; yani pazar davranışlarıdır (Marktverhalten, market conduct). Bunlar teşebbüslerin kendi iç dünyalarından çıkarak, dışa yansıyan eylemlerdir. Eylem unsurunun öncelikle çağrıştırdığı, doğrudan doğruya rekabetin sınırlanması sonucunu veren nihaî pazar davranışlarıdır. Yani bir fiyat artışı ya da arzın reddi gibi eylemler, rekabetin sınırlanması sonucu kendisine doğrudan doğruya bağlanabilecek olan eylemlerdir. Ancak teşebbüslerin pazara yansıyan her uygulaması eylem unsurunu karşılayabilir³⁴⁵. Bu uygulamaların doğrudan rekabet üzerinde etkili olması gerekmez. Önemli olan pazarda meydana gelen ve bir teşebbüse bağlanabilen bir uygulama ya da eylemin bulunup bulunmadığıdır. Nitekim mahkemelerin de bu görüşü benimsedikleri görülmektedir. Bir kararında ATAD kamuya yönelik duyuruları, yani gazete, televizyon vb. bir yolla yapılan ilân ve duyuruları pazar davranışı olarak değerlendirmiştir³⁴⁶. Unutmamak gerekir ki uyumlu eylemlerin rekabete aykırı bulunması için söz konusu eylemlerin rekabeti sınırlaması ya da rekabeti sınırlayıcı bir etki doğurması gerekir. RKK m.4 ve m.81'de sayılan esaslı rekabet sınırlamaları, rekabet üzerinde sınırlayıcı etkisi olan nihaî pazar davranışına örnek verilebilir.

Bununla birlikte eylem anlayışında bu çizgiden ayrılan görüşler de vardır.

344 Gleiss/Hirsch, Art 85(1) Rn. 96.

345 Gleiss/Hirsch, Art 85(1) Rn. 96; bak. ve kar. Wessely, 754-756.

346 A.Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117,125-129/85, ECR 1993, I-1307.

3. Eylemin Geniş Yorumlanması

Polypropylene soruşturmasında, ICI da dahil teşebbüsler, bir uyumlu eylemin varlığı için katılımcılar tarafından pazar üzerinde uygulamaya geçilmiş bir davranışın (overt act)³⁴⁷ gerekli olduğunu ve kavramda geçen “eylem-practise” kelimesinin de bu iddianın haklılığını ortaya koyduğunu ileri sürmüşlerdi. Buna göre, mevcut olayda fiyat listeleri ve hedef fiyatlar, müşterilere bildirilmediği için uyumlu eylem gerçekleşmemiştir.

Bu iddiaya karşı, Komisyon, teşebbüslerin ortak amaçlarını gerçekleştirmek için giriştiği paralel eylemleri (parallel action) öne sürdü ve bunları eylem unsuru için yeterli gördü: Toplantı raporları, kurum içi belgeler, bu amaçla satış ofislerine gönderilmiş talimat ve sirkülerler vardı ve müşterilere yönelik mektuplar bulunmuştu. Sonuçta teşebbüslerin rekabeti sınırladıklarına karar verdi³⁴⁸.

ICI'nın başvurusu üzerine karar önüne gelen İDM, Komisyonunun görüşünü yorumladı. Buna göre, Komisyon, pazar üzerinde bir uygulama bulunmasa dahi, bir diğerine nazaran teşebbüslerin bağımsız hareket etmesini sınırlama amacına sahip birlikte davranışlar (concerted action) bulunduğu, uyumlu eylemin (concerted practise) olduğu kanaatindeydi. Dolayısıyla Komisyonun görüşüne göre, pazar üzerine yansıyan hiçbir davranış bulunmasa da, tarafların birbirleriyle bağlantı kurmak için giriştikleri davranışlar dahi “eylem” için yeterli olabilirdi³⁴⁹.

Böylece İDM'de bir bakıma, pazara yansıyan, yani pazarda uygulamaya geçen bir davranışın, “eylem”i karşıladığı görüşünden hareket etmiş oldu.

Komisyonun adı geçen kararında ortaya konan eylem anlayışının oldukça geniş olduğu görülmektedir. Uyumlu eylemlerin eylem unsuru yalnızca pazara yansıyan davranışlarla sınırlı kalmamakta, teşebbüslerin birbirleriyle ilişkilerine yönelik eylemler de pazar davranışı olarak algılanmaktadır³⁵⁰. Kuşkusuz çoğu

347 Söz konusu kararın (İngilizce olanı ile birlikte) resmî metni olan Almanca metinde; “.....*irgendeinen offenen Akt am Markt*.....” ifadesi geçmektedir. Ancak “overt act”, doktrinde “Ausführungshandlung” olarak ifade edilmiştir. Diekmann, 23.

348 Polypropylene, OJ 1986 L 230/1.

349 Imperial Chemical Industries PLC v. Commission (ICI II), Case T-13/89, ECR 1992-3, II- 1021.

350 Komisyonun uyumlu eylemlere karşı (özellikle PVC ve LdPE kararları ışığında) tutumunu, teşebbüsler arasındaki caiz görülebilir ilişkileri/bağlantıları sınırlayıcı gören bir diğer yaklaşım için bak. Ris, M.: The European Community Rules on Competition: The Concerted Practices Doctrine, Boston College International and Comparative Law Rev. 2/1990, s. 465 vd, 467.

zaman, teşebbüslerin salt birbirleriyle ilişkilerine ya da iç işleyişlerine ilişkin davranışlarıyla pazara yansıyan ya da pazara ilişkin davranışlarını birbirinden ayırmak güçtür. Bununla birlikte, genel bir ifadeyle, pazar davranışı ile pazarın karşılıklı yanlarından (örneğin sadece alıcı ya da sadece satıcı tarafına değil) her ikisine ve/veya pazar ortamına yönelik davranışlar anlaşılabilir.

Ancak Komisyonun kararındaki asıl önemli nokta, teşebbüslerin henüz bağlantı aşamasındaki eylem ve hareketlerini de uyumlu eylemlerin eylem unsuru için yeterli görmesidir. Bu durumda artık genel yaklaşımla uyum ve buna istinat eden bir eylemden söz etmek yerine, uyumu kuran ya da kurmaya yönelik eylemlerin de eylemin varlığı için yeterli olacağı sonucu çıkmaktadır. Bir başka deyişle, buradan çıkan sonuç; teşebbüslerin arasında ister istemez bazı eylem ve davranışlarla sağlanan bağlantıdan uyumun varlığının algılandığı durumlarda, artık ayrıca pazarda uygulanan, bu nedenle de rekabet üzerine gözle görülür olumsuz etkiler bırakan bir eylemin varlığının gerekli olmadığıdır.

Kuşkusuz bu durumda doktrindeki genel anlayışın aksine bir durum doğmaktadır. Bir yandan daha uyumlu eylemlerin hazırlık safhasındaki eylemler aslında uyumdan sonra gelmesi beklenen eylemleri karşılamakta; böylece bir bakıma uyumun varlığı ihlâl için yeterli olmakta, öte yandan genellikle pazar davranışlarından yola çıkılarak varılan uyum yerini, uyumdan yola çıkılarak varılan eylemlere bırakmaktadır. Yani uyumla eylem zamansal olarak yer değiştirmekte uyumdan sonra eylemler doğmamakta; aksine eylemden sonra uyum gerçekleşmiş olmaktadır.

Komisyonun bu anlayışını değerlendirirken bir nokta göz ardı edilirse yanlış sonuçlara varılabilir: İCI kararına esas teşkil eden olay, teşebbüslerin arasında bilgi değişiminin gerçekleştiği bir olaydır. Yani buradaki çıkarımlar aslında bilgi değişimin söz konusu olduğu bir uyumlu eylem durumunun kendi –bilgi değişimine- özel şartları içinde değerlendirilmelidir.

4. Eylem-Bilgi Değişimi İlişkisi ve Uyumlu Eylemlerin Kapsamının Genişlemesi

Baştan beri ATAD'ın uyumlu eylem politikası incelendiğinde ortaya konan ihlâl türlerinin somut olayda hemen her zaman bir eylem ya da uygulamaya

dayandırılmış yani pratiğe dönüşmüş olduğu görülür. Ancak özellikle salt bilgi değişimlerine ilişkin teşebbüs faaliyetlerinin incelenmeye başladığı olaylarla birlikte, bunlara karşı etkin bir koruma sağlama ve bu korumanın hukukî arka plânını oluşturma gayretleri uyumlu eylemler kullanılarak sağlanmaya çalışılmıştır.

Bilgi değişimlerine karşı rekabet otoritelerinin tavrı daha önce incelendi. Ancak burada bilgi değişimine müdahalenin hukukî nedeni ve bunun uyumlu eylemlerle ilişkisine değinmek gerekir. Görüldüğü gibi yukarıda bilgi değişimleri uyumlu eylemin bağlantı unsuru içinde ele alınarak incelenmişti. Ancak ifade etmek gerekir ki bu kanı, rekabet otoritelerinin bilgi değişimi ile uyumlu eylem arasında kurduğu ilişki açıklanmadan eksik ve yetersiz kalmaktadır.

Bilgi değişimleri ilk bakışta doğrudan doğruya rekabeti sınırlayıcı görülen teşebbüs davranışlarından değildir. Yani belirli bir satıcıya arzın reddi, fiyat tespiti ya da coğrafi olarak pazarın paylaşımı gibi değildir ve fakat fiyat tespiti, ortak boykot ya da coğrafi paylaşımına neden olan teşebbüs davranışlarındandır. Yani bilgi değişimleri per se rekabet ihlalleri arasında yer almaz. Ancak bilgi değişimleri bu sonuçlardan herhangi birinin doğumuna neden olabilir. Bilgi değişimi pazara yansımaz; yani alıcıların ve satıcıların içinde ekonomik faaliyetlerde bulunduğu alanda değil, teşebbüslerin kendi aralarında gerçekleşir ve bilgi değişimi sonucu elde edilen bilgilerin kullanılması, pazarda etkisini rekabetin sınırlanması şeklinde gösterebilir.

Komisyon, bilgi değişimlerini nitelendirmedi, ikinci bir yol olarak, bilgi değişiminin bizzat kendisini rekabeti sınırlandıran davranış olarak görmüştür. Nitekim bu dönem kararlarında Komisyon, ihlâlin varlığı için bir fiyat anlaşmasının varlığının ya da pazarın coğrafi paylaşımının gösterilmesine gerek olmadığını, bilgi değişiminin ayrıca bunlara ihtiyaç kalmadan bu sonuç için yeterli olduğunu vurgulamıştır³⁵¹.

Uyumlu eylemler açısından bu yargı, bilgi değişimleri ile birlikte rekabeti sınırlayan eylemin de gerçekleştiği, dolayısıyla bilgi değişimini sağlayan yakınlaşma ya da bağlantı ile hem uyum hem de eylemin sağlandığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Komisyonun, uyumlu eylemi kurmaya yönelik davranışların da eylem unsurunu sağlayacağı görüşüne, genelde uygun ve paralel bir görüş ortaya koyulmuş olmaktadır. Böylece pazarda ayrıca bir etki beklenmeden bağlantı

351 Bak. yuk. § 4, III, B,1.

esnasında ya da bağlantı sonrasında sağlanan bilgi aktarımı; kendisi doğrudan rekabeti sınırlayıcı sonuç olarak kabul edilerek eylem unsurunu karşılamaktadır.

Bununla birlikte bu iki görüşün ortak sonucu olarak Komisyonun, daha hazırlık safhalarında gerçekleşen eylemlerin rekabeti, tıpkı pazarda fiilen uygulanmakta olan bir fiyat ayarlaması gibi, sınırlayabileceğini kabul ettiği ortaya çıkmaktadır.

Bilgi değişiminin gerçekleştiği anda rekabetin de sınırlandırıldığı ve bilgi değişiminin kendisinin rekabeti sınırlayıcı olduğu görüşü, uyumlu eylemlerin (mahkemelerce sürekli ve istikrarlı olarak ifade edilen) serbest rekabet ve ortak pazar hedefi ve bağımsızlık ilkesi ile doğrudan ilişkili norm amacı karşısında, aslında sönük ve ikinci plânda kalmaktadır. Zira aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacağı üzere³⁵² mahkemeler (ATAD ve İDM), uyumlu eylemlerdeki bağımsız karar alamama hâlinin gerçekleşmesine diğer bir teşebbüsten elde edinilen bilgilerin neden olduğu durumlarda, rekabete aykırılığın varlığına, bir eylemin; bir pazar eyleminin gerçekleştiği noktasından değil, kanunun lâfzının getirdiği ve gerektirdiği amaç araştırmasından yola çıkarak varmaktadır. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, Komisyon, -yukarıdaki de dahil- bu gibi davalarda, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı iş birliği ikame etmek amacı taşıdığına da dayanmıştır.

Gerçekten de ATAD ve İDM'nin bilgi değişimi sorununa yaklaşımı eylem boyutundan ziyade rekabetin sınırlandırılması amacı üzerinde yoğunlaşmıştır. Mahkemelerin kanaatine göre bilgi değişiminin varlığının tespit edilmesi hâlinde, bu bilgi değişiminin içeriği rekabeti sınırlayabilecek nitelikte ise, artık teşebbüslerin rekabeti sınırlandırma amacı ile hareket ettikleri kabul edilebilir. Böylece rekabetin sınırlandırılması amacı tespit edildiği için, artık pazar üzerinde fiilî bir etkinin doğmasını yani bir eylemin gerçekleşmesini beklemeye gerek yoktur.

Uyumlu eylemlerin varlığı için mahkemelerin uyum ve uyumu takip eden bir davranış aradığına değinilmişti. Görülüyor ki bilgi değişimlerinin uyumlu eylemler karşısında durumu incelenirken de mahkemeler, eylem unsurundan; pazarda görülmesi gereken bir eylemin varlığından vazgeçmiş kabul edilmemelidir. Ancak sorun bilgi değişimi-uyumlu eylem ilişkisini kurmak olunca, m.81'de açıkça yer alan rekabeti sınırlama amacının gerçekleştiğinden bahisle ihlâlin varlığına hükmedilebilmekte; bilgi değişimlerinde pazar üzerinde henüz bir uygulama

352 Bak. aşa. § 4, V, B, 2, b.

görülme de, amacı rekabeti sınırlandırmak olan bir uyumlu eylemin varlığından söz edilebilmektedir³⁵³.

Bilgi değişimleri sorunu görüldüğü gibi uyumlu eylemler üzerinde hukukî yorumlar yapılmasına neden olmuştur. Avrupa Birliği hukukunda, neticede Amerikan hukukunda olduğu gibi, rekabet hukuk açısından sakıncalı görülen bilgi değişimlerine müdahale edilmekle birlikte, bunun özellikle uyumlu eylemler ile nasıl ve ne şekilde bağdaştırılacağı üzerinde düşünülmüş ve bazı teorik temellere de ulaşılmıştır. Bu çalışmalar uyumlu eylemlerin unsurları, bu unsurlar arasında ilişkiler ve hukuk nitelendirme ve anlayışlarda gelişmeleri beraberinde getirmiştir. Öyle ki bu yeni gelişmeler uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı ve üstlendiği hukukî misyon açısından önemli ve geleceğe yönelik bir takım ilkeler çıkarmaya zemin hazırlamıştır.

5. Uyumlu Eylemlerin Yumuşak Dokusu

Gerek Türk gerekse Avrupa Birliği hukukunda, uyumlu eylemlerin düzenleniş amacının, anlaşmalardan kaçmak isteyen teşebbüslerin başka yollar bularak ya da keşfederek rekabetin korunmasına ilişkin normları dolanmasının önlenmesi olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Avrupa rekabet otoriteleri bir çok kararında bu durumu ve bu olguyu tespit ederek vurgulamıştır ve aynı esas Rekabet Kanunu gerekçesinde Türk kanun koyucusu tarafından da teyit edilmiştir.

Uyumlu eylemlerin bu misyonu bazı yazarlarca asıl yasak normu olarak nitelendirilmesine kadar uzanmıştır³⁵⁴.

Nitekim mahkemelerin de uyumlu eylemleri doğrudan doğruya serbest rekabet ilkesiyle gerekçelendirdiği ve bu geniş bakış açısıyla rekabeti sınırlandıran her (danışıklı) durumu kapsayabilir gördüğü söylenebilir. Mahkemelerce bu durum öteden beri bağımsızlık ilkesi³⁵⁵ adı altında formüleştirmektedir ve teşebbüslerin serbest rekabet ilkesi gereği birbirlerine bağımlı olmadan karar almaları gerekliliği vurgulanmaktadır. Bir başka deyişle, diğerlerinin pazar politikalarına nüfuz etmek ya

353 Bak. aşa. § 4, V, B, 2, b.

354 Bu konuda Alman hukuku temel alınarak yapılan ayrıntılı bir değerlendirme için bak. Bahntje, U.: Ist das Kartellverbot in §25 Abs.1 GWB geregelt?, Hamburg 1990, 1 vd, 79.

355 Bak. yuk. § 4, III, A, 2 ve B.

da kendi politikasını onlara açığa vurmak suretiyle gerçekleşen her yakınlaşma süreci uyumlu eylemler altında toplanabilmekte ve uyumlu eylemler yasağının temel amacını, norm amacını oluşturmaktadır.

Bu durumun ve bu yaklaşımın pratik sonucu (pazarda) rekabetin sınırlandırıldığı görüldüğü her durumda, bu ihlâlin oturtulacağı bir hukukî dayanak ve temel bulunmasıdır. Bu ihtiyacı da danışıklı ilişkilerden uyumlu eylemler karşılamaktadır. Böylece uyumlu eylemler her türlü rekabete aykırılığı kapsayabilecek bir yapı ve bünye içermektedir ki bu durumu uyumlu eylemlerin yumuşak dokusu olarak adlandırmak mümkündür. Bu yapı içinde uyumlu eylemler, bir yandan kanunların şeffaf ve anlaşılır olmasının bir gereği olarak -hukukî nitelik ve unsurları açısından- belirli kalıplara oturtulmalı; bir yandan da bu kalıp ve sınırlar, farklı ve hatta şu an için düşünülmeyen ancak ileride ortaya çıkabilecek yeni ihlâl türlerini yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmadan kapsayabilecek derecede yumuşak tutulmalıdır. Böylece uyumlu eylemlerin olabildiğince yumuşak bir dokusu olmalı ve bu doku sayesinde sürekli yeni durum ve ihlâlleri kabule açık bulunmalıdır.

Hatta uyumlu eylemlerin yumuşak dokusunun sınırlarının serbest rekabet ilkesi tarafından çizildiği söylenebilir. Serbest rekabet ilkesine aykırı olarak girilen her faaliyet bu yumuşak dokudan içeri sokulabilir. Öte yandan uyumlu eylemlerin arz ettiği bu özellik, mahkemelere yeni durumlar karşısında hukukî dayanaklar oluşturmakta ve bulmakta geniş bir yorum yapabilme sahası açmaktadır.

Bu yönüyle uyumlu eylemlerin yeni ihlâl türlerini kapsarken, kavuştuğu yeni hukukî yorumların onun niteliği ve esaslı özellikleri yani unsurları üzerinde yeni görüş açıları getirdiği rahatlıkla gözlemlenebilir.

Bu genişlik ve yumuşak dokulu yapı karşısında, hukukî kavram ve kurumların ona muhatap olan kişiler ya da kesimler tarafından anlaşılması gerekliliği, serbest rekabet ilkesi yanında ikinci bir sınır oluşturabilir. Bu yüzden uyumlu eylemlerin, yeni gelişmelere adapte edilirken ve bu yolla yeni olumsuz gelişmelere çözüm olurken, bir yandan da muhatapları tarafından anlaşılabilir belirli bir hukukî iskeleti koruması gerekmektedir. Bu iskelet hiç kuşkusuz uyumlu eylemlerin unsurlarından oluşmaktadır.

Bilgi değişimi sorununa, bu nedenle, uyumlu eylemlerin unsurlarına ilişkin başlangıçtan beri çizilen bir kısım sınırları fazla zedelemeyecek çözümler bulmak yerinde olacaktır. Bu açıdan, eylem unsurunu hazırlık aşamalarına ve teşebbüslerin

birbirleriyle herhangi bir şekilde bağlantılı faaliyetlerine genişleterek kolayca anlaşılabilir ve belirlenemez bir hâle sokmak, iyi bir çözüm olarak görünmemektedir.

Dolayısıyla uyumlu eylemlerin alanı, rekabeti sınırlamaya yönelik yeni yöntemleri kapsayacak şekilde genişletilirken iki noktaya dikkat edilmesi yerinde olacaktır:

-Bugüne kadar rekabet hukukunun gelişimi göstermektedir ki yeni rekabet kuralları ve uygulamaları karşısında, teşebbüslerce hızlı bir şekilde yeni kaçınma ve dolanma yolları bulunmaktadır. Bu durum gelecekte de muhtemelen yeni ihlâl yollarına karşı rekabet otoritelerini mevcut düzenleme ve kavramlarla mücadele etmek zorunda bırakacaktır. Bu noktada düzenleme amacı gereği uyumlu eylemler çok önemli bir rol üstlenmektedir. Uyumlu eylemlerden bu yeni durumların denetiminde yararlanırken daima objektif kriterler getirilmeli objektif bir çizgi izlenmelidir. Teşebbüslerin iradelerine yönelik, yani sübjektif bir gelişme isteniyorsa ya da gerekiyorsa bu, anlaşmalar kullanılarak yapılmalıdır. Böylece hukukî nitelendirme ve sınıflandırmada istikrar sağlanabilir.

-Uyumlu eylemler yorumlanırken esaslı unsurlarına dokunulmamalı, ancak bu arada eski ve yeni danışıklılık yollarını mümkün olduğunca birlikte karşılayabilir hâle getirilmelidir. Böylece eski anlayışlarla bağdaşmayan ya da eski anlayışlarla kesişmeyen yeni yorumlamalar nedeniyle doğacak belirginlik azalmasından kaçınılmış ve hem yeni hem de eski durumlar ortak bir çatı altında daha rahatlıkla toplanmış olacaktır. Bir başka deyişle, uyumlu eylemlerin unsurları ve niteliği mümkün olduğunca zedelenmeden korunmalıdır. Örneğin, önceden geniş şekilde kabul gören eylem anlayışı üzerinde değişikliklere gitmek yerine bunlara objektif yorumlarla genişlik kazandırılmalıdır.

Bu nedenle bilgi değişimi meselesine gelindiğinde Müller-Graff'tan esinli olarak³⁵⁶ ortaya konulabilecek bir genel ilke olarak "beklenebilirlik ilkesi" üzerinden çözüm aramak yerinde olacaktır. Bu ilkeye göre, *nasıl gerçekleştiği, konusu vb. özellikleri dikkate alındığında, bağlantı sonrasında teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız pazar politikaları üretmeyeceği ve böylece pazar üzerinde paralel politikaların görüleceği aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak derecede beklenebiliyorsa, artık bu politikaların uygulanmasıyla rekabetin gerçekten sınırlandırılması beklenmeksizin ihlâlin varlığına hükmedilebilir.*

356 Bak. Müller-Graff, in: Hailbronner/ Klein/Siegfried/ Müller-Graff, Art. 85 Rn.28.

Dolayısıyla teşebbüslerin arasında bilgi değişiminin gerçekleştiği durumlarda, edinilen bilgilerin rekabeti sınırlayacak eylemlere neden olacağı ciddi şekilde beklenebiliyorsa, artık gerçekten rekabetin sınırlanmasını beklemeye gerek yoktur³⁵⁷.

Hâliyle, uyumlu eylemlerde pazar davranışlarının gerçekleşmesini bazı durumlarda beklemeye gerek kalmamakta, bir nevi uyumlu eylemler içinde istisnaî bir durum doğmaktadır. Eylem unsurunun bu istisnasının dayanaklarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

-ATAD, amaç açısından uyumlu eylemleri genişletirken, kullanılması rekabeti sınırlayacak bir bilginin, bir kez edinildikten sonra teşebbüsler tarafından pazar politikaları şekillendirilirken dikkate alınmamasının düşünülmemeyeceği tezinden hareket etmiştir. Gerçekten de teşebbüsler, rakiplerinin pazar politikalarına ilişkin edindikleri bilgileri (karar verirken) kullanacaklardır. Bilgi değişimi de, hem bir teşebbüsün geleceğe ilişkin politikasını bir diğerine açığa vurarak onun kararlarını etkilemesi, hem de rakibinin politikaları hakkında bilgi edinerek kendi politikasının bundan etkilenmesi sonucunu doğurur ki burada bağlantı tamamlanmış olur. Bu tamamlanmadan sonra teşebbüslerin bağımsızlık ilkesine uygun davranacaklarından söz etmek isabetli olmaz. Bunun yerine teşebbüslerin bilgi değişiminden kaynaklanan paralel davranışlara girişmesi beklenebilir hâle gelir.

Dolayısıyla ATAD'ın gerekçesi aslında beklenebilirlik ilkesini de karşılayabilmektedir. ATAD bu gerekçe ile teşebbüslerin rekabeti sınırlama amacı taşıdığına karar vermektedir. Dolayısıyla denilebilir ki, beklenebilirlik ilkesi, eylem açısından değil, amaç açısından uyumlu eylemlerin kapsamını genişleten bir ilkedir.

-Genel olarak rekabet kurallarına bakıldığında, bunların temel amacının rekabetin korunmasını olduğu görülür. Ülkemiz de dahil bir çok ülkede, rekabet kuralları da buna uygun olarak rekabetin korunması adı altında yasalaşmıştır³⁵⁸. Ancak bazı ülkelerde rekabetin sınırlanmasına karşı yasadan söz edilir³⁵⁹. Gerçekte rekabetin korunmasından söz etmek, rekabetin sınırlanmasından söz etmekten daha isabetlidir. Çünkü rekabet kuralları, ihlâlin gerçekleşmesinden sonra müdahale etmek üzerine değil, ihlâlin oluşumunu engelleyerek rekabetin bozulmamasını

357 Kar. Wessely, 756-757.

358 Bu konuda bak. Braakman/Dutilh, 1 vd.

359 Örneğin, Alman Rekabet Kanunu, "Rekabetin Sınırlanmasına Karşı Kanun" (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)

sağlamak üzerine inşa edilmiş olmalıdır. Yani rekabet kurallarının birinci amacı bir ihlâl ya da rekabet sınırlaması gerçekleştiğinde buna müdahale ederek pazarı eski hâline döndürmeye çalışmak değil, ki aynı zamanda bu hemen hemen imkânsızdır, ihlâlin gerçekleşmesinden önce müdahale ederek rekabet ortamını ve rekabeti korumaktır. Önleyicilik ilkesi denebilecek bu ilke gereğince, ortama müdahaleler daha sonuçlarını doğurmadan önlenerek, rekabetin, korunması ile birlikte gelişmesi ve canlanması da sağlanmış olmaktadır³⁶⁰.

Uyumlu eylemler kaynağını bizzat serbest rekabet ilkesinden aldığı için önleyicilik ilkesi de uyumlu eylemlere ilişkin yorumlamalarda dikkate alınması gereken bir ilkedir. Rekabet açısından hemen her zaman bir bozulma gerçekleşmeden önce bunu engellemek bozulma gerçekleştikten sonra müdahalede bulunmaktan üstün olduğuna göre, uyumlu eylemler açısından da mümkün olduğunca rekabete az zarar verildiği bir anda teşebbüs faaliyetlerine müdahalede bulunmak önem kazanmaktadır. Bu açıdan rekabeti sınırlayacak bir pazar politikasının uygulamaya konulacağına ya da böyle bir sınırlamanın olayların akışına göre meydana geleceğinin görüldüğü ve beklendiği anda müdahale etmek öncelikle önleyicilik ilkesinin bir gereği olmaktadır.

-ATA m.81'de danışıklı ilişkilerin yalnızca rekabeti sınırlama amacı taşıması ya da böyle bir etki doğurmasından söz edilirken, Türk hukukunda bunların yanı sıra "rekabetin sınırlanması etkisi doğurabilecek nitelikte olan" teşebbüs faaliyetleri de yasak kapsamında sayılmıştır. Gerçekten de Türk hukuku açısından bu ifade, beklenebilirlik ilkesinin doğrudan doğruya yasal dayanağını oluşturabilecek niteliktedir. Buna göre rekabetin sınırlanması etkisi doğurabilecek³⁶¹ nitelikteki uyumlu eylemlerle³⁶² daha bu etki doğmadan önce³⁶³, mücadele edilebilecektir.

360 Bak. Altvater, 79 vd; Johannes, H.: Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 85 Abs. 1 des EWG-Vertrags, AWD 1967, s. 411.

361 Böyle bir etki "doğurabilecek" nitelikte olma, bir ihtimalden öte; sınırlama gücüne, kudretine sahip olma şeklinde anlaşılmalıdır. Kar. Topçuoğlu, Rekabet, 134-135; Sanlı, 103; Arı, 131; ayrıca bak. aşa. dn. 337.

362 Nitekim RK. m.4: "...yahut (bu etkiyi) doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası uyumlu eylemler yasaktır."

363 "4. Madde açıkça (.....amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran) dedikten sonra 'veyahut doğurabilecek nitelikte olan' demiştir. Yani bir anlaşmanın ileride rekabeti sınırlayıcı etki doğurabileceği bugünden belli ise bu anlaşma da yasaklanabilecektir." Aslan, Türk hukuku, 103.

V. REKABETİN SINIRLANMASI

A. Rekabet ve Rekabetin Korunması

Danışıklı ilişkilere müdahale edilmesinin nedeni bunların rekabet üzerinde istenmeyen etkiler doğurmalarındandır. Bu etkileri ifade etmek üzere ATA ve Kanunumuzda rekabetin engellenmesi, bozulması ve kısıtlanmasından söz edilmiştir. Bunun gibi hâkim durumun kötüye kullanılması, hatta bazı birleşme ve devralmalar da rekabet açısından istenmeyen durumlardandır. Amerikan rekabet hukukunda ise, Sherman Kanunu § 1'de rekabet yerine ticaretin sınırlandırılmasından söz edilir. Bu ifade ile, tıpkı AB ve Türk hukukunda olduğu gibi, serbest rekabet kurallarına göre işleyen ticaret hayatını korumak hedeflenir³⁶⁴.

Bu açıdan Amerikan, AB ve Türk rekabet hukuku sistemleri sınırlandırılmamış, kısıtlanmamış ve bozulmamış bir rekabetin varlığı için vardır. İlk plânda bu durum rekabetin olumsuz etkileneceği müdahalelerden korunması anlamına gelir. İkinci plânda ise serbest, mücadeleye açık bir piyasa yapısının siyasî anlamda rekabet ortamı olarak benimsendiği anlamına gelir. Serbest rekabet piyasası denen bu ortam, ekonomik ve sosyal refah adına piyasalardan en fazla verimin alındığı bir sistemi ifade eder ve siyasî bir tercihi yansıtır. Nitekim serbest rekabet piyasasının benimsendiği ülkelerin liberal bir (ekonomik) anlayışa sahip olduğu görülmektedir.

Böylece siyasî irade tarafından korunması hedeflenen rekabetin, biri genel olarak ekonomik düzen ve piyasa ortamı, mücadeleye açıklık ve özgürlük, diğeri ise pazar davranışlarının serbestliği ve bağımsızlığı olmak üzere iki anlamı taşıdığı görülmektedir. Bunlardan ikincisi, piyasanın teşebbüsler olarak adlandırılan aktörlerinin birbirleriyle giriştikleri mücadele olarak somutlaşır ki Kanunumuz da rekabeti "*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" olarak tanımlamaktadır. Bu tanım rekabetin genel ve günlük dildeki tanımına oldukça benzerlik arz eder. Nitekim bu anlamda rekabet, aynı hedefe ya da sonuca ulaşmaya çalışan iki ya da daha fazla taraf arasındaki mücadeleyi ifadeyi eder. Yani rekabet, birinin elde etmeye çalıştığı bir şeyi aynı zaman diliminde bir başkasının da elde etmeye çalışmasından doğan bir

364 Bak. Neale/Goyder, 1 vd.; Corley/Reed/Sheed, 684 vd.

yaş ve yarışma ortamıdır³⁶⁵. Serbest rekabet anlayışının temel fikrine göre, bireylerin kendi menfaatleri için diğerleri ile giriştiği rekabet, çalışma ve mücadeleyi artırmakta; daha fazla efor harcanmasını sağlamakta ve yeniliklere neden olmaktadır³⁶⁶. Rekabet sonucu elde edilen gelişme ve yenilikler de toplumun kalkınmasına ve ekonomik olarak ilerlemesine yol açmaktadır. Böylece komşusundan daha fazla mal satmak için yeni satış, pazarlama ya da üretim yöntemleri geliştiren, malları daha ucuza üreten ya da daha temiz ve taze tutan A, böylelikle komşusuna karşı üstünlük elde ederken; topluma da bir şeyler kazandırmış olmaktadır. Sonuçta bireylere ne kadar özgür bir ortam sağlanırsa o kadar kalkınma ve ilerlemenin de yolu açılmış olmaktadır.

Bu özgürlük anlayışı, kendi menfaatine hareket etme, Kanunumuzun gerekçesinde de şöyle ifade edilmektedir: *"Genel olarak piyasa ekonomilerinde rekabet; kâr, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla³⁶⁷ ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşıtlık şeklindeki ilişkiler süreci olarak tanımlanmaktadır. Rekabet firmaları daha verimli olmaya, kaliteli ve düşük bedelle daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten çok önemli bir süreçtir..."*

Ancak bireyleri kendi menfaatlerine göre hareket etme noktasında tamamen serbest bırakmak düşünülemez. Bireylerin özgürlüğünü benimseyen sistemlerde sınırsız bir eylem özgürlüğünün, özgürlük ortamının bizzat kendisi için yıkıcı olduğu anlayışı artık yerleşmiştir. Böylece kanun koyucular bireyler arasında özgürce bir yarış sürerken, yarışanların kendilerinin ya da başkalarının serbestliğini, böylece ortamın serbestliğini kısıtlayan eylemlerde bulunmalarına müsamaha göstermemişlerdir.

Nitekim ATA'da Kanunumuzdaki gibi bir rekabet tanımına yer verilmemekle birlikte, AB Komisyon ve mahkemelerinin bireylerin (pazarda faaliyet gösterenlerin) eylem özgürlüğünü sınırlayan durumları rekabeti sınırlayıcı bulduğu görülmektedir³⁶⁸. Komisyona göre, rekabet ya da yarışım içinde olmanın kendisi,

365 Bak ve kar. Law&Com. Dictionary, 299.

366 Bak. Schmidt, I: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Stuttgart 1999, 2 vd.

367 Yazar tarafından koyulaştırılmıştır.

368 Bu yönde bak. Bright, C.; Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85(1), Fordham Corporate Law Institute 1994, 505 vd.; Brinker, I: Art. 81 Rn.37, in: EU-Kommentar, hrsg von Schwarze J., Baden-Baden 2000; Faull/Nikpay, Nr. 2.73; Emmerich, in: Dausen, § 1 Rn. 93; Bruckner, 49-50; Gassner, 28.

rekabet için en iyi sonuçları üretmektedir. Yine Komisyona göre bu açıdan rekabetin ve dolayısıyla m.81/l'in rolü, ekonomik operatörlerin girişim hakkı ve özgürlüğünü korumak ve girişimcilik ruhunun (spirit of enterprise) gelişmesini teşvik etmektedir³⁶⁹.

ATAD da Komisyonu destekler şekilde³⁷⁰, her bir teşebbüsün pazar politikasını bağımsız bir şekilde belirlemesi gerekliliğinin altını bir çok kararında çizmiştir³⁷¹. Nitekim Windsurfing kararında da patent hakkının, hakkın özgül konusunu aşacak şekilde kullanılması üzerine "rekabet özgürlüğünün" sınırlandırıldığından söz etmiştir³⁷².

Böylece rekabet hukuku, devletin serbest rekabet ilkesi gereğince piyasayı tamamen kendi hâline bırakmaması ve gerektiğinde müdahale etmesinin araçlarından biri olmaktadır. Bu araç asıl itibariyle, rekabet ortamının teşebbüslerin faaliyetleri ile bozulmasını önlemeye yönelmektedir. Yoksa rekabet sadece teşebbüslerin faaliyetlerinden değil, bir bütün olarak devletin ekonomi politikasından, eylemlerinden, hatta tüketicilerin³⁷³ ve yargı organlarının³⁷⁴ tutumlarından dolayı da sınırlanabilir.

B. Amaç ve Etki Açısından Rekabetin Sınırlanması

1.Genel Olarak

ATA m.81/l ve RKK m.4'e göre rekabeti sınırlama amacı taşıyan ya da böyle bir etkiyi doğuran anlaşma, karar ve uyumlu eylemler hukuka aykırıdır³⁷⁵. Böylelikle

369 Bak. Faull/Nikpay, Nr. 2.75.

370 Faull/Nikpay, Nr.2.73; Holley, EEC Competition Practice, A Thirty-Year Retrospective, 16 Fordham International Law Forum 342, 364 vd. 1992/1993; Bruckner, 50.

371 Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73, ECR 1975, 1663.

372 "In so far as Windsurfing International prohibited its licensees from also manufacturing the product in a country where it had no patent protection and so marketing that product without paying a royalty, it limited freedom of competition by means of a clause which had nothing to do with the patent." C-193/83, ECR 1986, 611; Faull/Nikpay, Nr. 2.76; Patent hakkında bak Oder, (Tekinalp/Tekinalp), §41 Nr. 41.

373 Bak. Dumez, H/ Jeunemaître, A.: Avrupa'da Rekabet, Teşebbüsler Açısından Oyunun Kuralları, (çeviren: Yakupoğlu, M.M.), Ankara 1999, s. 47-48.

374 Bak. Kadirli, RK kararı, K. Sa.: 00-25/258-140, K.T: 04.07.2000.

375 Kanunumuzda rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip olmanın yanında, böyle bir etkiyi doğurabilecek olma da açıkça yasak kapsamında görülmüştür (RKK m.4).

teşebbüsler arasındaki bir faaliyetin ihlâl kapsamına girebilmesi için ya rekabeti sınırlandırması ya da böyle bir amacı taşıyor olması gerekmektedir.

Rekabetin sınırlandırıldığına hükmedebilmek için, ATA'nın ve Kanunumuzun metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, hem rekabetin sınırlandırıldığına hem de böyle bir amaçla hareket edildiğinin ortaya konulması gerekmez. Daha 1966'lı yıllarda verdiği kararlardan bu yana ATAD'ın da istikrarlı şekilde amaç ve etki unsurlarını birbirlerine alternatif olarak değerlendirdiği görülmektedir³⁷⁶.

Bu ikisi arasında yasal olarak bir öncelik-sonralık sıralaması da söz konusu olmamakla birlikte, işin niteliği icabı, öncelikle amaç açısından bir incelemeye gidilmekte, bunun sonuçsuz kalması hâlinde ise teşebbüs faaliyetlerinin rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı ele alınmaktadır³⁷⁷. Zira amaç açısından bir ihlâlin belirlenmesi hâlinde artık daha uzun ve zahmetli bir süreci ifade eden ilişkinin rekabet üzerine etkilerinin incelenmesine gerek yoktur.

Hâliyle amaç açısından aykırılığın tespiti hâlinde bunun gerçekten böyle bir etki doğurup doğurmadığı³⁷⁸, etki açısından ihlâlin gerçekleştiğinin tespiti hâlinde ise tarafların böyle bir amaçla hareket edip etmediği hukuka aykırılık açısından önemli değildir.

2. Amaç Açısından Hukuka Aykırılık

a. Genel Olarak

AB rekabet hukukunda amaç unsurunun net bir şekilde tarafların sübjektif niyetlerinden ayrıldığı görülür. IAZ kararında İDM, bir anlaşmanın rekabeti sınırlama

376 “... for the agreement at issue to be caught by the prohibition contained in Article 85(1) it must have as its' object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market. The fact that these are not cumulative but alternative requirements, indicated by the conjunction 'or', leads first to the need to consider the precise purpose of the agreement, in the economic context in which it is to be applied.” *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*, Case 56/65, ECR 1966, 235.

377 *Rodger/Mac Culloch*, 138-139; *Goyder*, 107; *Korah*, Competition, 56.

378 “For the purpose of the application of Article 85(1) there is no need to take account of the concrete effects of an agreement when it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition.” *Consten and Grundig v. Commission*, Cases 56, 58/64, ECR 1966, 299; *Faull/Nikpay*, Nr. 2.65;

amacına sahip olup olmadığının, onun şartlarına, sonuçlandırıldığı ekonomik ve hukukî bağlama ve tarafların tutum ya da davranışlarına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁷⁹. Böylelikle rekabetin sınırlanması amacından söz edildiği zaman, tarafların rekabeti sınırlama amacı ile anlaşmış ya da harekete geçmiş olmaları şart olmamaktadır³⁸⁰. Aynı şekilde objektifleşen amaç unsuru karşısında kötü niyetin varlığı ya da rekabet karşıtı bir zihniyetle hareket edilmiş olması gerekmemektedir³⁸¹.

Aynı yaklaşım RK tarafından da benimsenmektedir. BİAK kararında Kurul aşağıdaki ifadelerle bu konudaki tavrını açıkça ortaya koymaktadır: *“Taraflarca savunma yazılarında ifade edilen ortak hususlardan birisi de kasıt ve suiniyet bulunmadığıdır. Rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kası ile gerçekleştirilmiş olup olmaması, 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamakta, kasıt, ihmal veya kusur gibi, taraf iradelerine ilişkin sübjektif değerlendirmeler, aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır”*³⁸².

Amaç unsurunun tarafların iradelerinden bu derece soyutlanarak, anlaşmanın ya da uyumlu eylemlerin içeriğine ya da içinde gerçekleştiği ekonomik ve hukukî bağlama bağlanması, taraflarından çok bizzat danışıklı ilişkinin konusunu ön plâna çıkarmak anlamına gelmektedir³⁸³. Böylece bir bakıma yasal metinlerde geçen “amaç” kavramı, danışıklı ilişkinin “konusu” anlamına kaymaktadır³⁸⁴. Nitekim uygulamada bir anlaşma ya da uyumlu eylemin konusu, amaç açısından rekabete aykırılığın belirlenmesinde temel rolü oynamaktadır³⁸⁵. Bu açıdan, amaç unsurunun

379 NV IAZ International Belgium and others v. Commission, Cases 96-102, 104, 105, 108, 110/82, ECR 1983, II-3369; ayrıca bak. Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm, Case 56/65, ECR 1966, 235; Brasserie De Haecht v. Wilkin Janssen, Case 23/67, ECR 1967, 407; Delimitis v. Henninger Bräu AG, Case C-234/89, ECR 1991, I-935.

380 Faull/Nikpay, Nr. 2.61; Gleiss/Hirsch, Nr.148; Tekinalp,Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr. 33.

381 Gleiss/Hirsch, Nr. 148.

382 K. Sa.: 99-13/99-40 K.T.: 04.03.1999 RG. Sa. 23744, 03.07.1999.

383 Brinker, in: Schwarze, Art. 81 Rn. 38.

384 Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr.30.

385 Kurulun yakın tarihli BİAK kararındaki amaç ve etki açısından değerlendirmesini de bu anlamda yorumlamak gerekir: *“4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi kapsamına giren anlaşmaları iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup anlaşmalar, rekabeti kısıtlamak amacına yönelik anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalarda taraflar rekabetin kısıtlanmasını istemektedir ve anlaşma bu amacın elde edilmesinde bir araçtır. İkinci grup anlaşmalar ise, rekabetin kısıtlanmasına neden*

pratik anlamı, büyük ölçüde, etkilerine bakılmaksızın bir danışıklı ilişkinin konusu açısından rekabete aykırı kabul edildiği hâllerle sınırlı kalmaktadır. Kural olarak, bu birkaç anlaşma tipi³⁸⁶, yatay ilişkilerde fiyat tespitine, pazar paylaşımına ve arzın kontrolüne ilişkin anlaşmalardır³⁸⁷. Dikey ilişkilerde ise konusu paralel ithalât ya da ihracat yasakları olan veya zorunlu yeniden satış fiyatları dikte eden anlaşmalar, amacı rekabeti sınırlamak olan anlaşmalar olarak kabul edilebilmektedir³⁸⁸.

Bu tip teşebbüs faaliyetleri per se³⁸⁹ ya da doğası gereği³⁹⁰ rekabeti sınırlayıcı kabul edildiği için, ayrıca rekabet üzerine etkilerinin analiz edilmesine gerek yoktur. Tarafların gerçekten rekabeti sınırlama amacı izleyip izlemedikleri ya da amacın

olan anlaşmalardır. Burada amaç rekabetin kısıtlanması dışındaki herhangi bir konudur; ancak piyasa koşulları ve tarafların özellikleri nedeniyle anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkisi vardır ya da anlaşma böyle bir etkiyi doğurabilecek nitelik taşımaktadır. Basın İzleme Araştırması Sözleşmesi, aşağıdaki nedenlerden dolayı ikinci grupta yer alan anlaşmalardandır.” BİAK, RK kararı, K. Sa.:99-13/99-40, K. T.: 04.03.1999.

386 Aynı zamanda kararlar ve uyumlu eylemler

387 Bak. Oppenheim/Weston/McCarthy, 545 vd.; Power, 320; Holmes, W.C.: Antitrust Law Handbook, New York 1993, § 1.04 (1) vd.

388 Ritter, L./Braun, W.D./Rawlinson, F.: EEC Competition Law, A Practitioner's Guide, Deventer/the Netherlands 1991, s. 70; Faul/Nikpay, 2.61-2.63; kar. Rodger/mac Culloch, 139; Bu konuda bak. ACF Chemiefarma NV v. Commission, Case 41/69, ECR 1970, 661; Usines Gustave Bœl Sa v. Commission, Case T-142/89, ECR 1995, II-867; Consten and Grundig v. Commission, Cases 56, 58/64, ECR 1966, 299; Müller International Schallplatten v. Commission, Case 19/77, ECR 1978, 131; SA Binon-Cie v. SA Agence et messageries de la presse, Case 234/83, ECR 1985, I-2015; Keza Komisyon da: *“The policy of treating resale price maintenance and impediments to parallel trade as serious violations of the competition rules would continue. It is proposed that they be treated as per se contrary to Article 85(1), as long as the agreement concerted practice or decision concerned may affect trade between Member States. They are also unlikely to benefit from an exemption under Article 85(3).”* Green Paper on Vertical Restraints, 4 CMLR 1997, 276

389 *“Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, ‘per se’ bir rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmediği olsa dahi yasaktır.”* Ege Çimento, RK kararı, K. Sa.: 99-30/276-166 (a), K.T.: 17.6.1999.

390 *“.....by their very nature.....”* Müller International Schallplatten v. Commission, Case 19/77, ECR 1978, 131

gerçekleşip gerçekleşmediği de önem taşımaz³⁹¹. Zira amaca aykırılık için sadece bu tür bir kayda yer verilmiş olması yeterlidir.

Öte yandan anlaşma ya da uyumlu eylemin asıl ya da tek amacının rekabetin sınırlandırılması olması da gerekmez. IAZ kararında, Belçika'daki bazı ticaret örgütlerine üye, çamaşır makinesi seçici ithalâtçıları ve üreticileri, makinelerin kontrolü ve istenen ölçütleri karşılayan makinelere bir uygunluk etiketi verilmesi ya da yapıştırılması üzerinde anlaşmışlardı. Taraflara göre bu anlaşmanın amacı, içme suyu kalitesini korumak için çamaşır makinelerinin uygunluğunu denetlemekten ibaretti. İDM, hükümleri, içinde gerçekleştiği ekonomik ve hukukî bağlam ve tarafların tutumlarını dikkate alarak, -onlar bununla kamu sağlığının korunmasını ve kontrol masraflarını azaltmayı amaçlasalar dahi- anlaşmanın amacının rekabeti sınırlamak olduğuna karar verdi³⁹².

Kuşkusuz amaç konusundaki bu yaklaşım, rekabet kurallarının uygulanmasını büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır. Zira rekabet otoriteleri teşebbüslerin sübjektif niyetlerini ya da amaçlarını araştırmak zorunda kalmamaktadır. Fakat bu söylenen, sadece ihlâlin varlığına karar verme aşaması için geçerlidir. Yoksa Kurulun para cezasının takdiri açısından kastın varlığı ve kusurun ağırlığını araştırması RKK m.16/IV'ün bir gereğidir.

b. Uyumlu Eylemler ve Amaç Açısından Hukuka Aykırılık

aa. Eylemden önce müdahale açısından

Polypropylene kararında³⁹³ Komisyon, 15 polypropylene üreticisini m.81/1'i ihlâl ettikleri için para cezasına çarptırmıştı. Komisyonun kararına göre, bilgi değişimi içeren bağlantılara girişmek suretiyle, teşebbüsler fiyat ayarlamalarına gitmişlerdi. Kararın iptalini isteyen teşebbüslerden biri de Hüls'dü.

Polypropylene kararına ilişkin idarî süreçte teşebbüsler, Komisyon karşısında, aralarında m.81 anlamında bir anlaşmanın bulunmadığını ve ayrıca olayda uyumlu

391 *Belasco and others v. Commission*, Case 246/86, ECR 1989, 2117, para.15; *Fire Insurance*, OJ 1985 L 35/20; *Ritter/Braun/Rawlinson*, 70.

392 *NV IAZ International Belgium and others v. Commission*, Cases 96-102, 104, 105, 108, 110/82, ECR 1983, II-3369.

eylemlerin varlığına ilişkin bir bulgunun da mevcut olmadığını ileri sürmüşlerdi. Teşebbüslere göre, uyumlu eylemler için, pazar üzerinde uygulamaya geçilmiş eylemlerin (overt act) varlığı gerekiyordu. Hâlbuki mevcut olayda alıcılara bildirilmiş ne bir fiyat listesi ne de hedef fiyatlar vardı. Komisyon, bu iddiayı kabul edilemez buldu. Komisyona göre, uyumlu eylemlerin ispatı için bu tür bir eylemin ortaya konulması gerekli görülse dahi³⁹⁴, somut olayda, teşebbüslerin ortak amaçlarını gerçekleştirmek için atmış olduğu bazı adımlar, bu şartı karşılamaktaydı. Nitekim fiyatın belirlenmesine yönelik ortak girişimler vardı. Komisyona göre her bir üreticinin fiyat belirleme girişimlerini yürütmek ya da uygulamak için paralel eylemlere (parallel action) giriştiği açıktı. Öte yandan üreticilerin ortak amaçlarını gerçekleştirmek için bireysel ve toplu olarak bazı tedbirler aldıklarına ilişkin yeterince belge de mevcuttu: Toplantı raporları, kurum içi belgeler, satış ofislerine gönderilen talimat ve sirkülerler ve alıcılara yönelik mektuplar gibi. Bu yüzden teşebbüslerin fiyat listelerini yayınlayıp yayınlamadıkları önemsizdi. Zaten fiyat sirkülerlerinin varlığı ortak amacın gerçekleştirilmesi için her bir üreticinin eyleme geçtiğinin en iyi deliliydi. Ayrıca bunların içeriği ve zamanlaması danışıklılığın (collusion) varlığını da pekiştiriyordu.

Hüls, Komisyon kararının iptali için İDM'ye yaptığı başvuruda³⁹⁵, ATAD'ın yerleşik içtihadına göre, uyumlu eylemlerin iş birliği (sübjektif unsur), pazar davranışı (objektif unsur) ve bu ikisi arasında nedensellik bağı olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu, bu yüzden Komisyonun rekabetin sınırlanmasına ilişkin bir uyumu, uyumlu eylemin varlığı için per se yeterli kabul edemeyeceğini ileri sürdü. Hüls'e göre, uyumun tespitinin sonra, pazar üzerinde buna uyan eylemlerin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıydı. Eğer böyle eylemler gerçekleşmişse, bunlar için iş birliği dışında başka bir makul nedenin olmadığı ortaya konulduktan sonra, uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilmeliydi.

Komisyon ise savunmalarını öncelikle ATAD'ın Şeker karteli kararında getirdiği yerleşik içtihadına dayandırmıştır. Komisyona göre ATAD'ın içtihadından, uyumlu eylemlerdeki temel meselenin; teşebbüslerin arasındaki bağlantıyı önlemek olduğu anlaşılır ki bu bağlantının amacı ya da etkisi rakip teşebbüslerin pazar davranışlarına nüfuz etmek ya da kendi pazar politikasını bunlara açığa vurmaktır.

393 Polypropylene, OJ 1986 L 230/1.

394 Polypropylene kararında Komisyon, aslında uyumlu eylemler için eylemin varlığını esaslı (kurucu) bir unsur olarak görmediğinden bu ifadeleri kullanmıştır.

395 Hüls AG v. Commission, Case T-9/89, ECR 1992, II-499.

Bu nedenle uyumlu eylemler, rakipler arasında her ne zaman bu yönde bir bağlantı varsa söz konusu olabilecektir.

Bu açıdan Komisyon tarafından, karşılıklı olarak teşebbüslerin bağımsızlığını sınırlama amacına sahip birlikte davranışların (concerted action) olduğu her durumda, pazar üzerinde fiili (gerçekleşmiş) bir davranış bulunmasa da, uyumlu eylemin (concerted practice) olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu ise eylem kavramının Boya kararında öne sürülen pazarda bir davranışın varlığı (conduct on the market) şeklindeki dar yorumuna terstir. Yani Komisyonun bakış açısıyla, eylem ya da practise kavramı, teşebbüslerin bağımsızlığını sınırlama amacına sahip olmak şartıyla, sadece bağlantıya katılım eylemini de karşılayabilir.

Komisyon'a göre, şayet uyumlu eylemlerin uyum ve eylem olmak üzere iki esaslı unsurdan oluştuğu kabul edilirse, ortak pazarda rekabeti sınırlama amacı taşıyan (ancak muhakkak böyle bir etkiye sahip olmayan) tüm eylemler m.81/l'in kapsamı dışında kalacaktır. Bu ise öncelikle m.81'in amacına aykındır. Öte yandan bu sonuç ATAD'ın uyumlu eylemler kavramının yerleştiği Boya, Şeker karteli ve Züchner³⁹⁶ gibi kararlarına da ters düşmektedir. Zira bu kararlarda pazar davranışının ya da eylemin varlığından, uyumlu eylemin kurucu unsuru olarak değil de kendisinden uyumlu eylemin varlığı sonucunun çıkartıldığı fiili bir unsur olarak söz edilmiştir. Aslında tüm bu davalarda aranan, bağımsızlık ilkesinin gereklerinden vazgeçildiğini gösteren teşebbüsler arası bağlantı olmuştur.

Komisyon'a göre m.81/l'in ihlali için teşebbüslerin aralarında tartıştıkları bir eylemi uygulama koymuş olmaları şart değildir. Teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı iş birliği ikame etmek niyeti ile iş birliği gerçekleşmiş olur. İş birliği için bundan sonra bir olayın, pazarda bir davranışın gerçekleşmesi gerekmez.

İDM ise kararı kısmen onarken³⁹⁷, tarafların m.81/l'e ilişkin nitelendirmeleri hususunda Komisyondan yana tavır almıştır. Teşebbüslerin fiyatların belirlenmesi ve arzın kontrolüne yönelik toplantılara katıldıklarını; bu toplantılar esnasında arzu edilen fiyat seviyesi, arz sınırlamaları, alıcıların kimlikleri ve satış miktarları vb. hakkında bilgi değişiminde bulduklarını ifade etmiştir. İDM'ye göre, bu toplantılara katıldıkları sürece rakipler, amacı birbirlerinin pazar politikalarına nüfuz etmek veya

396 ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619; Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73, ECR 1975, 1663; Züchner v. Bayerische Vereinsbank, Case 172/80, ECR 1981, 2021.

397 Bak. Hüls AG v. Commission, Case T-9/89, ECR 1992, II-499.

pazarda benimsemeyi düşündükleri politikaları ya da eylem seyrini birbirlerine ifşa etmek olan, uyumlu eylemlere katılmış olmaktadır. Ayrıca bu yolla sadece rakiplerin gelecekteki tutumlarına ilişkin belirsizliğin önceden ortadan kaldırılması amacı güdülmektedir. Aynı zamanda, bu toplantılar esnasında elde edilen bilgiler dikkate alınmasaydı başarısız olacak olan pazar politikalarının benimsenmesi de söz konusu olmaktadır³⁹⁸.

Bununla birlikte kararda, İDM'nin uyumlu eylemlerin unsurlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirmeye girmediği göze çarpmaktadır.

Olay önüne gelen ATAD ise³⁹⁹, Komisyonun uyumlu eylemlere ilişkin yorumlarına yanıt olacak şekilde açıklamalarda bulunmuştur. Öncelikle Divan m.81/l'de öngörülen uyumlu eylemlerin teşebbüslerin birbirleriyle uyumlaşması, bunu takip eden bir davranış ve bu ikisi arasında nedensellik bağı olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu ifade etmiştir. Bunun yanında, teşebbüslerin birbirleriyle bilgi değişimi içeren bir bağlantıya geçmeleri hâlinde, edindikleri bilgileri pazar davranışlarını belirlerken dikkate alacakları karinesini⁴⁰⁰ getirmiştir. Böylece Komisyonun, eylem unsurunu bağımsız bir unsur olarak görmeyen ve bağlantı için veya bağlantı sırasında gerçekleşen eylemleri uyumlu eylemler için yeterli kabul eden anlayışı, Divan tarafından benimsenmemiştir. Bunun gibi Komisyon'un eylem unsurunu zorunlu bir unsur olarak nitelendirmeyerek, somut olaya ilişkin fiilî bir unsur ya da özellik gören anlayışı da Divan tarafından kabul görmemiştir. Bu

398 İDM'nin Hüls dışında diğer bazı kararlarından da dolaylı bir şekilde amaç açısından uyumlu eylemlere müdahale edilebileceği sonucu çıkmakla birlikte, bu kararlarda karmaşık karteller kapsamında anlaşma ve uyumlu eylemler birlikte bir incelemeye tâbi tutulmak suretiyle genel sonuçlara yer verilmiş ve/veya uyumlu eylemler ve uyumlu eylemlerin eylem unsuru üzerinde özel olarak durulmamıştır. Bunlar için bak. Shell v. Commission, Case T-11/89, ECR 1992, II-757; Rhône-Poulenc v. Commission, Case T-1/89, ECR 1991, II-869. Bak. ve kar. Korah, Competition, 48; British Sugar plc and others, OJ 1999 L 76/1.

399 Hüls AG v. Commission, Case C-199/92P, ECR 1999, I-4287.

400 Divan "presumption" (Almanca metinde; Vermutung) diyor ki, bu sözcüğün varsayım yerine karine olarak çevrilmesi daha uygundur. Bak. Ovacık, Presumption maddesi, 252. Nitekim masumluk karinesi, İngilizce'de "presumption of innocence" (Almanca'da Unschuldsvermutung) olarak ifade edilir. Usul hukuku açısından varsayım ile karine birbirinden farklı, ancak kullanımında birbiriyle karışabilen kavramlardır. Doktrinde etkisi bakımından varsayım ile kesin karineler arasında fark görülmeyebilmektedir. Bak. Umar/Yılmaz, 169 ve orada anılan yazarlar. Hâlbuki Divan, Hüls kararında da ifade ettiği gibi, teşebbüslere bu karinenin aksini ispat imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla Divanın buradaki anlayışını, caiz görülmeyen bilgi değişimlerinin uyumlu eylemlere neden olacağına dair (ilk görünüş ispatı sağlayan) fiilî bir karine kabul ediyor şeklinde yorumlamak gerekir. Bu konuda bak. aşa. § 9, II ve III, B, 1, b.

nedenle Divan'a göre de pazara yansıyan ya da pazarda gerçekleşen eylemlerin olması, uyumlu eylemlerin esaslı ya da kurucu unsurlarından olmaktadır.

Bununla birlikte Divan'a göre, Hüls olayında olduğu gibi, uzun bir periyot boyunca düzenli bir şekilde gerçekleşen bilgi değişimi konulu bağlantılarla teşebbüslerin uyumlaşması hâlinde, artık bunun pazara yansıyacağını yani pazarda ortak eylemlere neden olacağını kabul etmek gerekir. Bu anlayış beklenebilirlik ilkesi ile çatışmamaktadır. Bağlantının akabinde paralel pazar davranışlarının görülmesi, aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak derecede beklenebiliyorsa, paralellik pazarda fiilen gerçekleşmeden önce, rekabetin korunması amacıyla teşebbüslerin ilişkilerine müdahale edilebilecektir.

Temelinde bilgi değişimi bulunan bu gibi durumlara müdahale etmek için Komisyon, uyumlu eylemlerin unsurları üzerinde farklı yorumlara girerken, Divan'ın amaç unsuru üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Nitekim Hüls olayında, Divan, Antlaşma hükümlerinin, rekabete aykırı amacı olan anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri, etkilerine bakılmaksızın yasakladığını açıkça yinelemiş; bu nedenle uyumlu eylemlerin de "pazar üzerinde anti-rekabetçi bir etkinin yokluğu"⁴⁰¹ hâlinde dahi yasaklanabileceğini vurgulamıştır. Pazar üzerinde anti-rekabetçi ya da rekabete aykırı bir etkinin yokluğu ile Divan'ın ne kastettiğini ise yine kendi ifadelerinde bulmak mümkündür: Uyumlu eylemlerin unsurlarından; teşebbüslerin katılımı ile pazar üzerinde gerçekleşen eylem ya da davranışın (conduct) varlığı için, bu davranış ya da eylemin rekabeti sınırlayıcı, bozucu, engelleyici "özellikli (spesifik)"⁴⁰² bir etki üretmesi ya da üretiyor olması gerekmemektedir. Bu açıdan eylem (paralel davranış) unsurunun gerçekleşmiş kabul edilmesi, *eylemin varlığı ile ve ona özel gerçekleşen*, rekabete aykırı bir etkinin olmasına bağlanmamıştır⁴⁰³. Nitekim Divan, eylemin, uyumlu eylemlerin esaslı unsurları arasında görülmesinin, rekabete aykırı bir etkinin varlığını zorunlu olarak gerektirmediğini açıkça ifade etmiştir⁴⁰⁴.

401 "....in the absence of anti-competitive effects on the market...".

402 "Spesifik: Fransızca spécifique (özgü, kendine has; özel, hususî). Teklif ettiğimiz karşılıklar: Çok özel, özellikli. Örnek: Eski para koleksiyonculuğu ve alım satımı çok özel (özellikli) bir konu." TDK., Yabancı Kelimelere Karşılıklar, 66.

403 Kar. Wessely, 754-756.

404 "....., contrary Hüls's argument, a concerted practise as defined above is caught by Article 81/I EC, even in the absence of the anti-competitive effects on the market." Hüls AG v. Commission, Case C-192/92P, ECR 1999, I-4287.

Dolayısıyla bilgi değişimleri gibi, eylemden çok bağlantının ön plâna çıktığı durumlarda, bağlantının içeriği, yoğunluğu vb. gibi özellikleri dikkate alındığında, bunu takiben rekabete aykırı paralel davranışların gerçekleşmesi beklenebiliyorsa; rekabeti sınırlayıcı amaç taşıdıkları gerekçesiyle teşebbüs ilişkilerine müdahale edilebilecektir. Böylece Divan'ın, özellikle bilgi değişimlerini, uyumlu eylemlerin yumuşak dokusu içine amaç açısından aykırılık unsuru ile sokarak, yerleşik içtihatlarında uyumlu eylemlerin unsurlarına ilişkin getirdiğı yorumları koruduğı görülmektedir. Bu çözüm tarzı, hiç şüphesiz, teorik ve pratik açıdan Komisyonun eylem yaklaşımına göre daha isabetlidir. Her şeyden önce, amaç unsurunun uyumlu eylemlerin bu yeni yorum tarzı açısından da objektifliği korunabilmektedir. Teşebbüslerin pazar eylemini beklenebilir kılan bir bağlantı içinde olmaları, sübjektif açıdan rekabeti sınırlama niyeti taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, amaç açısından rekabete aykırılık için yeterli olmaktadır.

İDM'nin de, ATAD'ın Hüls kararı ile hemen hemen aynı zamana rastlayan Thyssen Çelik kararında, bilgi değişiminin varlığı hâlinde, pazardaki rekabete özellikli etkisinin gösterilmesine gerek olmadan uyumlu eylemlerden söz edilebileceğine karar verdiği görülmektedir⁴⁰⁵.

Komisyonun da nispeten yeni kararlarında⁴⁰⁶ eylem unsuru yerine, amaç açısından gerekçelendirmeye gittiğı görülmektedir. Nitekim British Sugar kararında Komisyon, m.81/I'in lâfzına ve mahkeme kararlarına atıf yaparak, pazar üzerinde fiilî etkileri görülmeyen uyumlu eylemlere de, rekabeti sınırlayıcı amaç taşıdıklarından dolayı, m.81/I kapsamında müdahale edilebileceğinden söz etmiştir⁴⁰⁷.

405 "it is not necessary, therefore to demonstrate that such exchanges of information led to a specific result or were put into effect on the market in question." Thyssen Stahl AG v. Commission, Case T-141/94, ECR 1999, II-347.

406 Aslında Komisyonun, polypropylene kararında ve eylem unsuru açısından gerekçeler ileri sürdüğü polypropylene kararına ilişkin davalarda da, teşebbüslerin faaliyetlerinin rekabeti sınırlama amacı taşıdığı anlayışına yakın olduğu görülmektedir. Örneğin; "The price instructions themselves provide not only the best available evidence of the action taken by each producer to implement the common object but also by their content and timing reinforce the evidence of collusion." Nitekim İDM tarafından da Komisyonun yaklaşımı benzer şekilde yorumlanmıştır: "In its (Commission's) view, the word can cover the mere act of participating in contacts, provided that they have as their purpose the restriction of the undertakings' autonomy." Hüls AG v. Commission, Case T-9/89, ECR 1992, II-499. Aynı yönde bak. Imperial Chemical Industries PLC v. Commission (ICI II), Case T-13/89, ECR 1992-3, II- 1021.

407 British Sugar plc and others, OJ L 76/1, 1999. Komisyon bu kararında İDM'nin Rhône-Poulenc kararına atıfta bulunmaktadır.

bb. Eylemden sonra müdahale açısından

Kanaatimize göre, bağlantıya istinat eden paralel davranışların varlığına rağmen rekabetin fiilen sınırlanmadığı durumlarda da, teşebbüslerin rekabeti sınırlama amacı ile hareket ettiğinden söz edilebilir. Zira paralel davranış unsuru ile rekabetin sınırlanması unsuru, birbirinden farklı unsurlardır. Esasen bu çalışmada uyumlu eylemlerin bir unsuru olan rekabetin sınırlanması ile, amacı ya da etkisi rekabetin sınırlanması olan ya da bu etkiyi doğurabilecek olan faaliyetler kast edilmektedir⁴⁰⁸. Şu hâlde, bağlantıya istinat eden paralel davranışların görülmesine rağmen, rekabetin fiilen sınırlanmadığı durumlar da, amacı rekabetin sınırlanması olan uyumlu eylemlerin varlığından bahisle, yasak kapsamına girecektir.

Bu gibi durumlarda uyumlu eylemlere teşebbüsün (attempt) yaptırma uğratıldığından söz edilemez. Zira uyumlu eylemlerin tüm unsurları zaten gerçekleşmiş olmaktadır.

Öte yandan danışıklı ilişkilere teşebbüs durumlarını açık bir yasal dayanağı olmadan m.81 kapsamına sokmak, yasak hükmünün kapsamını genişletmek olacaktır. Bu ise en başta hukukî güvenlik ve kanunların şeffaflığı açısından kabul edilemez. Gerçekten de, sınırlarını belirlemek hemen hemen imkânsız olan "danışıklı ilişkilere teşebbüs" anlayışını rekabet kurallarının kapsamına sokma düşüncesi karşısında, endişeye kapılmamak güçtür⁴⁰⁹.

408 Bak. yuk. § 4, I.

409 Bu konuda lehte ve aleyhte görüşler için bak. Antunes, 70-71; Tetkik hâkimi olarak Mayras'ın görüşleri için; ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619; tetkik hâkimi olarak Vesterdorf'un görüşleri için; Rhône-Poulenc v. Commission, Case T-1/89, ECR 1991, II-867; BASF v. Commission, Case T-4/89, ECR 1991, II-1523; Enichem Anic v. Commission, Case T-6/89, ECR 1991, II-1623; Chemie Linz v. Commission, Case T-15/89, ECR 1992, II-1275. [Bu çalışmada tetkik hâkimi ifadesi Advocate General, Generalanwalt anlamına kullanılmaktadır ki AB usul hukukundaki bu müesseseyi en iyi karşılayan ifade budur. Bak. Protocol on the Statute of the Court of Justice, Art 1 vd, Art. 49, OJ 2001 C 80, ayrıca, OJ 2003 L 188/1, OJ 2004 L 132/1; "A member of the European Court of Justice whose function is to assist the court by presenting opinions upon every case brought before it." Oxford Dictionary of Law, 17. Bu nedenle savcı olarak çevrilmesi (bak. Ulusoy, E.: Rechtswörterbuch, Hukuk Sözlüğü, İstanbul 1990, s. 429) pek isabetli olmamaktadır. "Die Generalanwälte unterstützen den Gerichtshof bei der Erfüllung seiner Aufgaben. Sie stellen in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit öffentlich Schlussanträge zu allen Rechtssachen, soweit der Gerichtshof nicht in einer Rechtssache, die keine neuen Rechtsfragen aufwirft, etwas anderes entscheidet. Ihre Aufgabe darf nicht mit der eines Staatsanwalts oder einer vergleichbaren Institution verwechselt werden." www.curia.eu.int/de/instit/, 23.11.2004].

Bir başka sorun ise, paralel davranışların (kısmen ya da yeni yeni) görülmeye başlandığı, ancak henüz rekabeti sınırlayıcı etkinin doğmadığı durumlardır. Örneğin, birbirleriyle tavsiyeleşen⁴¹⁰ on teşebbüsten (undertaking), yalnızca üç ya da dördünün tavsiye doğrultusunda pazar politikalarını paralelleştirdiğinin tespit edildiği noktada, uyumlu eylemlerin gerçekleştiğinden söz edilebilecek midir? Bu sorunun çözümünü, doğrudan doğruya, uyumlu eylemlerin ne zaman başladığında aramak gerekir. Kanaatimize göre, uyumlu eylemlerin başlangıcı, rekabeti sınırlayabilecek derecede paralel davranışın gerçekleştiği andır. Bir başka deyişle, bağlantı içindeki teşebbüslerin bir kısmının, rekabeti sınırlayabilecek derecede⁴¹¹ pazar politikalarının paralelleştiği an, uyumlu eylemler başlamış olmaktadır. Dolayısıyla bunun için tüm teşebbüslerin paralel davranışlarda bulunması gerekmediği gibi, rekabeti sınırlayabilecek derecede katılımın gerçekleşmediği durumlarda da uyumlu eylemlerden söz edilemez ve bunlara rekabeti sınırlama amaçlı uyumlu eylemlerin varlığından dolayı müdahale edilemez. Bu başlangıç noktasından önce bir ya da birkaç teşebbüsün (undertaking) paralel davranışlarda bulunması, ancak uyumlu eylemlere (ve genelde danışıklı ilişkilere) teşebbüsün (attempt) yaptırımı uğratılabilir görülmesi hâlinde mümkün olur ki, yukarıda açıklandığı gibi, rekabet hukukuna "(danışıklı ilişkilere) teşebbüs" kavramını sokmak isabetli olmayacaktır.

3. Etki Açısından Hukuka Aykırılık

Amaç açısından rekabeti sınırlayıcı görülmeyen teşebbüsler arası ilişki ve faaliyetlerin etkisi pazar üzerindeki rekabetin sınırlanması ise, artık bu ilişki ve faaliyetlerin, etkisi açısından rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ya da uyumlu eylemler olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği gündeme gelecektir⁴¹².

410 Hatırlatmak gerekir ki, uyumlu eylemlerin varlığı için tek başına bağlantının varlığı yeterli değildir. Bak. yuk. § 4, III. Paralel davranışların da görülmesi gerekir. Kuşkusuz beklenebilirlik ilkesi gereğince eylemden önce müdahale edilebilecek durumlar buna istisna teşkil eder. Bak. yuk. § 4, IV, B, 3 vd, ayrıca § 4, V, B, 2, b, aa.

411 Buradaki "sınırlayabilecek derecede olma", bir ihtimalden öte; sınırlama gücüne, kudretine sahip olma şeklinde anlaşılmalıdır. Böylece rekabeti sınırlayıcı etki doğurabilecek nitelikteki teşebbüs faaliyetlerinin yasak kapsamında olması ile de uygunluk sağlanmış olacaktır. Bak. yuk. § 4, IV, B, 5.

412 Etki konusunda bak. Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr. 33; Aslan, Türk hukuku, 102 vd.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, uyumlu eylemlerde rekabetin sınırlanması teşebbüslerin paralel davranışlarının bir sonucudur. Paralel davranışların doğrudan olduğu kadar dolaylı olarak da rekabeti sınırlaması mümkündür. Bununla birlikte uyumlu eylemlerin eylem unsuru, genellikle pazar üzerinde doğrudan rekabeti sınırlayıcı etkisi olan eylemler şeklinde gerçekleşir. Bir başka deyişle, paralel davranışların görülmesiyle rekabet, (çoğu zaman) dolaylı olarak değil, doğrudan doğruya⁴¹³ sınırlanacaktır⁴¹⁴.

413 Gerek Türk gerekse AB rekabet hukuku açısından sadece doğrudan doğruya rekabeti sınırlayan değil, dolaylı olarak rekabeti sınırlayan ilişkiler de yasak kapsamındadır. Nitekim RKK m.4'te açıkça "....doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti (sınırlayan)..." anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerden söz edilmiştir. Bu konuda bak. Arı, 126-127; Sanlı, 91.

414 Bu konuda bak. § 4, IV, B.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI İLİŞKİLER VE MADDİ REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

§ 5.UYUMLU EYLEMLERİN ANLAŞMA VE KARARLARLA İLİŞKİSİ

I. GENEL OLARAK

Uyumlu eylemler, ATA m.81 ve RKK. m. 4'te anlaşma ve birlik kararları ile birlikte düzenlenmiştir. Bu hükümlerle öncelikle teşebbüslerin anlaşarak ya da kararlar alarak rekabeti sınırlamaları engellenmek istenmiştir. Uyumlu eylemler ise teşebbüslerin rekabet hükümlerini dolanma niteliği taşıyan tüm uygulama ve eylemlerini önlemeye yönelmiştir. Böylece uyumlu eylemlerin uygulanma alanı anlaşma ve birlik kararları dışında kalan tüm rekabete aykırı durumları kapsayacak derecede genişlemiş olmaktadır.

Diğer taraftan da bir anlaşma ya da karara dayanan rekabet sınırlamaları uyumlu eylemler olarak değerlendirilmeyecektir. Bu durumda, uyumlu eylemler söz konusu olunca, teşebbüslerin arasında pratik (uygulamaya dönük) bir iş birliğinin olduğu söylenebilir. Yani uyumlu eylemlerde ortak tutum ya da davranış bir anlaşma ya da karara dayanmadan uygulamaya geçirilmiş olmaktadır¹.

Böylece uyumlu eylemlerin uygulanma alanı için iki sınır çizilebilir. Bunlardan birisi uyumlu eylemleri diğer rekabet sınırlamalarından ayırırken, öteki rekabete aykırı olmayan davranışlardan; özellikle de salt paralel davranışlardan ayırmaktadır. Bu açıdan uyumlu eylemler hukukun caiz gördüğü paralel davranışlarla, yasakladığı anlaşma ve kararlar arasında yer alır ve bu iki uç arasındaki tüm rekabet sınırlamaları uyumlu eylemlerin kapsamını oluşturur².

1 İkizler, 267.

2 "The concept of concerted practices, however, is more fluid; it is unquestionably the widest, and the vaguest, of the three expressions, intended to cover any kind of co-operative activity between undertakings which falls short of an actual agreement." Goyder, 94.

II. ANLAŞMALAR

A. Anlaşmalarla Uyumlu Eylemlerin İlişkisi

Boya ve Şeker karteli kararlarında uyumlu eylemler tanımlanırken, bunların "bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen" iş birliği durumları olduğu ifade edilmiştir³. Böylece Divan her iki kararında da uyumlu eylemlerle anlaşmaları ayırmış ve uyumlu eylemleri anlaşma aşamasına varmayan bir eş güdümlü şekli olarak görmüştür.

Bununla birlikte "bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeme" ifadesi çeşitli şekillerde yorumlanabilir. Öncelikle, uyumlu eylemlerin anlaşmalara nazaran daha basit ya da gevşek bir danışıklılık şekli (türü) olduğu anlamına gelebilir. Böylece anlaşmalarda taraflar arasında daha sıkı bir irade uyuşması aranırken uyumlu eylemler buna göre daha gevşek uyuşmalar olarak görülebilir.

İkinci olarak, uyumlu eylemlerin anlaşmalar kadar ciddi bir bağlayıcılık taşımadığı anlamına da gelebilir. Zira anlaşmalara göre daha gevşek bir uyuşma şekli olunca, tarafların birbirine bağlılığı da bu oranda zayıf olacaktır. Dolayısıyla buradan uyumlu eylemlerin anlaşmalara göre daha az tehlikeli bir danışıklılık şekli olduğu sonucuna da varılabilecektir.

Bir başka açıdan uyumlu eylemlerin zamansal olarak anlaşmalardan daha önce meydana geldiği ileri sürülebilir. Yani taraflar arasında bağlantı ile sağlanan yakınlaşma daha sıkı bir hâl aldığı anda anlaşmalara sebebiyet verebilecektir. Böylece anlaşmalar, uyumlu eylemlere göre daha sonraki bir aşamada meydana geliyor olmaktadır.

Öte yandan bu ifade, "bir anlaşmaya dayanmama"⁴ ya da "uyumun temelinde bir anlaşmanın olmaması"⁵ şeklinde de anlaşılabilir. Bu takdirde bir anlaşmanın varlığının kabul edilemeyeceği durumlarda uyumlu eylemler söz konusu olur⁶ ya da

3 "....., without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, .." ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619. Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73, ECR 1975, 1663.

4 Aslan, Türk hukuku, 82.

5 İkizler, 246.

6 Aslan, Türk hukuku, 82.

(uyumlu eylemlerin esaslı unsurlarından olan) iş birliğine dair teşebbüsler arasında sözlü ya da yazılı bir anlaşmanın olmaması kastedilir⁷.

Gerçekten de yukarıdaki görüşlerin kısmen ya da tamamen doktrinde de taraftar bulduğu görülmektedir. Aşağıda yeri geldiğinde bu görüşler ele alınarak incelenmiştir. Burada şunu ifade etmek gerekir ki, bu görüşlerin tek dayanağı olarak Boya ve Şeker karteli kararlarının görülmesi yanlış olur. Bununla birlikte burada Divanın Boya ve Şeker Karteli kararları açısından anlaşma-uyumlu eylem ilişkisine değinmekte yarar vardır. Böylece en azından Divan açısından kararlarda geçen ifadelerin ne anlama geldiği hususunda bir ipucu yakalanabilir.

ATAD'ın yukarıdaki her iki kararında da uyumlu eylemlerin anlaşmalardan ayrıldığı ve anlaşma aşamasına ulaşmayan bir eş güdüm şekli olduğu vurgulanmaktadır. ATAD'ın Boya kararı ile Şeker karteli kararı zamansal açıdan birbirine yakın kararlardır. Her iki karar da ATA'nın kabulüne yakın tarihlere rastlar ve Avrupa Birliği rekabet hukuku içtihadının yeni geliştiği dönemde verilmiştir. Nitekim Şeker karteli kararı 1975, bu karara da temel teşkil eden Boya maddesi kararı ise 1972 tarihlidir.

Boya kararı, Alman Rekabet Kanununun⁸ açıkça bir uyumlu eylem yasağı içermediği ve Kanunda yalnızca sözleşmelerin ve kararların yer aldığı⁹; BGH'nin ortaya koymuş olduğu içtihatların rekabet hukuku ile ilgili önemli tartışmalara neden olduğu bir döneme rastlar¹⁰. Bu dönemde BGH, genel bir ifadeyle, rekabet kurallarının uygulanması için hukuken geçerli sözleşmeler arıyordu. Teşebbüsler arasındaki bu nitelikte olmayan danışıklı ilişkileri rekabet kanununun (özellikle GWB §1'in) kapsamında görmüyordu. Alman hukukunda, uyumlu eylemlerin ortaya çıkış sürecini de başlatan Anilin boya maddesi kararı (Teerfarben-Fall)¹¹ da Anilin Boya üreticilerinin, Alman millî pazarındaki fiyat önderinin artışlarını takip etmeleri ile ilgili idi. Nitekim 1970 yılında BGH, anilin boya maddesi üreticilerinin rekabeti sınırlayıcı

7 İkizler, 246.

8 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

9 Alman Kanun koyucusu GWB'de 1973 yılında yaptığı değişiklikle açıkça uyumlu eylemleri yasaklamıştır. Bu değişiklikle GWB § 25'de uyumlu eylemler düzenlenmiştir. Kabul tarihi 27.7.1957 olan GWB, bu tarihten sonra 7 ciddi değişiklik geçirmiştir. Bu değişiklikler neticesinde, uyumlu eylemler (6. Novelle ile) hâlihazırda GWB §1'de düzenlenmiş bulunmaktadır.

10 Bak. Emmerich, Fälle, 61 vd.; Ruge, D.: Zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise im Kartellrecht, BB. 27/1970, s.1148 vd.; Möhring, 777.

11 BGH, 17.12.1970, WuW/E BGH 1147.

uygulamalarını sözleşme (Vertrag) olarak değerlendirmedeği için GWB §1'in kapsamında görmedi.

1972 yılında ATAD, aynı sorunu incelediği Boya kararında bir bakıma Alman hukukuna da yanıt verir şekilde¹² uyumlu eylemlerin anlaşmalarla olan ilişkisini değerlendirmiş, uyumlu eylemlerle anlaşmaları birbirinden ayırmış ve uyumlu eylemler sayesinde, anlaşma olarak nitelendirilemeyen iş birliği şekillerinin takip edilebileceğine karar vermiştir. Bu kararların o dönem Alman rekabet hukuku uygulamalarına bir yanıt olarak algılandığı Almanca metinlerde daha açıkça görülmektedir. Nitekim Alman literatüründe bu kararlarda geçen ifadeler gündeme geldiğinde "anlaşma aşamasına ulaşmamış olma" yerine "sözleşmenin kurulması (in'ikadı) aşamasına ulaşmamış olma"¹³ söz edilmektedir¹⁴.

Bu ifadelerle ATA'nın rekabet kurallarının, milli hukukların aradığı geçerlilik şartlarını taşımayan danişıklı ilişkilere de uygulanacağı vurgulanmak istenmiştir. Böylece medenî hukuktaki geçerlilik şartlarına sahip bulunmayan taraflar arası anlaşma ve uyuşmalar da şüpheye yer bırakmayacak şekilde m.81 (eski m.85) kapsamına dahil edilmiş olmaktadır.

Bu nedenlerle isabetli olarak ifade edilebilir ki, Boya ve Şeker karteli kararlarında, anlaşmalarla uyumlu eylemler arasındaki ilişkinin ortaya konulması hedeflenmemiştir. Hâliyle her iki karar da bu noktada dayanak olarak kullanılmaya uygun değildir.

Ancak bu sonuç, uyumlu eylemlerin, rekabet kurallarını (yani anlaşma ve kararları; özellikle de anlaşmaları) dolanma amacı taşıyan iş birliği durumlarını kapsadığı gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim uyumlu eylemlerin bu özelliği bir çok kararda istikrarlı olarak vurgulanmaktadır.

Böylece kapsamı açısından bakıldığında uyumlu eylemlerin; *temelinde bir anlaşma ya da kararın bulunmadığı iş birliği durumları* olarak tanımlanması da mümkün olmaktadır.

12 Korah, Competition, 44.

13 "...Form der Koordinierung zwischen Unternehmen....., die zwar noch nicht bis zum Abschluß eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist,.....".

14 Kararların Almanca metni için bak. Farbstoffe (ICI u.a.), EuGH, Urteile v. 14.7.1972, Rs. 48 u. 49, 52-57/69, Slg. 1972 WuW/E EWG/MUV 269 vd, özellikle s. 272; Europäische Zuckerindustrie (Suiker Unie u.a.), EuGH, Urteil v. 16.12.1975, Rs.40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, WuW/E EWG/MUV, 348; ayrıca bak. Altwater, 12; Bechtold, R.: Kartellgesetz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1993, § 25 Rn. 2.

Kararlar, niteliği itibarıyla anlaşma ve uyumlu eylemlerden kolayca ayrılabilir. Zira kararların varlığı için öncelikle bir teşebbüs birliğinin bulunması gerekmektedir. Ancak anlaşmalarla uyumlu eylemleri ayıracak böyle net bir ölçüt yoktur. Hâliyle uyumlu eylemlerin kapsamının belirlenmesinde temel sorun anlaşma-uyumlu eylem ilişkisinin ortaya konulmasında odaklaşmaktadır. Anlaşma kavramı ne kadar dar anlaşılırsa uyumlu eylemlerin kapsamı o denli genişlemekte; aksi hâlde ise o denli daralmaktadır. Böylece anlaşma kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması ile uyumlu eylemlerin gerek kapsamı gerekse anlamına ilişkin önemli sonuçlara varılabilir.

B. Komisyon, Kurul ve Mahkeme Kararlarında Anlaşmalar

Gerek Komisyon gerek ATAD ve İDM, anlaşmayı, sözleşme kavramını da içine alan ve ondan daha geniş anlamı olan bir kavram olarak anlamaktadır. Hâliyle sözleşmelerin hukuken bağlayıcı olma özellikleri anlaşmalarda aranmamakta¹⁵, centilmenlik anlaşmaları da ATA m.81 anlamında anlaşma olarak kabul edilmektedir¹⁶. Zorunlu şekil şartlarına uyulmamış olması nedeniyle geçersiz olan sözleşmeler de anlaşma olarak nitelendirilir. Anlaşmanın sözlü, yazılı (yahut kısmen sözlü, kısmen yazılı)¹⁷, açık ya da örtülü yapılmış olmasının da bir önemi yoktur¹⁸. Anlaşmaya uyulmamış olması hâlinde bir yaptırımın ya da cezaî şartın öngörülüp görülmediği de önemsizdir¹⁹. Keza anlaşmanın millî hukuk düzenince teşvik edilmesi ya da cevaz bulması, AB rekabet organlarının denetimini engellemez²⁰. Yetkili millî organlardan uygun ya da olur görüşü aldıktan sonra bir anlaşmaya girişilmesi

15 Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission, Case 277/87, ECR 1990, I-45; Polypropylene, OJ 1986 L 230/1; PVC, OJ 1989 L 74/1; LdPE, OJ 1989 L 74/21; Welded Steel Mesh, OJ 1989 L 260/1.

16 ACF Chemiefarma NV v. Commission (the Quinine Cartel), Case T-41/69, ECR 1970, 661; Tréfileurope Sales v. Commission, Case T-141/89, ECR 1995, II-791.

17 Goyder, 93.

18 Tepea v. Commission, Case 28/77, ECR 1978, 1391; Tipp-Ex v. Commission, Case C-279/87, ECR 1990, I-261; National Panasonic, OJ 1982 L 354/28.

19 Cement, OJ 1994 L 343/1.

20 Aluminium Imports from Eastern Europe, OJ 1992 L 92/1; AROW/BNIC, OJ 1982 L 379/1.

hâlinde de durum böyledir²¹. Süresi tamam olmakla birlikte hâlen etkilerini sürdürmeye devam eden anlaşmalar da m. 81 kapsamına girer²². Süresi tamamlanan ya da taraflarca son verildiği ileri sürülen bir anlaşmanın etkilerini devam ettirdiğinden söz edebilmek için, teşebbüsler arasında anlaşmadan dolayı doğan iş birliği ve danışıklılığın devam etmesi gerekir²³. Teşebbüslerin rekabetin sınırlandırılmasından doğan sorumluluğunun kapsamı da hâliyle anlaşmanın devam ettiği süre ile orantılı olarak genişleyebilmektedir. Aslında burada sözleşmeler hukukundaki yenilemeye (tecdit) benzer bir durum vardır. Teşebbüslerin aralarında bir ticarî birlik ya da grup kurulmasına yönelik uyuşması da anlaşma olarak nitelendirilir²⁴. Yine taraflardan birinin, asıl maksadı anlaşmayı kendi çıkarlarına kullanmak olduğu hâlde, bir müddet isteksizce anlaşmaya uygun davranışlarda bulunması ATA m.81'e aykırılığı ortadan kaldırmaz²⁵. Anlaşmanın öngörülenden daha esnek bir şekilde uygulanması, anlaşmada yer alan yaptırımların uygulanmaması ya da bazı aykırılıklara göz yumulması hâlinde de durum böyledir²⁶. Taraflardan birinin üzerinde kurulan ekonomik baskının sonucu olarak yapılan anlaşmalar da m.81 kapsamında değerlendirilir²⁷. Burada teşebbüslerden birinin ekonomik baskı ya da zorlama altında olması ihlâlin oluşmasını engellememektedir. Ancak baskı altında kalan taraf açısından cezada indirimle gidilmesi²⁸ ya da anlaşmanın bu tarafına ceza²⁹ verilmemesi³⁰ söz konusu olabilmektedir. Komisyon, ceza takdirinde, ekonomik olarak baskı altında olduğu düşünülen tarafın, rekabetin

-
- 21 Stichting Sigarettenindustrie and others v. Commission, Cases 240, 241, 242, 261, 262, 268, 269/82, ECR 1985, 3831.
 - 22 Hercules Chemicals v. Commission, Case T-7/89, ECR 1991, II-1711; EMI Records Ltd v. CBS UK Ltd, Case 96/75, ECR 1976, 811.
 - 23 EMI Records Ltd v. CBS UK Ltd, Case 96/75, ECR 1976, 811, 848-849.
 - 24 Re Nuovo CEGAM, OJ 1984 L 99/29; Twinning Programme Engineering Group, OJ 1992 C 148/8.
 - 25 Bak. Belasco and others v. Commission, Case 246/86, ECR 1989, 2117; Belgian Roofing Felt, OJ 1986 L 232/15.
 - 26 Hasselblad v. Commission, Case 86/82, ECR 1984, 883; Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission, Case 277/87, ECR 1990, I-45; Belasco and others v. Commission, Case 246/86, ECR 1989, 2117; Flat Glass, OJ 1989 L 33/44.
 - 27 Tréfileurope Sales v. Commission, Case T-141/89, ECR 1995, II-791.
 - 28 Hasselblad, OJ 1982 L 161/18.
 - 29 Para cezası

sınırlanmasına aktif bir şekilde katkıda bulunup bulunmadığını göz önüne almaktadır³¹.

Bununla birlikte özellikle dikey ilişkilerde taraflardan birinin (örneğin, üreticinin) rekabeti sınırlayıcı yeni bir pazar politikasının uygulanmasını talep etmesine rağmen, bu teşebbüsle olan ticarî ilişkilere son verilmemesi, bir anlaşmanın varlığı olarak yorumlanamaz³².

Rekabet Kurulu da, anlaşma kavramını, borçlar hukuku anlamında sözleşmelerle sınırlamamaktadır. Kurula göre, "4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin gerekçesinde..... bir sözleşme, Türk rekabet hukuku çerçevesinde yazılı veya başka bir şekil şartına bağlanmaksızın borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca; taraflar arasında hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı yahut ortadan kaldıran hükümleri ihtiva eden ve literatürde 'centilmenlik anlaşmaları' olarak tanımlanan sözleşmelerin de, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulması mümkündür"³³.

C. Uygulamada Benimsenen İlkeler Doğrultusunda Anlaşmaların Sözleşmelere Uygulanan Bazı Kurallar Açısından Değerlendirilmesi

Bilindiği gibi "anlaşma", RKK'dan önce de hukukumuzda kullanılan bir kavramdır. Ancak rekabet hukukunun dışındaki alanda teknik bir terim olmaktan ziyade günlük dildeki anlamıyla kullanılmaktadır. Bu anlamda sözleşmeler de, taraflar arasındaki anlaşmalar olarak ifade edilebilmekte ve daha bir çok durumda

30 Burns Tractors Ld v. Sperry New Holland, OJ 1985 L 376/21; Deutsche Philips, OJ 1973 L 217/34; Pioneer, OJ 1980 L 60/21; Kawasaki, OJ 1979 L 16/9; Johnson&Johnson, OJ 1980 L 377/16.

31 BMW Belgium, OJ 1978 L 46/33; Tipp-ex, OJ 1987 L222/1.

32 Bayer v. Commission, Case T-41/96, ECR 2000, II-3383.

33 LPG-Adıyaman, RK kararı, K.Sa.: 93/750-159 K.T.: 26.11.1998. "Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin gerekçesinde denilerek, anlaşma kavramının, sözleşmelerden çok daha geniş bir irade birlikteliği niteliğinde olduğu açıklanmıştır. Sözleşme olmaksızın da rekabet ortamını bozan her türlü ilişkinin uygulamaya sokulması da anlaşma niteliğindedir. Ayrıca, rekabeti kasıtlı, sınırlayıcı, ya da ortadan kaldırıcı etkileri nedeniyle, 'centilmenlik anlaşmaları' ve 'sözlü anlaşmalar' da 4054 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi kapsamında değerlendirilmektedir." Ege Çimento, RK kararı, K. Sa.: 99-30/276-166 (a), K.T.: 17.6.1999.

tarafların anlaşığından söz edilebilmektedir³⁴. Rekabet hukukunda ise anlaşma, teknik bir terim olarak Kanuna aykırı danışıklılık şekillerinden birini ifade eder. Bu yüzden kendine özgü özellikleri vardır ve rekabet hukuku dışındaki alanlarda kullanılan anlamından ayrılır.

Bununla birlikte rekabet hukuku açısından bakıldığında, anlaşmaların sözleşmelerden hareketle elde edilen bir kavram olduğu görülür. Anlaşma ile sözleşme arasındaki ayrım önemini rekabet organlarınca takip edilebilme noktasında gösterir. Bu yolla tarafların hukuk düzenince geçerli sayılmayan ya da hukuk düzenine göre varlık kazanmamış işlemleri dolayısıyla sorumlu tutulabilme imkânı doğar. Bir bakıma tarafların hukukî geçersizlik ya da yokluk ardına sığınmaları önlenmiş olur. Özellikle, ister iradî ister kanunî nitelikte olsun, şekli kurallara aykırı yapılan sözleşmeler rekabet hukuku açısından kusursuz doğmuş anlaşmalar olarak kabul edilir. Nitekim 4054 sayılı Kanunun gerekçesinde de 4. maddenin amacı bakımından anlaşmanın, hukukî şekil şartları taşımasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü anlaşma ya da uyuşma anlamını taşıdığı vurgulanmıştır. Bu itibarla anlaşmaların kurulması, anlaşmalardaki şekil, temsil vb. özelliklerin sözleşmelere ilişkin ilke ve kurallarla karşılaştırılarak açıklanması uygun olur. Bu noktada borçlar hukuku açısından bunların sözleşme ya da haksız fiil olarak nitelendirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır.

Öte yandan bu yakınlık dolayısıyla, anlaşmalar açıklanırken aslında sözleşmelere özgü icap, kabul, temsil vb. kavramların kullanılmasına ihtiyaç olmaktadır. Bu nedenle anlaşmalara ilişkin kullanıldığında, bu terimleri hukukî nitelikten arınmış olarak anlamak da yarar vardır.

1. Anlaşmanın Kurulması

a. Genel Olarak

Bir sözleşmenin varlığı için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı gerekir. İrade beyanları arasındaki bu karşılıklılık ve birbirine uygunluk, tarafların bir mesele üzerinde belirli bir tarzda hareket etmek hususundaki

34 Örneğin, bak. Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altın, A.: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. baskı, İstanbul 1993, s.43-44.

uyuşmasını (consensus ad idem) göstermektedir. Tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi anlaşmalarda da anlaşmalar arasında bir uyuşmanın, konsensüsün varlığı gereklidir^{35 36}.

İDM'ye göre bu uyuşma, teşebbüslerin pazarda özellikli (spesifik) bir davranış ya da tutumu izleme yönünde ortak niyetlerini (intention) açıklamaları ile sağlanmış olur. Örneğin, teşebbüslerin bir ürün için hedef fiyatlar belirlemeleri ya da asgari satış fiyatı (floor-price agreement) getirmek hususunda ortak niyetlerin ortaya konulması anlaşmanın varlığı için yeterli olmaktadır³⁷. İDM'nin, bu içtihatlarına dayanak olarak, Divan'ın ACF Chemiefarma, van Landewyck ve Sandoz kararlarına istikrarlı atfı vardır³⁸.

Divan'ın 1970 yılında verdiği ACF Chemiefarma kararı, teşebbüslerin ihracat anlaşmalarını konu alıyordu. Taraflar ihracatla ilgili (rekabeti sınırlayıcı) kurallar getiren bir centilmenlik anlaşmasına bağlı kalmak hususundaki iradelerini karşılıklı olarak beyan etmişlerdi. Böylece anlaşmaya yönelik ortak niyetler açıklanmış

35 Lane, 52; Ritter/Braun/Rawlinson, 60; Goyder, 93.

36 Doktrinde edim ilişkilerine göre borç sözleşmeleri; bir tarafa borç yükleyen ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere iki grupta sınıflandırılabilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise kendi içinde; tam iki tarafa-eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve çok taraflı sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılabilir. Bak. Eren, 193 vd.; ayrıca Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 53-54. Rekabet hukukunun anlaşmaları bunlar içinde en fazla çok taraflı sözleşmelere (mehrseitige Verträge) yakınlık arz eder. Çok taraflı sözleşmelerde de tarafların irade beyanları arasında uygunluk olması gerekir. Ancak bunlar karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden değildir. Yani, tarafların edimlerinin birbirleriyle değiştirilmesi söz konusu olmaz. Bu tür sözleşmelerde, ortak bir amacı gerçekleştirmek için sözleşenler bir araya gelirler ve böylece edimlerini değiştirme niyeti olmadan birbirine karşı borç altına girerler. Eren, 196. Doktrinde çok taraflı sözleşmelere, toplu (kolektif) sözleşmeler de denilmekte ve bunlara örnek olarak ortaklık sözleşmesi gösterilmektedir. Eren, 196; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 54. Nitekim bu anlamda rekabet hukukunun anlaşmalarının, çok taraflı anlaşmalar olarak nitelendirilmesi ve bazı durumlarda (adi) ortaklık ilişkisi kuruyor görülmesi mümkündür. Bu konuda bak ve kar. Barlas, 147 vd.; Topçuoğlu, M: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, AÜHFD., Cilt: 50, 4/2001, s. 140 vd.

37 "In order for there to be an agreement within the meaning of Article 85(1) of the Treaty, it is sufficient that the undertakings in question should have expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way." Rhône-Poulenc v. Commission, Case T-1/89, ECR 1991, II-867. Aynı yönde Bayer v. Commission, Case T-41/96, ECR 2000, II-3383.

38 Bak. Rhône-Poulenc v. Commission, Case T-1/89, ECR 1991, II-867; Bayer v. Commission, Case T-41/96, ECR 2000, II-3383; Hercules Chemicals v. Commission, Case T-7/89, ECR 1991, II-1711.

oluyordu. Öte yandan kararda tarafların açıklamaları, güvenilir/iradelerini yansıtan³⁹ açıklamalar olarak görüldü⁴⁰. Bu ifade 1980 tarihli van Landewyck kararında da korundu⁴¹.

1990 tarihli Sandoz kararında ise ATA m.81 anlamında bir anlaşmanın varlığı için tarafların rekabeti sınırlayıcı husus üzerinde niyetlerini açıklamış olmasını yeterli görülmüştür. Divan burada açıklama ya da beyanın hukuken geçerli ya da bağlayıcı olmasını aramamıştır. Dolayısıyla anlaşma kavramında, sözleşmelerdeki bağlayıcılık ve geçerlilik şartlarından bir ayrılma olmuştur⁴².

Bu içtihatların sonuçları iki şekilde yorumlanabilir. İlk olarak anlaşmalar tarafların bağlanma iradesi olmasa da kurulabilirler. Böylece tarafların hukuken bağlanma niyeti taşımadıkları anlaşmalar da rekabet hukukunun kapsamına girer.

İkincisi ise tarafların anlaşmaya yönelik açıklamalarının taşınması gereken asgari şartlara ilişkindir. Sözleşme kurabilecek kapasitedeki bir irade beyanı, beyan sahibinin bağlanma iradesi ile birlikte ulaşılmak istenen sözleşmenin esaslı unsurlarını da taşımalıdır. Bir başka deyişle bir sözleşmenin varlığı için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması; yani icap ve kabulün içeriğinin birbirine uygun olması gerekir⁴³. Bilindiği gibi bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin taraflardan birinin diğerine yönelttiği irade beyanına, icap; bunun karşılığı ve cevabı niteliğini taşıyan diğer tarafın beyanına da kabul denilmektedir. Gerçekten de hem icap hem de kabul beyanının bir sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi ve bunların karşılıklı olarak birbirine uygun olması gerekir. Örneğin bir satım sözleşmesinin kurulması için A ve B'nin satım konusu malı belirlemiş olmaları yetmemekte aynı zamanda satım parası yani semen üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bu konuda taraflara sağlanan bir kolaylık; ileride tayin edilebilir olduktan sonra, başlangıçta satım parasının kesin olarak belirtilmemiş olmasının

39 Bu anlamda iradelerine uygun.

40 “... to the faithful expression of the joint intention of the parties.....” ACF Chemiefarma NV v. Commission (the Quinine Cartel), Case T-41/69, ECR 1970, 661.

41 “.....a faithful expression of the members’ intention.....” van Landewyck v. Commission (FEDETAB), Cases 209 etc/78, ECR 1980, 3125.

42 “In order to constitute an agreement within the meaning of Article 85 of the Treaty it is sufficient that a provision is the expression of the intention of the parties, without its being necessary for it to constitute a valid and binding contract under national law .” Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission, Case 277/87, ECR 1990, I-45.

43 Bu konuda bak. Eren, 203 vd.; Oğuzman/Öz, 48 vd.

sözleşmenin kurulmasını engellemeyeceğidir⁴⁴. Böylece A ve B, X ambarındaki on ton buğdayın satımı üzerinde anlaşmışlar ve buğdayın ton başına fiyatını belirleme işini bir üçüncü kişinin hakkaniyete uygun takdirine bırakmışlarsa, satım sözleşmesi yine kurulmuş olur⁴⁵. Bu tip sözleşmelerde tarafların her ikisinin edimi de bir verme edimi olmaktadır. Yine bunun gibi, taraflardan birinin ediminin verme yerine yapma ya da yapmama olduğu durumlarda da tarafların icap ve kabul beyanlarının sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını taşıması gerekir. Örneğin bir istisna sözleşmesi de tarafların görülecek iş (eser), onun bedeli yani ücret ve bunların değişimi hususunda anlaşmaları şartıyla kurulur. Taraf iradelerinin bu noktalardan herhangi birinde uyuşmaması durumunda ise sözleşme kurulmuş olmaz.

Anlaşmalarda her ne kadar teknik anlamda bir icap ve kabul söz konusu olmasa da⁴⁶, yine de tarafların irade beyanının rekabetin sınırlanması amacı taşıyan (ya da bu sonucu doğuran) konu üzerinde birbirine uygun olması aranmalıdır. Bu açıdan anlaşmalarda en azından tarafların irade beyanları;

a) muhatap yani anlaşmanın karşı tarafı ya da tarafları,

b) anlaşmanın konusu üzerinde birbirine uygun olmalı ve birbiri ile örtüşmelidir. Anlaşmanın konusu, İDM'nin de benimsediği gibi, özellikli (spesifik) bir pazar davranışı ya da tutumdur.

Böylece anlaşmalarda özellikli bir pazar politikasının uygulanması üzerinde teşebbüslerin ortak niyetlerini açıklamaları yeterli olmaktadır. Anlaşmanın kurulduğu an da; anlaşma taraflarının özellikli bir tutumu benimsemek hususunda iradelerini açıkladıkları an olmaktadır.

Kuşkusuz centilmenlik anlaşmalarında da yukarıdaki anlamda bir icap-kabul ve irade beyanları arasında uygunluk vardır. Bununla birlikte basit hemfikir olma

44 "Hale göre tayini mümkün olan semen, tesmiye edilmiş hükmündedir." (BK. m. 182/III).

45 Bak. Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. baskı, İstanbul 2002, s. 48.

46 Zira icap ve kabul, hukukî bağlanma iradesi ve sözleşmenin esaslı unsurlarını taşıyan irade beyanlarıdır. Eğer tarafların bağlanma niyeti yoksa ya da icap esaslı unsurların tamamını içermiyorsa bazı durumlarda bunun bir icaba davet olduğu söylenebilir. İcaba uygun olmayan kabul açıklaması da yerine göre yeni bir icap ya da icaba davet olarak kabul edilebilir. Bak. Reisoğlu, 54 vd. Ancak rekabet hukukundaki anlaşma açısından, hukukî bağlanma iradesi taşımayan ve/veya esaslı unsurlardan yoksun teşebbüsler arası irade beyanları, icaba davet olarak kabul edilemez. Bunun ilk nedeni icaba davetin karşı tarafın icapta bulunmasına yönelmiş olmasıdır. Bak. Eren, 222; Reisoğlu, 54 vd.

durumları⁴⁷ (simple understanding⁴⁸) olarak ifade edilen bazı durumlar vardır ki Komisyon bunlarda da bir anlaşmanın olduğuna hükmetmiştir. Bu durumlarda anlaşmanın kurulması, tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin niyetlerini anlaması; kısaca karşılıklı anlayışına dayanmaktadır. Bunların en önemli örnekleri, aşağıda karşılıklı anlayış durumları başlığı altında incelenmektedir.

b. Karşılıklı Anlayış Durumları

Yukarıda anlaşmanın kurulması, icap-kabul ve irade beyanlarının birbirine uygunluğu incelendi. Burada Komisyonun karşılıklı anlayış ya da hemfikir olma durumlarına dayanan bazı kararlarının icap-kabul ve irade beyanlarının birbirine uygunluğu noktasındaki özelliklerine değinilecektir.

aa. Karşılıklı Anlayış Durumlarına İlişkin Kararlar

aaa. Sigara endüstrisi kararı

Sigara endüstrisi kararı⁴⁹, Hollanda sigara pazarında; üretici, ithalâtçı, toptancı ve perakendeci düzeyinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabet ilişkilerinin incelendiği bir karardır.

Olayda baş rolü Sigara Endüstrisi Birliği (Stichting Sigarettenindustrie) olarak anılan teşebbüs birliği oynamaktadır. Sigara Endüstrisi Birliği Hollanda'da faaliyet gösteren sigara üreticileri ve ithalâtçıları tarafından 1955 yılında Hollanda yasalarına uygun olarak kurulan ve amacı üyelerinin ortak çıkarlarının gelişmesine yardımcı olmak olan bir kuruluştur. Bu amaçla Birlik bünyesinde üyelerin ortak meselelerine ilişkin konuların konuşulması ve karara bağlanması, hükümetle ilgili meselelerde birlik üyelerinin temsil edilmesi esastır. Bununla birlikte Birliği kuran anlaşmaya (tüzüğe) göre, üyeler arasındaki rekabete ilişkin meselelerde Birliğin kural koyma ve düzenlemede bulunma görevi yoktur.

47 Akıncı, 46.

48 Whish, 76; Power, 309, 312; kar. Lane, 54 dn.18; Topke, 28.

49 Stichting Sigarettenindustrie, OJ 1982 L 232/1.

Kısaca SSI olarak anılan Birlik, sigara pazarındaki fiyat ve arz politikalarına ilişkin üyeleri arasında yapılan bir dizi anlaşma için Komisyona menfi tespit başvurusunda bulunmuştur.

Komasyon, SSI'nin bildirmiş olduğu anlaşmaların yanı sıra menfi tespit başvurularında bildirilmemiş bazı rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların varlığını da tespit etmiştir. Öte yandan bildirilen anlaşmalara ilişkin yapmış olduğu incelemede, öncelikle m. 81/I (eski m.85/I) anlamında bir rekabet ihlâlinin bulunduğu kanaat getirmiş, akabinde bu anlaşmaları m. 81/III'e (eski m.85/III) göre muafiyet incelemesine tâbi tutmuş; sonuçta muafiyet nedenlerinin bulunmadığına karar vermiştir.

SSI tarafından Komasyon'a bildirilen anlaşmalardan biri de, sigaraya ilişkin vergi ve fiyatlardaki artışların toptancı ve perakendecilere yansıtılması ile ilgili esasları belirlemekteydi. Komasyon bu anlaşmayı SSI ile toptancı ve perakendecilerin temsilcileri arasında ulaşılan karşılıklı anlayışın (understanding) ürünü olarak gördü. SSI bu anlaşmayı, üyesi ithalâtçı ve üreticiler arasında yatay seviyede gerçekleşen bir anlaşma olarak nitelendiriyordu. Komasyon'a göre ise burada sigara pazarında faaliyet gösteren toptan ve perakende satıcıların da dahil olduğu hem yatay hem de dikey seviyede gerçekleşen bir anlaşma vardı. Zira SSI çatısı altında imzalanan bu anlaşmaya tüm toptancılar uygun hareket ediyordu. Buradaki anlaşma üretici/ithalâtçılar ile toptancı/perakendeciler arasındaki karşılıklı bir anlayışın ürünüydü. Böyle bir anlayış ya da hemfikir olma durumu yazılı bir belgede dile getirilmese bile m.85 kapsamında anlaşma olarak değerlendirilebilirdi⁵⁰. Bu gerekçe ile Komasyon, fiyat artış ve ayarlamalarına ilişkin bu anlaşmayı rekabete aykırı buldu⁵¹. Anlaşmanın, SSI'nin iddia ettiği gibi, salt yatay seviyede ve Birlik üyelerinin tek taraflı anlayışı ya da algılayışı ile gerçekleştiği iddiasını da reddetti.

bbb. Viho/Toshiba kararı

Viho/Toshiba kararı, bir Japon firması olan Toshiba'nın, Almanya'da kurduğu yavru şirketi Toshiba Europa (I.E) GmbH (kısaca TEG) ile bu yavru şirketin Avrupa

50 "An understanding between associations of undertakings may constitute an agreement within the meaning of Article 85 (1) even if its terms have not been set down in a written document signed by the parties." Stichting Sigarettenindustrie, OJ 1982 L232/1.

Birliği üyesi ÷lkelerde bulunan fotokopi makinesi seçici distribütörleri (exclusive distributors) arasındaki paralel ihracat yasağı içeren anlaşmalara ve TEG'in paralel ithalâtı engellemeye yönelik politikalarına ilişkindir. Karar süreci Viho Europe BV tarafından yapılan şikâyet üzerine 6 eylül 1988'de başlamıştır. Bu nedenle karar Viho/Toshiba kararı olarak anılmaktadır⁵².

TEG, sermayesinin tamamı Toshiba'ya ait olan bir firma olup Toshiba'nın enformasyon ve komünikasyon sistemlerine ilişkin ürünlerinin Avrupa'daki dağıtımını ile ilgileniyordu. Bu ürünlerin arasında fotokopi makineleri de bulunmaktaydı.

TEG, üye ÷lkelerde faaliyet gösteren teşebbüslerle seçici dağıtım anlaşmaları yapmaktaydı. 1975 ile 1986 yılları arasında bu amaçla bağımsız teşebbüslerle dağıtım anlaşmaları yapılmış, daha sonra bunların bir kısmının yerini TEG'in yavru şirketleri almıştı.

Başlangıçta TEG tarafından seçici dağıtım anlaşmalarına, Toshiba'nın yazılı onayı olmaksızın, dağıtıcının (distribütörün) kendi bölgesinden diğer ÷lkelere doğrudan ya da dolaylı olarak anlaşma konusu ürünleri satmayacağına ya da ihraç etmeyeceğine dair açık bir hüküm konuluyordu. 1982 tarihinde gözden geçirilerek yeniden hazırlanan seçici dağıtım anlaşması (örnek) metninde ise ihracat yasağına ilişkin hiçbir hüküm yoktu. Bu tarihten sonra yapılan anlaşmalarda ihracat yasağı içermeyen bu metin kullanıldı. Bununla birlikte varlığını devam ettiren eski anlaşmalarda bir değişikliğe gidilmedi.

Komisyon açıkça paralel ihracat yasağı içerenleri ATA m.85'e aykırı bulduktan sonra, böyle bir yasak hükmüne yazılı olarak yer verilmeyen anlaşmalara ilişkin incelemelere geçti.

Temmuz 1987'de TEG'in İtalyan distribütörü olan Tiber SpA (Tiber), İspanya'da faaliyet gösteren dağıtımçı Otesa SA (Otesa)'dan bazı yedek parçaların arzını talep etti. Tiber'in TEG'le olan dağıtım anlaşması Nisan 1987'de sona ermişti ve devam edip etmediği tartışmalıydı. Otesa, TEG ile yapmış olduğu anlaşma gereği diğer ÷lkelere mal arzının yasaklanmış olduğunu beyan ederek, Tiber'in icabını kabul etmedi ve durumu TEG'e bildirdi.

Komisyon'a göre, TEG ile Otesa arasındaki seçici dağıtım sözleşmesinde paralel ihracat yasağına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, Otesa

51 Karar İDM'nin önüne gelmiş ve (kısmen) onanmıştır. Bununla birlikte İDM karşılıklı anlayış konusuna değinmemiştir. Stichting Sigarettenindustrie and others v. Commission, Cases 240, 241, 242, 261, 262, 268, 269/82, ECR 1985, 3831.

52 Viho/Toshiba, OJ 1991 L287/39.

sözleşmelerinin böyle bir yasağı içerdiğini anlamıştı ve TEG tarafından da Otesa'nın bu anlayışa vakıf olduğu biliniyordu. Dolayısıyla TEG ile Otesa arasında karşılıklı birbirini anlama (ya da asıl niyetlerini kestirme) temelinde gerçekleşen bu uyuşma m.85 anlamında bir anlaşma niteliği taşımaktaydı⁵³.

ccc. Bilyeli yatak üreticileri kararı

Komisyon bu kararında⁵⁴, Fransız ve Japon bilyeli yatak (Ball-bearing) üreticileri arasında, Japonya'dan Fransa'ya ithal edilen ürünlerin satış fiyatlarının artırılmasına ilişkin bir anlaşma olduğuna karar vermiştir. Komisyon'a göre bilyeli yatak üretimi ile iştigal eden büyük Fransız ve Japon firmaları ve bunların üyesi oldukları ticarî birlikler, aralarında toplantılar yapmak ve mektuplaşmalarda bulunmak suretiyle satış fiyatlarını artırmaya yönelik bir anlaşmaya varmışlardır.

Büyük Fransız ve Japon firmalarının ve bunların üyesi olduğu ticarî birliklerin katıldığı 16 Şubat 1972 tarihli bir toplantıda, Fransız teşebbüsleri, Japon meslektaşlarından Fransa'ya ihraç edilen bilyeli yatakların fiyatının artırılmasını ve kendi satışları ile %5 civarında bir fiyat farkı korunarak satış fiyatlarının uyumlu hâle getirilmesini istemişler ve bu konuda bir yazılı anlaşma yapılmasını önermişlerdi. Bu toplantı talebi Japon üreticilerden gelmişti ve Japon üreticilerin Fransız üreticilerle satış politikalarını tartıştıkları Nisan 1966 tarihli toplantıyı takiben gerçekleşmişti.

Toplantıda Japon tarafı, Fransız meslektaşlarının tekliflerine karşılık olarak, dört büyük Japon üreticinin bir müşterek fiyat deklârasyonunda bulunacağını ifade ettiler. Ancak fiyat artışı ya da artış tarihine dair bir açıklık getirmediler. Daha sonra Japon tarafı, Fransız ve Japon fiyatları arasında %15 civarında bir fark olduğunu ve Fransız fiyatlarında gelecek Nisan ayında gerçekleşecek artışla bu farkın %20'ye ulaşacağını tespit ettikten sonra, bu farkı %5 ilâ 8 civarına düşürmeyi önerdiler. Fransız tarafı, fiyat artışı tekliflerine ilâveten Japon üreticilerin Fransa'ya ithalâtını

53 *"Whilst it is true that the written agreement with Otesa did not contain an export prohibition clause, Otesa nevertheless understood their contract to contain such a clause and TEG knew that it had this understanding.", "....., notwithstanding that the written agreements between TEG andOtesa did not contain an export prohibition clause, the evidence demonstrates that there was an understanding that such an export prohibition should apply. Whilst there was such an understanding, these therefore also constitute agreements to which Article 85 (1) applies."* Viho/Toshiba, OJ 1991 L287/39.

54 Franco-Japanese Ball-bearings, OJ 1976 L 343/16.

kontrol altında tutmak için etkili bir sistem organize edilmesini, takip eden 6 ay ya da bir yıl içinde anlaşmanın uygulanmış olduğunu doğrulamak için başka bir toplantı yapılmasını ve anlaşmanın yazılı hâle getirilmesini istediler. Japon tarafı bu taleplere karşılık düşünmek için zaman istedi ve sonucun kendilerine bildirileceğini ifade etti.

Akabinde, Fransız bilyeli yatak üreticileri birliği, Japon üretici birliğine gönderdiği 3 Mart 1972 tarihli mektubunda, bu toplantıda yapmış oldukları talepleri yinelemiştir. Bu mektup özellikle Japon üreticilerin ihracat politikası ile ilgili iki sorun üzerinde yoğunlaşmıştı. İki, Japon üreticilerinin Fransız alıcılarından uyulmasını istedikleri fiyatlar, ikincisi ise Japonya'dan Fransa'ya gerçekleştirilen ihracattaki artışı. Mektupta, Japon üreticilerin adil olmayan bu düşük fiyat uygulamalarına ve ihracattaki bu artışa karşı hangi karar ve etkili tedbirleri almakta olduklarının bildirilmesi isteniyordu.

Fransız üreticileri birliğine gönderilen 10 Mart 1972 tarihli bir mektupta, Japon üreticileri birliği, Japon üreticilerin prensip olarak talep edildiği gibi bir artış hususunda anlaştığını ve Fransız ve Japon satış fiyatları arasında var olan farkın önce yaklaşık %10'a, daha sonra da %5 ilâ %8 oranına düşürülmesinin uygun olacağını ifade ediyordu. 1 Nisan 1972 tarihinden itibaren Japon fiyatlarında dolar bazında %10-12'lik bir artış olacağı, uzun dönemli tespit edilmiş satış fiyatları öngörülmeyeceği, Fransız firmalarının satış fiyatlarında bir artış olursa Japon firmalarının bunu takip edeceği, her büyük üretici firmanın bu politikaları yansıtan fiyat listeleri çıkaracağı da yukarıdakilere ilâve ediliyordu. Ayrıca ihracattaki uygunsuz artışı sınırlamaya özel bir önem verildiği bildiriliyor ve dört büyük üreticinin üst düzey yöneticilerinin Haziran ayında Fransa'ya gelerek, alınan somut tedbirleri Fransız üreticilerine açıklaması öneriliyordu.

Fransız üreticiler adına Fransız üreticiler birliği başkanının 27 Nisan 1972 tarihli cevabında, Japon üreticilerinin önerilerinin dikkate alındığı, ancak dolar düzeyinde önerilen %10 ilâ 12'lik artışın para kurlarındaki değişimlerle bağlantılı görüldüğü ve bu değişimin Fransız pazarındaki fiyat farkında sadece %3'lük bir düzelme sağlayacağı ifade ediliyordu. Bu nedenle ilk adım olarak değerlendirilebilecek bu artışın, süratle Japon üreticilerin mektuplarında söz ettiği fiyat artışı oranına çıkarılması isteniyordu. Mektupta devamla, Japon üreticilerin Fransız pazarna ilişkin fiyat listelerinin yayınlanması kararının, yeni fiyat politikasının yansıması olarak görüldüğü ve ihracata sınırlama getirilmesine yönelik etkili tedbirler alınmasına önem verildiği yer alıyordu.

10 Mart günlü mektupta önerilen toplantı, 13 Haziran 1972'de Paris'te gerçekleşti. Bu toplantıda Japon üreticileri temsilcisi, bilyeli yatak fiyatlarında kurlarla bağlantılı gerçekleşen değişikliklerin Fransız pazarında bilyeli yatak fiyatlarında %5 ilâ 7 arasında bir artış doğuracağı, ancak bu artışın Temmuz ayından önce hissedilemeyeceğini ifade etti. Ayrıca Japon üreticiler bu toplantıda satış fiyatı listelerini Fransız üreticilere sundular.

Son olarak 26 Temmuz 1972'de taraflar tekrar bir araya geldiler. Bu toplantıda satış fiyatı listelerinin nasıl uygulanması gerektiği tartışıldı.

Komisyonla göre, Fransız ve Japon üreticileri, ticarî birlikleri aracılığıyla, Fransa'da satışa sunulan bilyeli yatakların fiyatlarını belirli bir çizgide tutmaya çalışıyorlardı. Bu amaçla da Fransa'ya ithal edilen Japon bilyeli yataklarının fiyatlarını artırmak hususunda prensipte anlaşmaya varmışlardı.

Taraflarca ileri sürülen iddiaların aksine, Komisyon bu olayda, ATA m.81'in uygulanması için anlaşmanın medenî hukuk çerçevesinde bir sözleşmenin varlığı için gerekli görülen tüm unsurları taşımasının aranmayacağını, diğerine nazaran taraflardan birinin kendi isteğiyle eylem özgürlüğünü sınırlamayı taahhüt etmesinin (undertake) yeterli olduğunu ifade etmiştir⁵⁵.

Komisyon'a göre 10 Mart 1972 tarihli mektup, Japon üreticilerin Fransa'daki satış fiyatlarını artırmayı taahhüt ettiklerini gösteriyordu. 27 Nisan tarihli mektup ise bu taahhütlerin Fransız üreticiler tarafından dikkate alındığını göstermekteydi.

Teşebbüsler ise savunmalarında, mektupların içeriğinden gerçekten bir anlaşmanın varlığı sonucunun çıkarılıp çıkarılmayacağı üzerinde durmaktaydılar. Teşebbüsler ilk olarak 10 Mart tarihli mektupta bahsi geçen artışların, bir anlaşmanın göstergesi olmadığını ve bu artışların nedeninin Japonya'daki ekonomik durum, para hareketleri ve döviz kuru ile ilgili olduğunu ileri sürmekteydiler. Dolayısıyla bu artışların Fransız üreticilerin fiyat artışı içeren talebi ile ilgisi yoktu. Öte yandan, Fransız bilyeli yatak üreticileri birliğinin 27 Nisan günlü mektubunda, fiyatların artırılmasına dair Japon üreticilerin almış olduğu karardan söz edilmesine rağmen, burada artış oranı, artışın uygulanacağı tarih, izlenecek aşamalar ve pratik hazırlıklar üzerinde bir uyuşmazlık olduğu ifade ediliyordu. Bu nedenle bu mektup, Japon üreticilerin teklif ya da icabının kabulü olarak değerlendirilmemeliydi.

Komisyon bu iddiaları ikna edici bulmadı: Tüm bu süreç içindeki görüşme ve mektuplaşmaları bir bütün olarak değerlendirdi ve sonuçta; Japon üreticilerin satış fiyatlarının artırılması noktasında tarafların hemfikir olduğuna vardı. Komisyon'a göre burada fiyat artışının nasıl gerçekleştirileceğine dair ayrıntılı bir anlaşmanın varlığı iddia edilemese de, pekâlâ fiyat artışı üzerinde teşebbüslerin prensipte anlaşmış olduğundan söz edilebilirdi⁵⁶.

Komisyonun bilyeli yatak (Ball-bearing) üreticileri kararı, doktrinde anlaşmalarda tek tarafa yükümlülük yüklenmesine örnek gösterilmektedir⁵⁷. Buna göre, anlaşmanın varlığı için teşebbüslerden birinin diğerine göre eylem özgürlüğünün kısıtlanmış olması yeterlidir. Gerçekten de anlaşmaların varlığı için tüm taraflara yükümlülük yüklenmiş olması şart değildir.

Kuşkusuz bu sonuç anlaşmanın kurulması ile ilgili bir mesele değildir. Yani karşılıklı anlayış durumlarının tek tarafa yükümlülük yükleyen anlaşmalar olarak anlaşılması doğru olmaz. Nitekim Sigara üreticileri kararında böyle bir özellik görülmez. Keza Viho/Toshiba kararında da esasen tek taraflı bir yükümlülük söz konusu olmayıp, paralel ihracat yapmama şartı seçici dağıtım sözleşmesinin bir parçasıdır.

Teşebbüsler arası karşılıklı anlayış ya da hemfikir olma durumlarına örnek gösterilen bu üç kararın aslında ortak özellikler taşıdığı söylenemez. Sigara üreticileri ve Viho/Toshiba kararlarında Komisyonun yazılı şekilde gerçekleşmiş bir anlaşmanın yazıya aktarılmamış bazı hükümleri ile ilgili değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Bu kararlarda bir bakıma yazılı bir anlaşmanın yazılı olmayan hükümleri m. 81'e aykırı bulunmuştur.

Bir başka deyişle, teşebbüsler, anlaşmalarının rekabete aykırı kısmını yazıya dökmemiş olmaktadır. Sigara üreticileri kararında anlaşmaların bir kısmı (özellikle

55 *"...for Article 85 (1) of the EEC Treaty to apply it is not essential that this agreement should take the form of a contract having all the elements required by civil law : it is sufficient that one of the parties voluntarily undertakes to limit its freedom of action with regard to the other."*

56 *".....in the light of the preceding negotiations, the exchange of letters forms a consistent and explicit whole and is evidence of a common understanding by the parties that the prices of Japanese bearings would be increased, even in the absence of a detailed agreement as to how the agreed price increase was to be effected. It is clear that there was at least agreement in principle on an increase."* Franco-Japanese Ball-bearings, OJ 1976 L 343/16.

57 Braakman/Dutilh, 25-26; benzer yönde bak. Topke, 28; Aslan, Türk hukuku, 73.

toptancılar) metne geçirilmemişken; Viho/Toshiba kararında anlaşmanın karşı tarafına yüklenen özellikli tutum; paralel ihracat yapmaması metinde yer almamıştır.

Her iki kararda da teşebbüsler arası ilişkiler yazılı metinlerle tespit edilmiş bulunmakta; ancak bu metinlerde yer almayan ve fakat her iki tarafın karşılıklı anlayışı ve hemfikir olması ile varlığı ortaya çıkan anlaşma şartları bulunmaktadır. Bu sonuca ulaşırken, Komisyon, örtülü anlaşma şartları üzerinde sağlanan uyuşmayı, tarafların birbirlerinin niyetini karşılıklı anlamasına (understanding) dayandırmıştır.

Bilyeli yatak üreticileri kararında ise durum farklıdır. Burada taraflar arasındaki anlaşmanın yazılı olup olmaması ile herhangi bir şekilde bağlantılı bir durum yoktur. Ortada olan teşebbüslerin fiyat belirlemeye yönelik bazı görüşme ve yazışmalarının varlığıdır. Komisyon buradan teşebbüslerin fiyatı belirleme konusunda hemfikir oldukları sonucuna varmaktadır. Komisyona göre, tarafların rekabeti sınırlayıcı bir davranış ya da tutum üzerinde prensipte anlaşmış olmaları yeterli olmakta; tarafların karşılıklı yükümlülükleri ve anlaşmanın içeriğinin doldurulmamış olması bu sonucu değiştirmemektedir.

Bununla birlikte buradaki prensip anlaşması bir çerçeve anlaşması olarak anlaşılmalıdır. Karşılıklı anlayış durumları ile ifade edilen çerçeve anlaşmaları değildir. Çerçeve anlaşmalarında rekabeti sınırlama hususunda sözleşmelerdekine benzer bir icap ve kabul aşamasına rastlanabilir. Ancak çeşitli nedenlerle ya da zamanla değişen şartlara uyum sağlamak amacıyla, anlaşmanın bazı noktaları açıkta bırakılmıştır ya da teşebbüslerin ileride yapacakları anlaşmaların dayanağını oluşturacak temel esaslar böylelikle belirlenmiştir⁵⁸.

Bilyeli yatak üreticileri kararında olduğu gibi karşılıklı anlayış ya da hemfikir olma durumlarında ise bu özellik görülmez. Bu gibi durumlarda taraflar arasında tartışmasız olan sadece ihlâlin konusudur. Fiyat üzerinde ayarlamalar yapılması gibi... Ancak anlaşmanın konusu yukarıda "teşebbüslerin özellikli bir davranış ya da tutumu" olarak belirtildiğine göre karşılıklı anlayış durumlarında bu tür bir özellikli davranış görülmemektedir.

58 Buradaki açıklamalar, medenî hukukun çerçeve sözleşmeleri kavramı esas alınarak yapılmıştır. Bak. Eren, 196. Rekabet hukuku açısından, bunun karşılığı olmak üzere çerçeve anlaşmalarından söz etmek, kuşkusuz daha uygun olmaktadır.

İşte Bilyeli yatak üreticileri kararındaki karşılıklı anlayış durumunu diğer anlaşmalardan ayıran, bunlarda anlaşma konusu olarak özellikli bir davranış ya da tutumun belirlenmemiş olmasıdır.

Görülüyor ki Komisyon tarafından karşılık anlayış ve hemfikir olma durumlarından söz edildiğinde a) yazıya dökülmemiş (ya da zikri geçmemiş) olmakla birlikte tarafların karşılıklı olarak varlığında hemfikir olduğu şartlar b) rekabetin sınırlanması üzerinde prensipte hemfikir olduğu ve fakat henüz özellikli bir tutum ya da davranışın kararlaştırılmadığı anlaşmalar anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte bilyeli yatak üreticileri kararı, bir anlaşmanın var olup olmadığı açısından farklı değerlendirmeler yapılmasına da müsaittir.

Öncelikle burada teşebbüslerin anlaştığından değil; anlaşıp anlaşmamak hususunda görüştüğünden söz edilebilir. Nitekim Fransız ve Japon üreticilerin fiyat belirlemeye ilişkin çabaları vardır; ancak ortada henüz belirlenmiş bir fiyat yoktur. Hatta Japon üreticilerinin fiyat ayarlamalarını etkisiz kılacak ihracat artışları ve fiyat uygulamaları da vardır. Bu açıdan Japon tarafının bir oyalama taktiği izlediği dahi ileri sürülebilir.

İkinci olarak, Fransız ve Japon üreticilerinin anlaşma girişimlerinin teşebbüs düzeyinde kaldığı ileri sürülebilir. Yani üreticiler anlaşma teşebbüsünde bulunmuş ancak bir anlaşma sağlanamadan Komisyon tarafından ilişkilerine müdahale edilmiştir. Rekabet hukukunda danışıklı ilişkilere teşebbüs anlayışının m.81 (ve m.4) kapsamına sokulmasının uygun olmadığına daha önce değinilmişti⁵⁹. Nitekim Vesterdorf'a göre, anlaşma kavramı, anlaşmanın tamamlanmasından önceki henüz görüşme aşamasındaki durumları kapsamamaktadır⁶⁰.

Burada akla, anlaşmalar yapmak üzere görüşmelerin sürdüğü aşamada acaba uyumlu eylemler gerçekleşmiş kabul edilebilir mi sorusu gelebilir. Yani anlaşmalara teşebbüs durumları uyumlu eylemler olarak değerlendirilebilecek midir?

Bilindiği gibi uyumlu eylemler, anlaşma ve kararlar dışında kalan tüm rekabet sınırlamalarını kapsamaktadır. Anlaşma görüşmelerinin sürdüğü esnada ise henüz

59 Bak. yuk. § 4, V, B, 2, b, cc.

60 Tetkik hâkimi olarak görüşlerini açıkladığı davalar için bak. Rhône-Poulenc v. Commission, Case T-1/89, ECR 1991, II-867; BASF v. Commission, Case T-4/89, ECR 1991, II-1523; Enichem Anic v. Commission, Case T-6/89, ECR 1991, II-1623; Chemie Linz v. Commission, Case T-15/89, ECR 1992, II-1275.

ortada anlaşma yoktur. Dolayısıyla bu zaman dilimi de uyumlu eylemlerin söz konusu olabileceği bir zaman dilimidir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Boya ve şeker karteli kararlarında zikredilen "bir anlaşma aşamasına varmamış olma", henüz görüşmelerin sürdüğü ancak anlaşmanın tamamlanmadığı aşamada bir uyumlu eylem gerçekleşmiştir anlamına gelmez. Bu ifade tarafların anlaşmalardaki gibi birbirine bağlanmadığı ya da uyuşmadığı tüm iş birliği durumlarını da kapsar.

Bununla birlikte anlaşma görüşmeleri dolayısıyla teşebbüsler arasında bir yakınlaşmanın; böylece bir bağlantının gerçekleştiğinden de söz edilebilir. Örneğin teşebbüsler henüz bir anlaşmaya varamamakla birlikte gelecek pazar politikalarına ilişkin yeterli bilgiyi karşı tarafa aktarmışlarsa, bilgi değişimi gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bunun aksi de söz konusu olabilir. Zira anlaşmaya yönelik görüşmelerde icap kabul şeklinde işleyen bir süreç vardır. Bu süreçte daha çok öneri olarak sunulan politikalar vardır. Unutmamak gerekir ki amaç açısından uyumlu eylemlerin varlığına hükmedebilmek için, bağlantı sonunda teşebbüslerin belirli bir tarzda davranacağıının artık beklenebilir olması gerekir. Tartışılmak üzere ortaya konan öneriler ancak bu beklentiyi sağlayabiliyorsa, amacı rekabetin sınırlandırılması olan bir uyumlu eylemin varlığından söz edilebilir. Anlaşma görüşmeleri sırasında ileri sürülen tekliflerin de her zaman bu dereceye ulaşacağı söylenemez. Dolayısıyla uyumlu eylemler açısından anlaşma görüşmelerinin devam ettiği sırada sağlanan bağlantı, herhangi bir zaman da sağlanan bağlantıdan farklı değerlendirme yapmayı gerektirmemektedir.

Öte yandan uyumlu eylemlerin, anlaşmalara teşebbüs olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü hem m.81'de teşebbüs anlayışına yer verilmemiştir, hem de böyle bir yorum, (özellikle kapsamı ve amacı dikkate alındığında) uyumlu eylemleri açıklamakta yetersiz kalacaktır.

Üçüncü olarak teşebbüslerin henüz anlaşma aşamasına varmamış bir iş birliği içinde oldukları iddia edilebilir ki bu durumda da uyumlu eylemler gündeme gelir. Nitekim uyumlu eylemlerin doktrinde bazı yazarlarca teşebbüslerin karşılıklı anlayışına dayandırıldığına yukarıda değinilmişti.

Bu yönde Komisyonun kararlarına ilişkin eleştiriler de yapılmıştır. Lane, Sigara üreticileri kararında karşılıklı anlayış durumlarının anlaşma olarak nitelendirilmesinin anlaşma kavramının genişlemesi olarak yorumlanabildiğini; ancak burada bir

tercüme hatasından⁶¹ söz etmenin daha yerinde olacağını ifade etmektedir⁶². Bununla birlikte Komisyonun orijinali İngilizce olan Viho/Toshiba kararında da karşılık anlayış durumlarını anlaşma olarak nitelendirdiği görülmektedir.

Uyumlu eylemlere teşebbüs görüşü incelenirken değinildiği gibi, uyumlu eylemler, anlaşma ya da karar olarak nitelendirilemeyen tüm iş birlikçi davranışları kapsar. Dolayısıyla karşılıklı anlayış durumlarının (understanding) uyumlu eylemlerle olan ilişkisi, anlaşma olarak nitelendirilip nitelendirilmemelerine göre değişecektir. Bu gibi durumlar anlaşma olarak nitelendirildiğinde, artık uyumlu eylemlerin kapsamı dışında kalırlar. Aksi takdirde uyumlu eylemlerin unsurlarına göre bir değerlendirmeden geçirilerek ihlâlin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilmesi gerekir.

Bilyeli yatak kararında teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı eylem (fiyat ayarlaması) üzerinde anlaştıkları ancak bunu “özellikli hâle getirmedikleri”; yani ne şekilde, ne zaman gerçekleştirileceği ve hatta nasıl denetleneceği hususunda henüz anlaşmadıkları görülmektedir. Bu gibi durumlarda Komisyonun da ifade ettiği gibi teşebbüslerin en azından rekabetin sınırlandırılması üzerinde anlaştığından söz edilebilir. Dolayısıyla bilyeli yatak olayına benzer durumlarda uyumlu eylemlerin varlığı gündeme gelmemelidir.

bb.Karşılıklı Anlayış Durumlarının Sınıflanması ve Tanımlanması

Karşılıklı anlayış durumlarını iki kategoride toplamak mümkündür: I. kategorinin örnekleri Sigara üreticileri ve Viho/Toshiba olaylarıdır. Bu iki olayda, görünen anlaşmaların görünmeyen bazı hükümleri incelenmiştir. Bu olaylarda, görünen anlaşmaya dayanmayan bazı pazar davranışları ile görünen anlaşma arasında yakın ilişki vardır. Bu güçlü ilişkiden dolayı da anlaşmada varmış gibi muamele gören bu konular, üzerinde karşılıklı anlayışın sağlandığı konular olarak kabul edilmiştir. Viho/Toshiba kararında rekabeti sınırlayıcı davranışın, Otesa ile TEG arasındaki anlaşmayla inkâr edilemez derecede yakından ilişkisi olduğu görülmektedir. Öyle ki her iki taraf da paralel ihracat yasağını mevcut dağıtım sözleşmesinin bir parçasıymış gibi algılamaktadır. Sigara üreticileri ve Viho/Toshiba kararındaki karşılıklı anlayış durumları bu nedenle, taraflarca varlığının anlaşılması

61 Kararın orijinali Hollanda dilindedir (Dutch) ve burada kullanılan kelime “overeenstemming”tir.

için ayrıca zikredilmesi gerekli olmayan anlaşma şartları gibidir. Taraflar arasındaki ilişki ve işlemler incelendiğinde bir bakıma hâlin icabından böyle bir şartın aslında anlaşmada bulunduğu söylenebilmektedir.

Bu yüzden ilk kategorideki karşılıklı anlayış durumları; taraflarca zikredilmemiş ya da yazıya dökülmemiş olmasına rağmen, varlığı önemli bir kuşkuya yer vermeyecek derecede taraflar arasındaki mevcut anlaşma ilişkisine bağlanabilen durumları ifade eder.

İkinci kategorideki karşılıklı anlayış durumlarının örneği ise Bilyeli yatak üreticileri olayıdır. Buna göre, tarafların rekabeti sınırlayıcı bir eylem ya da pazar politikasının uygulanması hususunda karşılıklı olarak prensipte anlaşmaya varmış olmaları –bir prensip anlaşmasına varmış olmaları- yeterli olmaktadır.

Bununla birlikte, özellikli bir davranışın ortaya konulmadığı bu gibi durumlarda, bir anlaşmanın bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Zira burada özellikli davranışın belirlenmesi için görüşmelerin sürdüğü bir sırada taraflar arasındaki ilişkiye müdahale edilmektedir. Hatta taraflar arasında henüz bu anlamda bir anlaşma sağlanamadığına göre, müdahale edilecek düzeyde bir danışıklılığın oluşmadığı da düşünülebilir.

Komisyon, Bilyeli yatak kararında taraflar arasında karşılıklı anlayışın varlığına hükmederken, Japon tarafının tek taraflı yükümlülük altına girdiğinden de söz etmiştir. Yukarıdaki sakıncaları gidermek amacıyla bu husus, karşılıklı anlayışın olduğuna önemli bir gösterge olarak kabul edilebilir. Böylelikle, bu gibi durumların anlaşma olarak kabul edilebilmesi için, taraflardan en azından birinin mevcut görüşmeler sonunda yükümlülük⁶³ yüklenmeye hazır olduğunun anlaşılması aranabilir.

Dolayısıyla ikinci kategorideki karşılıklı anlayış durumları da, rekabeti sınırlayıcı davranış (politika) üzerinde tarafların prensipte anlaşığı ve en azından içlerinden birinin bu hususta yükümlülük yüklenmeye hazır olduğu anlaşmalar olarak tanımlanabilir.

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, yukarıda Komisyonun kararlarından yola çıkarak oluşturulan karşılıklı anlayış görüşü Komisyonun görüşü olarak

62 Lane, 54 dn. 18.

63 Yükümlülük burada, bir davranışta bulunma mecburiyeti anlamında kullanılmıştır. Bak. Oğuzman/Öz, 14 dn. 61.

sunulamaz. Zira Komisyonun bu tür nitelendirmeleri, yukarıdaki örneklere görüldüğü gibi, mevcut anlaşma anlayışı ile tam örtüşmeyen bireysel durumlarda başvurulan bir yol olmuştur. Komisyon bu yolu kullanmış, ancak teorisini ortaya koymamıştır.

2. Anlaşmalarda Şekil

Borçlar hukukunda kural olarak şekil serbestisi geçerlidir. Taraflar, kanun açıkça aksini emretmedikçe (BK. m.11), sözleşmenin şeklini özgürce kararlaştırabilirler. Ancak kanunda bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması emredilmişse bu şekle uymak lâzımdır. Aksi takdirde sözleşme geçersiz olur, başlangıçtan itibaren hiçbir hukukî sonuç doğurmaz⁶⁴. Bununla birlikte, geçerli olması için aranan şekil şartlarını taşımayan sözleşmeler de, rekabet hukuku açısından anlaşma olarak kabul edilir ve rekabet denetimine tâbi tutulur. Dolayısıyla anlaşmalar, sözleşmeler için aranan şekil şartları ile de bağlı değildir. Yazılı şekil şartında olduğu gibi, kanununun aradığı şekil şartının resmî şekil şartı niteliğinde olduğu ve buna uyulmadığı durumlarda da bu sonuç değişmez.

Nitekim RKK'nın 4. maddesinin gerekçesinde bu durum şöyle izah edilmiştir: *"Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medenî hukukun geçerlilik şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı ya da sözlü olmasının önemi yoktur".* Kurulun da uygulaması bu doğrultudadır⁶⁵.

3. Temsil Kuralları ve Anlaşmalar

Hukukta her birey, kural olarak, kendi davranışlarından sorumlu olmaktadır. Bu anlamda kişiler başkalarını borç altına sokan sözleşmeler yapamaz. Ancak kişilerin borç altına girmeleri için bir işlemi doğrudan doğruya kendilerinin yapması

64 "Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akıt, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz." BK m.11/II.

şart değildir. Nitekim temsil kuralları gereğince bir başkasının yani mümessilin yapmış olduğu işlemler temsil olunanı bağlar. Ancak temsil için çizilen yetki sınırları aşılar ya da yetkisiz olarak bir başkasıyla ilgili hukukî işlemlerde bulunulursa, bundan dolayı temsil olunan ya da adına işlem yapılan kişinin değil, işlemleri yapan kişinin sorumluluğu söz konusu olur⁶⁶.

Tüzel kişilere gelince, bunları temsil edecek kişi ya da organlar genellikle ilgili mevzuatta belirtilmektedir. Nitekim Türk Ticaret Kanununda ticarî ortaklıkların kimlerin ya da hangi organların nasıl temsil edeceklerine yer verilmiştir⁶⁷. Bu kimse ve organlar dışındakilerce yapılan işlemler ortaklığı bağlamaz. Dolayısıyla bir anonim ortaklığın muhasebe bölümünde çalışan bir kişinin ortaklık adına bir satış sözleşmesi yaptığı iddiası dinlenmez⁶⁸.

Ancak rekabet hukuku sahasında, ortaklığı temsile yetkili olmayan kişilerin yapmış olduğu anlaşmalardan da ortaklık sorumlu tutulabilmektedir. Rekabet Kurulu, LPG-Adıyaman kararında, Tilmen otelinde imzalanan anlaşmaya karşı tarafların ileri sürdükleri; anlaşmayı imzalayan kişilerin kendilerini temsile yetkili olmadığı itirazını kabul etmemiştir⁶⁹.

Anılan kararda, anonim ortaklık statüsündeki teşebbüslerin, Tilmen otelindeki toplantıda, yönetim kurullarınca temsil edilmediği görülmüştür. Toplantıya katılanlar ortaklıklarla farklı farklı düzeylerde ilişkilere sahip kişiler olmuştur. Bölge şefleri, satış temsilcileri ya da bayiler gibi... Likidgaz ve Milangaz anonim ortaklıkları, söz konusu pazarda faaliyet gösteren tek bayilerinin, kendilerinin bilgi ve oluru dışında toplantıya katıldığını, bu bayinin esasen bağımsız bir tacir olduğunu ve "Tilmen Tutanağı"nda ortaklığı temsile yetkili hiç kimsenin bulunmadığını iddia etmişler, Kurul ise ortaklıklar ile bayi arasında nedensellik bağına şu şekilde kurmuştur: *"Soruşturma esnasında yapılan tespitler çerçevesinde; Likidgaz A.Ş. ve Milangaz A.Ş. Adıyaman merkez bayisi olan M. T.'in söz konusu şirketlerin bilgi ve oluru dışında fiyat indirimini uygulamasına katıldığı yönünde yapılan savunmanın; 24.06.1997 tarihli Tilmen Otelinde yapılan anlaşmaya Demirören Gaz Grubu'nun taraf olması, bayilik sözleşmesinin 17'nci maddesinin açıkça ürünün fiyatının bayi tarafından*

65 Bak. LPG-Adıyaman, RK kararı, K.Sa.: 93/750-159 K.T.: 26.11.1998.

66 Temsil konusunda bak. Eren, 383 vd; Oğuzman/Öz, 155 vd.

67 Örneğin, kolektif ortaklıklar için bak. TTK m.160, 175 vd.

68 Kuşkusuz ortaklığın buna yetkili organınca temsil yetkisi verilmesi hâlinde, artık temsilci sıfatını kazanan kişi tarafından yapılan işlemler ortaklığı bağlayacaktır.

belirlenmesine izin vermemesi ve küçük ölçekli teşebbüsler olan bayilerin böyle bir uygulamaya katılarak uzun süreli zarar etmeyi göze almasının, amacı kâr olan teşebbüsler açısından bir mana ifade etmeyeceği dikkate alındığında rasyonel olmadığı anlaşılmaktadır”.

“Ancak, Likidgaz A.Ş., Milangaz A.Ş. ve Milgaz A.Ş.’nin Rekabet Kurumu’nun çalışmaya başladığını ilan ettiği tarihten bir gün önce, anılan bayiye noter kanalıyla ihtamame göndermek suretiyle uygulamaya son verme iradesini ortaya koymasının ise, ihlâli ortadan kaldırmayacağı ve ceza uygulamasında bir indirim unsuru olarak dikkate alınabileceği kanaatine varılmıştır”.

Öte yandan Kurul, ortaklıklarla bu kişiler arasındaki nedensellik bağıni kurmada, otel masraflarının ortaklıklar tarafından ödenmesinden de yararlanmıştı.

Bu noktada anlaşmalar için gerek ticaret gerekse borçlar hukukunun temsile ilişkin kurallarının uygulanmadığı görülüyor. Bir başka deyişle rekabet hukuku dışındaki hukuk alanlarında uygulanan kanunî ya da özel temsile ilişkin kurallar rekabet hukukunda uygulanmamaktadır. Gerçekten de rekabet hukukunda aranan, ortaklıkla temsile yetkili olmayan kişi arasında, temsile benzer bir ilişki kurulmasını makul gösterecek derecede bir nedensellik bağıinin bulunmasıdır.

D. Doktrinde Anlaşmalar

Görüldüğü gibi uygulamada anlaşmalar, sözleşmelerle sınırlı tutulmamaktadır. Bunun dışında kalan ve hukuken bağlayıcılığı olmayan uyuşma ve uzlaşma durumlarını; centilmenlik anlaşmalarını da kapsamaktadır. Öte yandan karşılıklı anlayış durumları da anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir.

Bununla birlikte doktrinde anlaşmaların hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre anlaşmalarla sözleşmeler arasında bir fark yoktur. Bu yüzden rekabet hukukunda anlaşmalardan söz edildiğinde Medenî hukuk anlamında sözleşmelerden ayrı bir şey ifade edilmemektedir.

Diğer bir görüşe göre ise anlaşma kavramı tüm uyuşma ve uzlaşma durumlarını ifade eder. Sözleşmeler de bu nedenle anlaşma olarak değerlendirilir. Ancak bunun dışında kalan uyuşma ve uzlaşma durumları, özellikle de centilmenlik anlaşmaları da anlaşmaların bir türüdür.

Bu görüşler, aşağıda anlaşma kavramının dar ve geniş yorumlayan görüşler başlığı altında ele alınacaktır.

Rekabet hukukunda anlaşmanın dar ya da geniş yorumlanmasının uyumlu eylemler açısından önemli sonuçları vardır. Anlaşmalar sözleşmelerle eş değerde görüldüğünde, bunun dışında kalan tüm uyuşma ve uzlaşmalar uyumlu eylemler başlığı altında toplanacaktır. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin kapsamında önemli bir genişleme olacaktır. Bunun aksine, anlaşmalarla hukuken bağlayıcı olsun ya da olmasın tüm uyuşma ve uzlaşmaların kastedildiği kabul edilirse, uyumlu eylemlerin kapsamı daralmış olacaktır.

Nitekim anlaşma ifadesinden sözleşme kavramını anlayan görüşlere göre, borçlar hukuku karakteri arz eden bir sözleşmenin dışında kalan tüm anlaşmalar, bu noktada centilmenlik anlaşmaları, şartları varsa uyumlu eylemler altında toplanmalı ve sınıflandırılmalıdır. Anlaşmayı sözleşmeden daha geniş anlayan görüşlere göre ise centilmenlik anlaşmaları, anlaşma kavramı altında toplanır ve uyumlu eylemlerin "bir türü" olarak değerlendirilemez.

Doktrinde anlaşmaların kapsamı belirlenir ve hukukî niteliği değerlendirilirken, sözleşmelerin dışında kalan, yani hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmaları ifade etmek üzere genellikle centilmenlik anlaşmalarından söz edilmektedir. Dolayısıyla centilmenlik anlaşmaları, rekabet hukukunun anlaşma kavramının kapsamına sokulduğunda, aslında anlaşmaların hukuken bağlayıcı olmayabileceği de kastedilmektedir. Aşağıdaki görüşler incelenirken bu nokta gözden kaçırılmamalıdır. Centilmenlik anlaşmasının ne anlama geldiği ise daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1. Anlaşma Kavramını Dar ve Geniş Yorumlayan Görüşler

a. Anlaşma Kavramını Dar Yorumlayan Görüşler

Nitekim ilk görüşün savunucularından olan Mathijsen'e göre centilmenlik anlaşmaları anlaşma kavramı altında toplanamaz. Zira bu tür anlaşmalar hukuken korunma altında değildir ve bu nedenle tarafları hukukî bir borç altına sokmaz. Bu açıdan ATA m.81'de anlaşma ile kastedilen sözleşmelerdir. Çünkü m.81/II'de, m.81/I kapsamına giren anlaşmaların hükümsüzlüğünden söz edilmektedir. Oysa hukuken bağlayıcılık içermeyen bir anlaşma ya da durumun hükümsüzlüğünden de söz

edilemez⁷⁰. Benzer bir yaklaşım Türk hukukunda Topçuoğlu tarafından da ileri sürülmektedir. Yazar anlaşma kavramının uygulamasını hukuken bağlayıcı mutabakatlarla (sözleşme) sınırlandırmakta ve anlaşma deyimi ile arzu edilen bir sonuca yönelik, en az iki tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun beyanlarda bulunmaları ile gerçekleşen hukukî işlemleri kast etmektedir⁷¹. Dolayısıyla yazar, sözleşme ilişkisi doğurmayan durumların, bu arada centilmenlik anlaşmalarının, uyumlu eylemler altında toplanması görüşündedir⁷².

Anlaşmayı dar yorumlayan görüşlerin bir dayanağı da, hukuken bağlayıcı olmayan uyuşmaların sözleşmelerle birlikte "anlaşma" çatısı altında toplanması hâlinde, artık uyumlu eylemlerden neyin kastedildiğinin belirsiz kalacağıdır. Hatta bu ihtimalde, uyumlu eylemler kavramına da gereksinim kalmayacaktır⁷³.

Topçuoğlu'na göre, anlaşmanın geniş yorumlanması uygulamaya herhangi bir katkı sağlamayacağı gibi, hukukî kavram ve kalıplara da zarar verebilir. Yazar devamlı, anlaşmanın dar yorumlanmasının, kanunun uygulama alanını daraltabilir, hatta özellikle centilmenlik anlaşmalarına, uygulamaya geçiş aşamasından önce müdahale edilememesi gibi bir sonuca da yol açabilir gözüküğünü, ancak zaten anlaşmalarının uygulamaya geçilmeden önce belirlenmesinin güç olduğunu ifade ediyor: "...centilmenlik anlaşmaları da dahil, anlaşma olarak nitelendirilen bağlayıcı iradeden yoksun karşılıklı taraf ilişkilerinin, ilan edilerek duyurulmadığı, kolayca fark edilir şekilde icra edilmedikleri kuşkusuzdur. Bu tür anlaşmaların varlığı doğal olarak icra safhasında anlaşılabilir". Örneğin, "bir kokteylde, iki iş adamının sohbet arasında satış fiyatları ya da piyasa paylaşımı ile ilgili hususları ayrıntılı bir şekilde görüştiklerini ve anlaştıklarını düşünelim. Doktrin ve uygulamaya göre hareket edilirse taraflar arasında karşılıklı şeref sözünü içeren ilişki anlaşmadır. Söz konusu anlaşmanın icra safhasından önce nasıl öğrenilebileceği sorunu bir yana, bu aşamada, bağlayıcı iradeden yoksun olan ilişkinin, pratik olarak yasaklanabilmesi imkanı bulunmamaktadır". Yazar, bu tür ilişkilerin anlaşma olarak nitelendirilmesi

70 Mathijsen, R.S.: A Guide to European Community Law, London 1985, s.169. Anlaşmaları, karşılıklı yükümlülük doğuran hukukî işlemler olarak gören diğer bir görüş için bak. Brinker, in: Schwarze, Art. 81 Rn. 29; keza Schollmeier/Krimphove de bu kanaatte olup, centilmenlik anlaşmalarını uyumlu eylemlerin kapsamında görmektedirler. Schollmeier/Krimphove, in: Bleckmann, § 23 Rn. 1838.

71 Topçuoğlu, Rekabet, 169.

72 Topçuoğlu, Rekabet, 170 vd.

hâlinde, kanunun uygulanmasında ispat güçlükleri ile de karşılaşılacağı kanaatindedir. “Zira... ispat kolaylığı ile ilgili hükümlerden (RKK m.4/3 m.59) sadece uyumlu eylemlerin ispatında yararlanılabilecektir”. Dolayısıyla bu tür bir ilişkinin uyumlu eylem olarak kabul edilmemesi “kanunun, etkin bir şekilde uygulanması imkânını kısıtlamakta, yine uygulama alanını da daraltmaktadır”⁷⁴.

Anlaşmaların geniş şekilde yorumlanması gerektiği görüşünü savunan Aslan, Topçuoğlu'nun gerekçelerini isabetli bulmamaktadır. Bir kere “her hukuk dalı kendi kavramlarını diğer hukuk dallarından farklı olarak yaratabilmektedir”. Rekabet hukukunun anlaşma kavramı da bunlardandır. Üstelik rekabet hukukunda “anlaşma kavramı dışında da yeni kavramlar bulunmaktadır”. Kuşkusuz bunun en güzel örneklerinden biri teşebbüs kavramıdır. Zira “ne ticaret kanununun işletme kavramına ne de vergi kanunlarındaki teşebbüs, işletme ve iş ortaklığı kavramlarına uymaktadır”. “Sözleşme kavramı, özel hukukun bir kavramıdır, anlaşma ise kamu hukuku yanı ağır basan bir hukuk dalının kavramıdır”. Hâliyle “özel hukukun kapsamı içinde sayılması mümkün olmayan bu yeni hukuk dalının kavramlarını özel hukukun klasik kavramlarıyla açıklamaya çalışmak gereksiz bir çaba” olmaktadır⁷⁵.

Keza aynı yazar, anlaşma kavramının dar ya da geniş yorumlanmasının uygulama açısından doğuracağı sonuçlar konusunda da Topçuoğlu ile hemfikir değildir. Anlaşmanın dar yorumlanması uyumlu eylemlerin kapsamını genişletmek demektir. Bu uygulamada rekabete aykırı davranışların kontrolünü daha da güçleştirecektir. Çünkü “uyumlu eylemlerin kanıtlanması için ayrıntılı pazar analizi gerekmektedir. Uyumlu eylem, fiili bir durum olduğu için, ispatı da pazarın fiilen analiz edilmesi suretiyle mümkün olabilmektedir. Yani anlaşmalara göre uyumlu eylemlerin ispatı ve yasaklanması daha zordur”. Kanun koyucunun anlaşma ve (birlik) kararlarından farklı olarak, uyumlu eylemlere ilişkin karine getirmesinin amacı da bu ispat zorluğunu bir nebze olsun azaltmaktır. Fakat karineye rağmen, anlaşmaların yasaklanması uyumlu eylemlere göre yine de daha zordur. Burada ispat yükü yine Rekabet Kurulunda olmakla beraber, karine sayesinde kısmen ters çevrilmiş olmaktadır ve “Kurul her halükarda ‘fiilen rekabetin sınırlanmakta olduğunu’ kanıtlamak zorundadır”. Buna karşın “işletmeler ise rekabetin kendi davranışları nedeniyle değil, başka iktisadi ve rasyonel sebeplerden dolayı sınırlandırıldığını

73 Bak. Efem, G.: Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Bakımından RA m.85'e Kavramsal Bir Yaklaşım, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1993, s. 65.

74 Topçuoğlu, Rekabet, 170.

kanıtlamak zorundadırlar". Eğer bağlayıcı olmayan anlaşmalar da uyumlu eylemler altına alınırsa, "İspat yükü ile ilgili getirilmiş olan 'istisnanın' kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Yani, daha fazla işletme suçsuzluğunu kanıtlamak durumunda kalacaktır". Oysa "bilindiği gibi hukukta istisnaların dar yorumlanması yönünde bir kural vardır. Özellikle idare hukuku anlamında kişilere yükümlülük veya sadece yük getiren kurallar istisna teşkil ediyorsa, bunların genişletici şekilde yorumlanması hukuka aykırı olarak kabul edilir. Uyumlu davranış kapsamı genişletilmekle, ispat yükü açısından da gittikçe daha fazla sayıda işletmeye bir yük getirilmiş olmakta, istisnanın kapsamı böylece genişletilmiş olmaktadır"⁷⁶. Aslan, bunun yanında, anlaşma kavramının geniş yorumlanmasının Kurulun işini daha kolaylaştıracağı kanaatinde. "Kurul pek çok olayda anlaşmanın varlığından bahisle, ayrıntılı pazar incelemesi yapmadan, sadece bu anlaşmanın 'amacının' kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamayı kolayca yasaklayabilecektir"⁷⁷.

Kuşkusuz hukuk, kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenlemekte sosyal düzen kuralları arasında yer alır. Toplumdaki ilişkiler ise durağan değildir. Sürekli bir değişim içindedir. Bu değişim yeni ahlâk ve görgü kuralları getirdiği gibi hukuk kurallarının da gelişme ve genişlemesine yol açmakta; yeni hukukî kavram ve kalıplar doğabilmektedir. Bu aynı zamanda hukukun toplumla birlikte yaşaması ve canlılığını yitmemesi açısından şarttır. Dolayısıyla kişilerin birbirleriyle, kurmuş oldukları topluluklarla ve hatta bu toplulukların birbirleriyle olan ilişkilerinin, yeniliklerin getirdiği olumlu ya da olumsuz durumlara göre değişmesi ile yeni hukukî kavram ve kalıpların doğmasından endişeye düşmemek gerekir. Nitekim günümüzdeki hukukî kavram, kalıp ve ilkelerin tümü bir anda ortaya çıkmamıştır. Zaman içinde çeşitli kavram ve kalıplar önemlerini yitirip yerlerini yeni ve güncel kavramlara da bırakabilirler. Sosyal gelişmelere paralel olarak hukuk dalları ortaya çıkabilir ve bunlar eskilerin yanında kendine özgü kavram ve ilkeler taşıyabilirler. Örneğin, zamanla gelişen iş hukukunun emredici kurallara getirdiği nispî emredicilik uygulaması buna örnek gösterilebilir. Bu nedenle rekabet hukukunun yeni anlaşma kavramının eski sözleşme kavramına zarar vereceği düşünülmemelidir. Kuşkusuz rekabet hukuksal anlaşmanın içeriği ve sınırları henüz tam çizilememiştir. Ancak bu yine rekabet hukuku çerçevesinde çözümlenecek bir sorundur. Burada hukuk öğretisine düşen, yeni kavramları sağlam bir hukukî zemine oturtmak, anlaşılır hâle

75 Aslan, Türk hukuku, 74-75.

76 Aslan, Türk hukuku, 75.

getirmek, kapsamını çizmek ve diğer hukukî kavram ve kalıplarla ilişkilerini belirlemek olmalıdır.

Her ne kadar anlaşma kavramı özel hukuk ve kamu hukukundan çok disiplinler arası bir hukuk izlenimi veren –Aslan'a göre kamu hukuku karakteri ağır basan- rekabet hukukuna özgü bir kavramsa da, bunun ilk bakışta özel hukukla olan ilişkisi ve sözleşmelerle olan yakınlığı göze çarpar. Burada gözden kaçırmamak gerekir ki, RKK'nın ihlâl türlerine ilişkin hükümleri özel hukuk; rekabet otoritesi yani Rekabet Kuruluna ve Kurulun işleyişi, çalışma usulleri vb.lerine dair hükümleri ise kamu hukuku karakterli hükümlerdir. Bu açıdan anlaşma kavramının anlam, kavram ve hukukî niteliği araştırılacaksa bunun özel hukuk hükümleri, hiç kuşkusuz borçlar hukuku hüküm ve ilkelerine göre yapılması gerekir.

Öte yandan, burada uyumlu eylemlerin ispatı sorununa değinilmeyecek, bu sorun ileride ele alınacaktır. Zira kanaatimizce bir kavramın (maddî açıdan) hukukî nitelik ve özellikleri ortaya konduktan sonra ispat hukuku açısından bunun sonuçları belirlenmeli ve bu aşamada karşılaşılan güçlükler kavramın hukukî niteliğine uygun çözümler bulunmalıdır⁷⁸.

b. Anlaşma Kavramını Geniş Yorumlayan Görüşler

Baskın görüşe göre, rekabet hukukunda anlaşma ifadesi centilmenlik anlaşmalarını da içine alacak şekilde hukuken bağlayıcı olmayan tüm anlaşmaları kapsar⁷⁹. Bu görüş Türk hukuk doktrinde de taraftar bulmaktadır⁸⁰. Nitekim Aslan'a göre kanun sözleşme yerine anlaşma ifadesini özellikle seçmiştir. Böylece burada yazılı, sözlü, örtülü her türlü uyuşma, anlaşma olarak kabul edilmektedir. Keza Aslan, taraflar açısından bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmalarının da tarafların fiilen buna uymaları ve rekabeti sınırlamaları hâlinde anlaşma olarak kabul edildiğini ifade etmektedir⁸¹.

77 Aslan, Türk hukuku, 75.

78 Ayrıca bak. aça. § 5, III, D, 4, a, cc altında yapılan açıklamalar.

79 Whish, 76; Goyder, 93; Ritter/Braun/Rawkinson, 61; Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1) Rn. 74; Bael/Bellis, 32; Rodger/MacCulloch, 130; Gassner, 25; Power, 309.

80 Aslan, Türk hukuku, 72; Sanlı, 86.

81 Aslan, Türk hukuku, 72.

Anlaşma kavramını geniş yorumlayan görüşler için temel sorun, anlaşmalarla uyumlu eylemler arasındaki farkı ortaya koymak noktasında odaklaşmaktadır. Kuşkusuz anlaşma deyimi sözleşmelerle sınırlanınca, özelliklerine hukuk sisteminin eskiden beri aşına olduğu yıllar içinde hemen hemen kemikleşmiş ve bu açıdan belirlenmesi (daha) kolay olan sözleşmeler dışında kalan tüm uzlaşma, uyuşma ve anlaşmaları uyumlu eylemler altında toplamak mümkün olmaktadır. Nitekim anlaşmaları geniş yorumlayan yazarların genelinin bu noktada, bu ayrımın esasen teorik bir ayrım olduğu, uygulamada rekabet ihlâlinin anlaşma ya da uyumlu eylemler olarak nitelendirilmesinin önemli olmadığı üzerinde birleştiği görülmektedir⁸². Böylece bir bakıma anlaşma kavramının niteliğini belirlemeye yönelik faaliyetler, sonuçta bu kavramlar arasında net bir ayrımın yapılamaması ile noktalanmaktadır.

Bununla birlikte bazı yazarlar, uyumun uyumlu eylemin kurucu unsuru olduğunu belirtmekte, ancak uyumun tek başına rekabet ihlâlinin varlığı için yeterli olmadığını, bu nedenle uyumlu eylemlerde pazara yansıyan davranışın varlığının, anlaşmalarda ise hukukî ya da fiilî bağlayıcılığın varlığının araması gerektiğini ifade etmektedirler⁸³.

Akıncı da, Komisyon ve ATAD'ın kararlarından örnekler getirerek⁸⁴, anlaşma-uyumlu eylemler ayrımının sadece teori bakımından değil, uygulama açısından da önemli olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca, özellikle uygulama bakımından aralarında bir fark yok ise, Komisyon ve mahkemenin anlaşma kavramının tanımını vermek için gösterdiği uğraşının nedeninin ne olabileceği sorusunu yöneltmektedir. Akıncı ayrıca burada, uygulamaya açıklık getirmesi açısından görüşlerini bir örnekle somutlaştırmaktadır: *"Örneğin, ortak pazarda, piyasanın %80'ini elinde bulunduran 4 boya hammaddesi üreticisinin fiyatlarını belirlemek üzere bir anlaşma yaptıklarını varsayalım. Burada, anlaşma yürürlüğe konulmadan önce veya hiç yürürlüğe konmamış dahi olsa 85. madde hükümleri uygulanacaktır. Anlaşma durumunda, 85. madde doğrudan uygulama alanı bulacaktır, yeter ki, anlaşma rekabeti kısıtlama amacına yönelmiş olsun. Buna karşılık, uyumlu eylemde 85. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için, tarafların uyum hali yetmemekte, uyumun eyleme dönüşmesi gerekmektedir".* Dolayısıyla *"centilmenlik anlaşması veya basit bir hemfikir olma*

82 Bak. Whish, 78 vd; Faull/Nikpay, 2.54 vd; Power, 306 vd, 319.

83 Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1) Rn. 75.

84 Bak. Akıncı, 45.

durumunun anlaşma kavramının kapsamı içinde kabulü halinde, teşebbüslerin anlaşmayı yürürlüğe koymaları beklenmeden 85. maddenin uygulanması mümkün olacaktır”⁸⁵.

Anlaşma ve uyumlu eylemlerin hukukî sonuçları bakımından aynı kurallara tâbi olacağı, özellikle AB rekabet hukuku bakımından isabetli görülebilir. Sonuçta, bir anlaşma ya da uyumlu eylem, belirlendikten sonra rekabet kurallarının getirdiği yasaklarla karşılaşacak ve anlaşma ve uyumlu eylem olduğuna göre değil, ihlâlin ağırlığına göre yaptırma tâbi tutulacaktır. Bununla birlikte aynı hukukî sonuçları doğurma ya da aynı hukukî yaptırma uğrama, bu hukukî sonuçları doğuran ya da bu yaptırımı müstahak kılan ihlâl türlerinin aynı olduğu anlamına gelmeyeceği gibi, taşıdıkları unsur ve niteliklerin de aynı olduğu anlamına gelmez. Olsa olsa bunların hukukî sonuçları ve yaptırımları arasındaki benzerlik ya da aynılıktan dolayı bir üst grup ya da kavram altında toplanmaları sonucunu doğurur ki bu hukuk sisteminin yabancı olduğu bir durum da değildir. Nitekim m.81 ve m.4 kapsamındaki ilişkiler, (dar anlamda) kartel kavramı ya da danışıklılık başlığı altında toplanabilmektedir.

Öte yandan Komisyon ve mahkemelerin (ATAD ve İDM) anlaşma ve uyumlu eylemleri ayıran kararlarına örnek verilebilirse de, asıl eğilimlerinin bu yönde olmadığını belirtmek gerekir. Genellikle Komisyon ve mahkemeler, rekabetin sınırlandırıldığının kesinleştiği hâllerde, ihlâl nedenini “ tarafların anlaşma ve uyumlu eylemlere girişmiş olmalarına” dayandırmaktadır. Ancak, hukukî sonuç ve yaptırımlarının aynı olması yanında, bunun nedenlerinden biri de karmaşık karteller denilen durumların varlığıdır ki bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir⁸⁶.

c. Anlaşma Kavramını Geniş Yorumlayan Görüşlerin İsbetliliği

Doktrinde baskın olarak kabul edildiği gibi, rekabet hukukunun anlaşma anlayışını sözleşme ile sınırlamak doğru olmaz. Anlaşmalar bundan çok daha geniş bir anlama sahiptir. Bu sonuç AB rekabet hukuku için olduğu kadar Türk rekabet hukuku için de geçerlidir.

Nitekim RKK m.4’te açıkça anlaşmalardan söz edilmiştir. Gerçi burada 4. maddenin sözünün (lâfzının) aksine özünün (ruhunun) sözleşmelere yönelik olup

85 Akıncı, 46.

86 Bak. aşa. § 5, IV.

olmadığı akla gelebilir. Ancak anlaşma teriminin bilinçli olarak sözleşmeye tercih edildiğini kabul etmek gerekir⁸⁷. Zira sözleşme, Kanun koyucunun aşına olduğu bir terimdir. Bunun yerine 'yanlışlıkla' anlaşmanın seçildiğini söylemek doğru olmaz - zaten böyle bir iddia da yoktur-. Öte yandan RKK'nın gerekçesi bu konuda tereddüde yer vermeyecek derecede açıktır: *"Maddenin amacı bakımından anlaşma, medeni hukukun geçerlilik şartlarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. anlaşmanın yazılı ya da sözlü olmasının önemi yoktur"*.

Keza 4. maddede anlaşma ifadesinin bilinçli kullanıldığını teyit eder şekilde, RKK'nın 1,2,5,8,10,13,16 ve 56. maddelerinde de anlaşmalardan söz edilmiştir. Bunun istisnasını RKK m.57 teşkil eder.

RKK'nın 56. maddesinin kenar başlığı, "Bu Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukukî Niteliği"dir. Buna göre Kanuna aykırı anlaşma ve kararlar geçersizdir. "Tazminat Hakkı" başlığını taşıyan 57. maddede ise kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme ya da anlaşmaların sonuçlarından zarar görenlerin tazminat hakkı düzenlenmiştir. Gerçekten bu maddeye göre; *"Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsabundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur"*. Böylece Kanunun sadece anlaşmaları zikreden genel tarzının aksine, burada sözleşme ve anlaşma kavramları yan yana kullanılmıştır.

Türk doktrininde 57. maddedeki bu özel durum, anlaşmanın gerek dar gerekse geniş yorumlanmasının lehinde ve aleyhinde delil olarak kullanılmıştır. Bir görüş, maddede iki terimin yan yana yer almasını eleştiriye açık görmekle birlikte, bunun aynı zamanda sözleşme ve anlaşma arasında fark gözetildiği anlamına da geldiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla maddeye özgü bu farklılıktan, "anlaşma"ya yer verilmesinin bilinçli bir tercihe dayandığı sonucu da çıkmaktadır⁸⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, Kanunun 56. maddesinde, 4. maddeye aykırı anlaşmaların batıl olduğundan söz edilmesi, anlaşma kavramının hukuken bağlayıcı mutabakatları karşıladığının bir göstergesidir. Zira butlan ya da geçersizlik, emredici hükümlere aykırılık teşkil eden hukukî işlemlerin yaptırımıdır. *"Dolayısıyla hukukî"*

87 AB rekabet hukuku için aynı yönde; Lane, 51.

88 Sanlı, 144 dn.19.

*muamele niteliği taşımayan ya da hukuken bağlayıcı olmayan mutabakatların batıl olmasının hiçbir anlamı ve esprisi yoktur*⁸⁹.

Aslan'a göre ise, 56. maddedeki geçersizlik yaptırımını anlaşmanın niteliğini açıklamada kullanılamaz. Çünkü bu yaptırım, 4. maddeye aykırı olup da hukuken bağlayıcı olan anlaşmalar için getirilmiştir. Bu nedenle, hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmaların, rekabet hukukunun "anlaşma" kavramının dışında tutulduğuna, 56. maddenin dayanak gösterilmesi isabetli değildir⁹⁰.

Dikkat edilirse söz konusu madde RKK'nın beşinci kısmında yer alır. Bu kısım "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlığını taşımaktadır. Hâliyle gerek 56 gerekse 57, bir bakıma, niteliği tartışmalı RKK'dan özel hukuk alanına geçiş maddeleridir. Yani RKK'nın kendine özgü anlaşma ve hatta birlik kararları anlayışının, özel hukuk karşısındaki konum ve yansımaları burada "kanun koyucunun iradesine ilişkin ipuçları verir vaziyette" yer almaktadır. Bir bakıma bu kısım, rekabet hukukuna ilişkin bazı kavram ve uygulamaların, özel hukuk kavram ve uygulamaları ile karşılaştırılmasıdır. Nitekim uyumlu eylemlere ilişkin karine m.4'te düzenlenirken, bu karinenin medenî usul hukukundaki ispat gücüne etkisi bu kısımda (m. 59) yer alır. Bu açıdan m.57 kanun koyucunun anlaşmayı sözleşmeden ayrı değerlendirdiğini göstermektedir. Maddede geçen "sözleşme veya anlaşma" ifadesiyle kastedilen ise aslında "hukuken bağlayıcılığı olan ya da olmayan anlaşmalar"dır . Nitekim burada uyumlu eylemler yerine de rekabeti kısıtlayarak üçüncü kişileri zarara uğratan kanuna aykırı eylemden söz edilmiştir. Karar, sözleşme ve anlaşmalar ayrıca sayıldığına göre bunun uyumlu eylemleri karşıladığı söylenebilir. Kanun burada rekabet hukuksal bir kavram olan uyumlu eylemlerden ayrılarak, bu kez bir bakıma (hem rekabet hukuksal hem de) özel hukuksal, özellikle borçlar hukuksal bir bakış açısıyla ne "uyumlu" ne de "haksız", yalnızca eylemlerden söz etmiştir.

Dolayısıyla Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukuklarında anlaşmanın geniş yorumlanması isabetli olmaktadır.

Kanaatimize göre anlaşmaların böylece üçe ayrılması mümkün olur:

89 Topçuoğlu, Rekabet, 171. Yazar görüşlerine şu şekilde devam etmektedir: "Gerçi butlan sonucunun hukuki muamele niteliğini haiz rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara mahsus olduğu ve bu durumun "anlaşma" kavramının, bağlayıcı kuvvetten yoksun muameleleri de içine alacak şekilde geniş yorumlanmasına engel teşkil etmeyeceği düşüncesi akla gelebilir." 171-172.

90 Aslan, Türk hukuku, 74-75.

-Sözleşmeler

-Centilmenlik anlaşmaları ve

-Basit anlaşmalar.

Sözleşmeler hukuken bağlayıcı olan anlaşmaların, geri kalanlar hukuken bağlayıcı olmayan tüm anlaşmaları kapsar.

Rekabet hukukunda anlaşmanın tanımlanmaması alışık bir durumdur. Böylece bir terim olarak anlaşılmaktan çok günlük dildeki anlamına yakın kullanılmaktadır. Bununla birlikte burada RKK'nın gerekçesinden hareketle anlaşmalar şu şekilde tanımlanabilir: Anlaşma, medeni hukukun geçerlilik şartlarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşmadır⁹¹.

Yukarıda Komisyonun bakış açısından karşılıklı anlayış durumları incelendi. Biz basit anlaşmalarla, centilmenlik anlaşması olarak nitelendirilemeyecek hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmaları kastediyoruz ki bunları "basit" kılan, bir şekilde diğer anlaşmalara göre belirgin olmayan yönler taşımalarıdır. Bu nedenle basit anlaşmalarla karşılıklı anlayış durumları kastedilmemektedir. Bununla birlikte, özellikle II. kategorideki karşılıklı anlayış durumlarının basit anlaşmalar olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bunlara yukarıda değinildi.

Doktrinde sözleşmelerin dışında kalan anlaşmalardan söz edildiğinde öncelikle akla centilmenlik anlaşmaları gelmektedir. Gerçekten de bunun dışında kalan anlaşmalar ele alınıp incelenmiş değildir. Sadece, yukarıda ifade edildiği gibi, karşılıklı anlayış durumları başlığı altında bazı durumlar anlaşmalar içinde değerlendirilmiş ya da eleştirilmiştir.

Burada da anlaşmaların esaslı bir bölümünü oluşturan centilmenlik anlaşmalarına yer verilecektir. Denilebilir ki, centilmenlik anlaşmaları rekabet hukukunda (birkaç örnek dışında) hukuken bağlayıcı olmayan tüm anlaşmaları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu yüzden de önemi büyüktür.

91 Kar. Power, 307.

2. Centilmenlik Anlaşmaları

Görüldüğü gibi rekabet hukukunda anlaşmalar, sözleşme kavramının dar kalıpları altında değerlendirilemez ve sınırlandırılmaz. Anlaşma kavramı özellikle centilmenlik anlaşmalarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır.

Centilmenlik anlaşmaları hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmalardır. Rekabet hukukundaki anlaşmaları sözleşmelerden ayıran temel özellik de bunların hukuken bağlayıcı olmalarının gerekmemesidir. Bu bakımdan centilmenlik anlaşmaları anlaşmaların hukuken bağlayıcı olmayan yönünü temsil etmekte ve âdeta bu açıdan anlaşma ile eş değer bir anlam üstlenmektedir.

Bununla birlikte centilmenlik anlaşmaları rekabet hukukunun doğurduğu ve sadece ona özgü bir kavram değildir. Rekabet hukukunun dışındaki alanlarda da centilmenlik anlaşmaları söz konusu olabilir. Hatta rekabet hukukundan önce gerek özel gerekse kamu hukukundaki bazı özelliklere sahip bağlayıcı olmayan anlaşmalar için kullanılmış ve buradan rekabet hukukuna geçmiş bir kavramdır.

Ancak centilmenlik anlaşmaları rekabet hukukundan önce üzerinde fazlaca durulmayan bir konuydu. Rekabet hukuku ile birlikte ise özel bir önem kazandı. Zira rekabet hukukunun centilmenlik anlaşmaları, kanun koyucuların ilgisini çekebilmiştir. Bir başka deyişle, rekabet hukuku, hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmaların temel kavram olarak ele alınarak düzenlendiği ilk ve tek hukuk dalı olmaktadır.

Aşağıda genel olarak centilmenlik anlaşmaları ele alınacak ve nihayet rekabet hukukundaki özellikleri üzerinde durularak konu tamamlanacaktır.

a. Centilmenlik Anlaşmalarının Anlaşma ve Sözleşme İle İlişkisi

Centilmenlik anlaşması (gentlemen's ya da gentleman's agreement) İngilizce kökenli bir kavram olup genellikle bu ad ile doktrinimizde kullanılmaktadır⁹². Bunun yanında centilmen anlaşmaları şeklinde anıldığı da görülmektedir⁹³.

Almanca Literatürde de centilmenlik anlaşması ifadesi genel kabul görmekte birlikte⁹⁴, bunun yerine kahvaltılık karteli (Frühstückskartell), yer altı karteli

92 Akıncı 43; Sanlı, 77; Topçuoğlu, Rekabet, 169.

(Untergrundkartell), gizli anlaşma (Geheimabsprache), gevşek anlaşma ya da uzlaşmalar (lose Absprachen), gayriresmî ya da hukuk dışı anlaşma ya da uzlaşmalardan (informelle Absprachen) söz edildiği de görülmektedir⁹⁵.

Bu çalışmada centilmenlik anlaşması ifadesi tercih edilecektir. Zira centilmenlik anlaşması ifadesi, centilmen anlaşmalarından daha isabetli görünüyor. Burada centilmenler arası ya da centilmenlerin anlaşmasından çok, centilmenliğe dayalı bir anlaşma göze çarpıyor. Yani taraflardan, aralarındaki anlaşmaya uymak hususunda efendice, bir centilmen gibi (gentlemanlike)⁹⁶ davranmaları bekleniyor.

Aslında bir sözleşmede de, asıl olan onun ifası olduğuna göre, taraflar birbirlerinden ifaya ya da borca uygun davranış bekler. Bu açıdan bir sözleşmenin de ahlâkî açıdan ifası beklenmekte, hukuk düzeninin buna zorlayıcılığının yanında, saygınlık, onur, vicdan vb. değerler açısından da ifa yükümlülüğü üstlenilmektedir⁹⁷. Şu hâlde her sözleşme ilişkisinin içinde de, bir centilmenlik yönü ya da centilmenlik beklentisi vardır. Ancak sözleşmelerde bu beklenti ikinci plândadır ve karşılanmadığı takdirde devreye hukuk düzeni girer ve hukuk düzeninin sözleşmeye aykırılıktan doğan yaptırımları gündeme gelir. Bu yüzden sözleşmelerdeki centilmenlik beklentisi, centilmenlik anlaşmalarındakinden terimsel açıdan ayrılır.

Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, çeşitli gruplar altında toplanabilecek centilmenlik anlaşmalarından hiçbirinde hukukî bağlayıcılık durumuna rastlanmaz. Esasen centilmenlik anlaşmalarını sözleşmelerden ayıran başlıca nokta da budur.

93 Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 25, Nr. 11; Oğuzman/Öz, 44 dn. 33; Badur, 58; ayrıca bak. Özsunay, Kartel hukuku, 159.

94 Bahntje, U.: Gentlemen's Agreement und abgestimmtes Verhalten, Diss., Athenäum 1982, s. 1 vd; Chang, 92; Mosheim, B: Gentlemen's Agreement, Der Betrieb, 1963, s. 1034 vd.; Sigbert, H: Das Gentlemen's Agreement und seine Bedeutung im Kartellrecht, Diss., Schwäbisch Hall 1962, s. 1 vd.; Heigl, H.R.: Das "Gentlemen's Agreement" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Köln 1961, s. 1 vd; Sandrock, O.: Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, WuW, 1971, s.585 vd.

95 Bak. Ruge, gleichförmiges Unternehmerverhalten, 7; Esser, J/Schmidt, E.: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984, § 10, I, 3; Chang, 15 dn. 34; Özsunay, Kartel hukuku, 159.

96 Bahntje, 17.

97 Bahntje, 17.

Bundan dolayı doktrinde yapılan tanımlarda centilmenlik anlaşmalarında sözleşmesel bir niteliğin bulunmadığı hemen hemen istisnasız⁹⁸ kabul edilmektedir.

b.Centilmenlik Anlaşmalarının Tanımlanması

Bir tanıma göre centilmenlik anlaşması, istenen sonuca, tarafların sözlerine olan güven ya da ahlâk ve adaba (Anstand) bağlılık yardımıyla ulaşılmaya çalışıldığı hukukî sonuç iradesi taşımayan açıklamalardır⁹⁹.

Bir başka tanıma göre centilmenlik anlaşması, tarafların hukukî bağlılık ve hukukî (zorla) icra kabiliyetini bilerek dışarıda tuttukları, bu nedenle hukukî yaptırım olmayan, ancak riayet edilmemesi sosyal, meslekî, ahlâkî, ticarî ya da onur, şeref ve namus açısından negatif bir değerlendirmeye ya da davranışa yol açabilecek bir anlaşma, uzlaşma (Absprache) ya da vaattir (Versprechen)¹⁰⁰.

Diğer bir tanıma göre ise centilmenlik anlaşması, tarafların anlaşmalarını (Abrede) farklı nedenlerden dolayı mümkün olduğunca hukuk düzeninin dışında tutmak istedikleri ve anlaşmaya uyulmasında yalnızca diğer tarafın sözüne, açık ya da örtülü verilmiş (konkludent) bir vaadine bel bağladıkları, sözleşme yerine ikame edilen, hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmalardır¹⁰¹.

Centilmenlik anlaşmaları; tarafları hukukî yükümlülük altına sokmayan, tarafların ahlâkî anlamda taahhüt altına girdikleri ve sadece karşılıklı "şeref sözü"ne dayanan ilişkiler olarak da tanımlanmaktadır¹⁰².

Doktrindeki tanımlarda her ne kadar centilmenlik anlaşmalarının hukukî yaptırımından uzak olma özelliği –haklı olarak- vurgulansa da, bu anlaşmanın bir diğer özelliği de taraflar arasında sözleşmeye benzer bir ilişki kurabilmesidir. Bu ise ancak tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin bağlayıcılık duygusu uyanmasına olanak

98 Bak. Reuss, K.F.: Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 1955, s. 489.

99 Enneccerus, L./Nipperdey, H.C.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband II, 15. Aufl., Tübingen 1960, s. 898; Ruge, gleichförmiges Unternehmerverhalten, 8; keza Schiffspumpen, 22.01.1964, WuW/E BGH, 602 vd; bak. Ruge, abgestimmtes Verhalten, 1148-1149.

100 Weber, H.: Einl. § 241 Rn. J 6, in: J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Begr. Staudinger J., 11. Aufl., Berlin 1967.

101 Bahntje, 25.

tanıyacak düzeyde belli olması ile mümkündür. Bu düzeyi centilmenlik anlaşmaları için sözleşmedekinden daha düşük tutmamak gerekir. Bu nedenle centilmenlik anlaşmalarında da sözleşmelerdeki icap-kabul gibi ciddi irade beyanları aranması isabet olur. O hâlde centilmenlik anlaşmaları; *hukukî sonuç iradesi de taşıyaydı bir sözleşmeyi kurabilecek nitelikteki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, ifası tarafların karşılıklı sözlerine güvene dayalı ve bu nedenle yaptırımını da ahlâk, namus, şeref, tanrı korkusu gibi manevî temellerden alan anlaşmalardır.*

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde ise, centilmenlik "antlaşması" başlığı altında şu ifadeler yer alır: *"Hukukî ve resmî olmayan, ancak tarafların karşılıklı güvenlerine dayanan sözlü antlaşmadır"*¹⁰³.

c.Amaçlarına Göre Centilmenlik Anlaşmalarının Sınıflandırılması

Görüldüğü gibi, centilmenlik anlaşmalarının temel özelliği hukuken bağlayıcı olmamalıdır. Tarafları böyle bir anlaşmaya iten nedenler çeşitli olabilir. Bunları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür.

aa.İkame amaçlı centilmenlik anlaşmaları

Kuşkusuz ilk bakışta centilmenlik antlaşması, centilmenler arası bir anlaşma gibi görünür. Gerçekten bazen tarafların şeref, onur ve saygınlığı hukuk düzeninin önüne geçer ve taraflar bu meziyetleri hukuk düzeninin sağladığı korumadan üstün ve etkili görebilirler. Böylece toplumda saygın bir konuma sahip taraflar, aralarındaki anlaşmayı bilerek ve isteyerek bir sözleşme biçimine dökmeyip, onu şeref, namus ve vicdan üzerine yaparak birbirlerine duydukları karşılıklı saygı ve güveni ön plâna çıkarırlar¹⁰⁴.

Bu gibi durumlarda taraflar centilmenlik antlaşmasını sözleşme yerine ikame etmiş olurlar. Hukuk düzeninin sağladığı korumayı hukuk dışı bir korumaya

102 Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, İstanbul 1995, s.105.

103 TDK., Türkçe Sözlük, 396; aynı şekilde, Millî Eğitim Bakanlığı: Örnekleriyle Türkçe Sözlük, Cilt IV, İstanbul 2000, s. 445.

değişirler. Bir başka deyişle anlaşmanın ifası devlet yerine taraflar üzerinde yaptırımı olan başka bir gücün güvencesi altına alınmış olmaktadır. Bu güç tanı olabileceği gibi, bizzat manevî değerleriyle insanın kendisi ya da tarafların mensubu buldukları camia ya da meslek çevresi olabilir. Bu anlamda tarafların anlaşmalarını tamamen güvencesiz bıraktığından da söz edilemez. Hatta tarafların algılamasına göre, centilmenlik anlaşmalarının yaptırımı sözleşmelerdekine göre çok daha ağır görülebilir.

Centilmenlik anlaşmaları her zaman tarafların hukuk düzeninden üstün gördükleri değerlere dayanarak yapılmaz. Bu ilk gruba giren anlaşmalarla diğerleri arasındaki en önemli fark, bunların geçerli hukukî işlemler olarak yapılmasını mümkünken tarafların bunu istememeleridir¹⁰⁵.

bb.Güvence amaçlı centilmenlik anlaşmaları

Tarafların centilmenlik anlaşmaları yapmasının bir başka nedeni de hukukî açıdan kusurlu olan işlemlerin bu şekilde bağlayıcılık kazanabilmesidir.

Bu kusurlar hukuk düzeni tarafından bir sözleşmeyi geçersiz kılacak derecede olabileceği gibi, varlıkların cezaî (hatta vergi hukuksal) bir yaptırımın doğmasına da neden olabilir.

Dolayısıyla bu grup centilmenlik anlaşmaları hukuk düzenince hoş görülmeyen ilişkileri konu alır. Bu gibi durumlarda ya devlet gücüyle yerine getirilmesi istenemeyecek bir edim vardır ya da anlaşmanın hukuk düzenince öğrenilmesinin taraflara getireceği yaptırımlar vardır. Taraflar hukuk düzeninin korumasından yoksun ilişkilerini, centilmenlik anlaşmalarına dökmekle, ifayı sağlamak amacına yönelmektedirler. Böylece ifanın gerçekleşmesi için hukukî korumaya göre zayıf da olsa bir güvence elde etmek amaçlanmaktadır.

Güvence amaçlı centilmenlik anlaşmalarında tarafların sözleşme yapmamalarının nedeni, ilişkilerini hukuktan üstün gördükleri bir değere bağlamak değildir. İlişkilerinin taşıdığı kusurlu yöndür. Bu yüzden bu tür centilmenlik anlaşmaları ilk gruptaki gibi sözleşmeye alternatif olma özelliği taşımazlar.

104 Bahntje, burada, tarafların birbirlerinin sosyal statüsüne duydukları güvene dayanarak, anlaşmalarını hukuk düzeninin garantisine bağlamama lüksüne girdiklerinden söz eder. Bahntje, 17-18.

105 Bahntje, 25.

cc.Avantaj sağlama amaçlı centilmenlik anlaşmaları

Bazen de centilmenlik anlaşmalarına, aynı konuda yapılacak bir sözleşmenin ya da anlaşmanın bağlı olduğu yasal prosedürden kurtulmak için başvurulur¹⁰⁶. Özellikle uluslararası alandaki işlemler için centilmenlik anlaşmaları, bu özelliği ile ön plâna çıkar. Devletlerin iç hukuk kurallarının getirdiği güçlükler böylece aşılabılır. Aynı zamanda böylece anlaşma ya da anlaşmanın içeriği ve varlığı, örneğin kamuya duyurulmadan kalacağı için, üçüncü kişilerden gizli tutulabilir.

Bu gibi durumlarda tarafların anlaşmadan beklediği yararı elde edilmesi için sözleşmelere göre centilmenlik anlaşmaları daha elverişli olmaktadır. Taraflar arasındaki ilişki, sözleşme formuna dökülür ya da bağlayıcı şekilde yapılırsa, çeşitli nedenlerle bu avantajlardan yoksun kalınabilecektir.

Kuşkusuz centilmenlik anlaşmalarında, bu nedenlerden bir ya da birkaçı bir arada bulunabilir. Üçüncü kişilerden gizli tutulmak amacıyla yapılan bir centilmenlik anlaşması, aynı zamanda tarafların sözlerine olan güven ve saygı duygusuyla da birleşebilir.

Görüldüğü gibi, centilmenlik anlaşmalarına başvurulmasının birden çok nedeni vardır. Bu nedenle centilmenlik anlaşmalarına her zaman centilmenlerin giriştiği bir anlaşma olarak pozitif bir anlam yüklenmez. Bu anlaşmalar hukuk düzeninin caiz görmediği ya da hoş karşılamadığı bir konuyu, centilmence olmayan bir nedenden ötürü sözleşmesel bir düzeye taşımayan, böylelikle anlaşmanın icra edilebilirliğini sosyal, meslekî, ahlâkî, ticarî ya da şeref ve namusa ilişkin negatif bir davranış ya da değerlendirme tehdidi doğması ihtimaline bağlayan anlaşmalardır.

d. Centilmenlik Anlaşmalarının Kamu Hukuku Alanında Görünümü

Kamu hukuku yönü ağır basan bir tanıma göre centilmenlik anlaşması, devlet adamları, diplomatlar ve ekonomik liderler arasındaki gevşek anlaşmalardır (lose Abmachung) ki, yalnızca doğruluk ve güvene (Treu und Glauben) dayanır ve

106 Ruge, gleichförmiges Unternehmerverhalten, 10.

anlaşmayı yapan kişiler tarafından temsil edilen devlet ya da firmaları hukukî açıdan bağlamaz¹⁰⁷.

Kamu hukuku alanında centilmenlik anlaşmaları çok defa¹⁰⁸ devletler arası gizli anlaşmalar olarak ortaya çıkar. Bu tür bir anlaşma uluslararası düzeyde karşılaşılabileceği düşünülen kınama ya da yaptırımlardan kurtulmak amacıyla yapılabileceği gibi, iki tarafı da ilgilendiren uluslararası bir meselede ortak bir tavır alınması amacıyla da yapılabilir. İlk durum için, iki devletin uluslararası çok taraflı bir anlaşmanın sabote edilmesi hususunda anlaşması örnek gösterilebilir¹⁰⁹. Bunun gibi, iki devlet arasında, üçüncü bir devlete saldırıda bulunmak, savaş açmak ya da askerî müdahalelerde bulunmak üzere bir centilmenlik anlaşması yapılabilir.

Öte yandan yürürlüğe girmesi için parlamento tarafından onaylanması gereken uluslararası bir anlaşmanın, sırf bundan önce kamu oyu oluşturulması için centilmenlik anlaşması şeklinde yapılması mümkündür. Bunun gibi millî mevzuat açısından mevcut aşamada geçerli kılınamayan bir anlaşmanın, onaylanacağına dair karşı tarafa önceden güven vermek için de centilmenlik anlaşması yapılabilir. Örneğin, Kıbrıs görüşmelerinde, referandumdan olumlu sonuç çıkması hâlinde varılacak anlaşmanın TBMM tarafından onaylanacağına dair (Türk hükümeti de dahil) tarafların yaklaşımı, bu tür centilmenlik anlaşmalarına örnek gösterilebilir.

Doktrinde kamu hukuksal centilmenlik anlaşmaları ile ilgili tarihî örnekler de verilmektedir¹¹⁰. Bunlara, 30.9.1938 tarihinde, Chamberlain ve Hitler'in Alman-İngiliz ilişkileri ve Avrupa'da barışın sağlanması hususunda gayret gösterilmesine ilişkin Münih beyanatları ve Stalin, Roosevelt ve Churchill arasında Yalta konferansında

107 von Haefen, s. 659, in: Wörterbuch des Völkerrechts, Band I, hrsg von. Strupp, K./Schlochauer, H.-J., Berlin 1960. (Bahntje, 28'den naklen).

108 Nitekim devletler ile uluslararası ya da yasa dışı örgütler arasında da bu tip anlaşmalar yapılabilir. Örneğin, "Cürete Bak" manşeti altında; ".....(devleti), dünyaya kabus yaşatan terörün hamiliğinden vazgeçmedi. (Terör örgütü), 'Hükümet(iy)'le güvene dayalı anlaşmamız var' dedi". Akşam Gazetesi, 3 Nisan 2004, s.1. "Terörle Anlaşmışlar! Bu rahatlığın sırrınıyargulanan teröristlerden itiraf etti: ' (söz konusu devletin) İçişleri Bakanlığı ile güvene dayalı bir anlaşmamız var. Gözaltına alınanlardan biri bendim. Birakıldık' ". Aynı tarihli gazete, s.1 ve 14.

109 Örnekler için bak. Münch, F.: Unverbindliche Abmachungen im zwischenstaatlichen Bereich, Mélanges offerts à Juraj Andrassy, La Haye 1968, s.214 vd. (Bahntje, 20 dn. 19'dan naklen).

110 Bak. Bahntje, 28-30; Münch, 214 vd.; von Haefen, in: Strupp/Schlochauer, 659 vd. (Bahntje, 29-30'dan naklen)

varılan anlaşma; özellikle de bunun Japonya'ya karşı yürütülen savaşa Sovyetler Birliği'nin de katılmasına ilişkin kısmı örnek gösterilebilir.

Kamu hukuku alanında ne zaman bir centilmenlik anlaşmasının varlığından söz edilebileceği noktasında ise netlik yoktur. Ancak doktrinde bu konuda bazı ölçütlerden yararlanılması önerilmiştir. Bunlara, resmî açıklamalarda bulunulması, anlaşmanın o devletin buna yetkili temsilcileri tarafından ifade ya da teyit edilmesi örnek gösterilebilir. Diğer yandan, yetkililerin temsil ya da görev sınırlarını aştığı durumlarda da, varılan anlaşmanın (antlaşma¹¹¹ olarak kabul edilemese de) centilmenlik anlaşması niteliğinde olduğu ifade edilebilmektedir¹¹².

e. Özel Hukuk Alanında Centilmenlik Anlaşmaları

aa. Genel olarak

Bilindiği gibi borçlar hukukunda esas olan sözleşme serbestisi ilkesidir¹¹³. Bu ilke gereğince kişiler ilişkilerini sözleşme düzeyine çıkarıp çıkarmamakta serbesttirler. Hâliyle kişilerden anlaşmalarını muhakkak hukuk düzenince tanınır hâle getirmeleri beklenemez. Ancak bu yapılmadığı takdirde hukukî tanınmanın getirdiği haklardan yararlanamama tehlikesi ile karşılaşılırlar.

Centilmenlik anlaşması yapabilme özgürlüğü de sözleşme serbestisinin bir uzantısı olmaktadır. Bu ilke altında centilmenlik anlaşmalarında özellikle sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ön plâna çıkmaktadır.

Sözleşme serbestisi ilkesi teorik olarak sözleşmenin gündeme gelebileceği her alanda centilmenlik anlaşması yapılabilmesine imkân vermektedir. Böylelikle tarafların hukukî korumadan yoksun satım anlaşmaları, istisna anlaşmaları, kira anlaşmaları yaparak bunları ifa etmeleri mümkündür. Sırf böyle bir anlaşmanın yapılmış olması dolayısıyla tarafların bir yaptırıma uğraması söz konusu olmaz.

111 Uluslararası antlaşmalarla ilgili geniş bilgi için bak. Sur, M.: Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000, s. 14 vd. Antlaşma: Uluslararası hukuk kişileri arasında, uluslararası hukuka tâbi hukukî sonuçlar doğurmak üzere meydana gelen irade uyuşması olarak tanımlanabilir. Sur, 15.

112 Bak. von Haeflén, in: Strupp/Schlochauer, 660 (Bahntje, 32'den naklen).

113 Bu konuda bak. Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 6. bası, İstanbul 1976, s.240 vd.

Bu tür centilmenlik anlaşmalarında ortaya çıkacak hukukî sorunların nasıl ve ne şekilde çözümleneceği ise bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Hukukî sorunla burada kastedilen, ifa edilen edimlerin sonradan geri istenmesi, keza ayıplı ya da kötü ifa gibi bir gerekçeyle mahkeme nezdinde bazı istemlerde bulunulması hâlinde centilmenlik anlaşmasından doğan uyumsuzluğa uygulanacak hükümlerin belirlenmesidir¹¹⁴.

Centilmenlik anlaşmaları gibi hatır ilişkileri de (Gefälligkeitsverhältnis) hukukî sonuç iradesinin¹¹⁵ yokluğuyla sözleşmelerden ayrılır. Hatır ilişkilerinde belirli bir işi kişiler, aralarındaki meslektaşlık, arkadaşlık, komşuluk vb. nedenlerden dolayı yapmayı üstlenirler, ancak burada taraf iradeleri ifa yükümlülüğüne yönelmez. Yani hatır ilişkisine girenlerin hukukî bir yükümlülük altına girme niyeti yoktur¹¹⁶. Eğer taraflar arasında hatıra binaen bir sözleşme yapılıyorsa bu takdirde -hatır ilişkilerinden değil- hatır sözleşmelerinden (Gefälligkeitsverträge) söz edilir ki bunlar saikini hatır ilişkisinin oluşturduğu ancak hukukî sonuç iradesi taşıyan sıradan

114 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bak. Bahntje, 115 vd.

115 BK'nın sözleşmenin kurulması (akdin in'ikadı) kenar başlığını taşıyan 1. maddesine göre, "İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur." (I/I). "Rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni de olabilir." (I/II). Tarafların birbirine uygun irade beyanları sözleşmelerin varlık sebebidir. Bu konu hakkında geniş bilgi için bak. Eren, 186 vd, 112 vd.

İrade beyanları hukukî sonuç doğurmaya yönelen, böylelikle bir hukukî işlemi kuran, değiştiren ya da ortadan kaldıran irade açıklamalarıdır. İrade beyanı (Willenserklärung), irade ve beyan olmak üzere iki unsurdan oluşur. İrade, irade beyanının sübjektif unsuru olup, iradesini beyan edecek tarafta hukukî bir işlem yapma iradesinin varlığı (işlem iradesi), bu iradenin bilinçli yani bilerek ve isteyerek oluşmuş olması (fiil iradesi, Handlungswille) ve bu şekilde oluşan iradenin muhataba bildirilmesinin istenmesi yani bildirme iradesi (beyan iradesi, Erklärungs-wille) ya da bir başka deyişle beyan bilincinin (Erklärungsbewußtsein) varlığı ile tamam olur. İradenin muhataba ulaşması yani dış dünyaya yansıtılması ise beyan adını alır ve irade beyanının objektif unsuru olarak adlandırılır. Bak. Eren, 119 vd. İrade beyanının varlığı için hukukî işlem iradesinin (Rechtsgeschäftswille) bir başka deyişle hukukî sonuç iradesinin (Rechtserfolgswille) varlığı şarttır. Eğer hukukî sonuç iradesi yoksa, tarafların hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanlarının varlığından söz edilemez. Dolayısıyla bir hukukî işlem ortaya çıkmaz ve bir sözleşme meydana gelmez. Zira artık sözleşmenin beraberinde getirdiği hukukî bağlayıcılık sonucundan söz edilemez. Hukukî bağlayıcılıktan kasıt, "tarafların beyan edilen iradeleriyle ve sözleşme ile bağlanmış olmaları ve dolayısıyla içlerinden birinin tek tarafı irade beyanı ile bu sözleşmeyi ortadan kaldıramaması, irade beyanlarına uygun olarak kurulmuş bulunan hukukî durumla bağlı olmasıdır." Eren, 188.

116 Esser/Schmidt, § 10, I, 3; Eren, 124; Bork, R.: Vorbem. zu §§ 145 ff Rn. 79 vd. in: J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Buch, Allgemeiner Teil, Begr. Staudinger J., 13. Aufl., Berlin 1996.

sözleşmelerdir¹¹⁷. Hatır ilişkilerinde taraflar "hatır" için bazı sorumluluklar üstlenirken, centilmenlik anlaşmalarında taraflar arasında hatır doğuran bir yakınlığın bulunması şart değildir.

Öte yandan birbirleri ile sosyal ilişkileri daha sıkı olan kişiler de, bu sosyal konumları dolayısıyla, sözleşme ilişkisinden çok bir centilmenlik anlaşması içine girebilirler. İspat hukukunda bu gibi yakın hısımlar arası hukukî işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri 400 milyon TL. (400 Yeni TL.)'yi geçse bile¹¹⁸, tanıkla ispat edilebilmesi imkânı tanınmıştır (HUMK. m.293/1.bent, ayrıca benzer bir durum 293/4.bent). Bunun nedeni taraflar arasında senet alınmasının manevî bakımından imkânsız olması ile açıklanır¹¹⁹. Ancak ispat hukukuna ilişkin bu istisnalar, tarafların zorla icra edilebilir sözleşme ilişkisi içine girmelerinin değil, sözleşmenin varlığının ispatlanmasına ilişkin istisnalardır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda tarafların ya da davacının hakkını ispat edebilmesi için en başta tanık ifadeleri vb. ile sözleşmenin varlığını ispat etmesi gerekir. Bu tür yakın hısımlık altında bulunan kişiler arasında bir sözleşme mi yoksa bir centilmenlik anlaşmasının mı bulunduğu sorunu ise, hâkimin irade beyanları üzerinde yapacağı bir yorumla çözümlür¹²⁰.

117 Bak. ve kar. Bork, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 145 ff Rn. 80.

118 Bak. 5219 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.2/A ile değişik (RG. 21.7.2004, sa.: 25529) HUMK. m.288/I.

119 Kuru, B/Arslan, R/Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, 9. baskı, Ankara 1997, s.337. Buna rağmen taraflarca hukukî işlem senede bağlanmışsa, artık bu istisna hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

120 Aslında tarafların, aralarındaki ilişkinin centilmenlik anlaşması mı yoksa sözleşme mi olduğu konusunda uyuşmazlığa düştüğü tüm durumlarda irade beyanlarının yorumu kurallarına başvurulacaktır. Yorum, tarafların irade beyanlarının anlamının hakim tarafından araştırılması faaliyetidir. Bu konu hakkında geniş bilgi için bak. Eren, 134 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Aktop, 70 vd; Tunçomağ, 278 vd.

Nitekim doktrine göre, taraflar arasında centilmenlik anlaşmasının (hâliyle hukukî sonuç iradesinin) bulunup bulunmadığı her somut olayın kendi özelliğine göre belirlenir. Bork, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 145 vd. Rn. 3. Yine doktrine göre tarafların "centilmenlik anlaşması" kavramını kullanmış olmaları dahi bu sonucu değiştirmez. Bork, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 145 vd. Rn. 3; Reuss, 490 vd.; aynı yönde, BGH MDR 1964, s. 570; buna karşın: "..... *Es ist schon überhaupt zweifelhaft, ob aus einem Abkommen, das die Beteiligten ausdrücklich als "gentlemen agreement" bezeichnen, geklagt werden kann. Nach der Auffassung...., die, wie gerichtsbekannt ist, im Einklang mit der weiter Kreise der hiesigen Kaufmannschaft steht, handelt es sich bei einer solchen Bezeichnung grundsätzlich um eine auf den guten Willen und die kaufmännische Anständigkeit abgestellte Zusage einer oder beider Seiten, die aber nach dem Willen der Beteiligten keinen klagbaren Anspruch begründen soll. Aus diesem Grunde –denn die*

bb.Kanuna karşı hile açısından centilmenlik anlaşmaları

En geniş anlamıyla hukuken bağlayıcılığı olmayan ya da tarafların hukukî sonuç iradelerinin bulunmadığı uzlaşmalar olarak ele alındığında, özel hukuk alanında özellikle borçlar hukuk alanında karşılaşılması mümkün hemen hemen her sözleşmenin bir centilmenlik anlaşması biçiminde yapılması mümkün gözükmektedir. Bu durum doktrinde, kanun koyucunun (özellikle sözleşmeler hukuku alanında) getirmiş olduğu her yasaktan, centilmenlik anlaşmalarına yönelme ile sınırlamanın mümkün olacağı düşüncesi ile kaygıyla karşılanmıştır¹²¹.

Aslında bu görüşlerde baskın şekilde rekabet hukukunun etkisi hissedilmektedir. Nitekim rekabet hukuksal centilmenlik anlaşmaları Alman doktrininde bu grup altında ele alınmıştır. GWB'de rekabet sınırlaması türü olarak yalnızca sözleşme ve kararların zikredildiği 1973 öncesi dönemde, Nipperdey, GWB §1'de zikredilen sözleşme (Vertrag) kavramının BGB anlamında zikredilen sözleşmeden (Vertrag) farklı olduğunu ileri sürerek centilmenlik anlaşmalarını bu

nicht gewöhnliche Wahl der Bezeichnung muß doch einen Sinn gehabt haben-.....” HansOLG Hamburg (2. Zivilsenat, Urteil vom. 17.3.1953- 2 U 147/52), MDR 1953, 482. Ancak dürüstlük kuralına göre şekillenmiş güven teorilerine göre hukukî sonuç iradesine ulaşılamazsa sözleşme kurulmamış sayılır. Doktrinde zaman içinde geliştirilmiş çeşitli yorum teorileri bulunmakla birlikte bugün için hâkim görüş güven teorisi (bilhassa yeni güven teorisi) çevresinde toplanmaktadır. Bu yazarlar için bak. Eren, 139 dn. 12. Güven teorisi (Vertrauensstheorie) tarafların irade beyanlarını doğruluk ve güven kuralları esas alınmak suretiyle yorumlanmasını hedefler. Bu nedenle teorinin hukuksal dayanağı MK m.2 olarak gösterilmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 72 ; Eren, 140. Güven teorisi, klâsik ve yeni güven teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İsviçre ve Türk doktrin ve uygulamasında hâkim teori yeni güven teorisidir. Bak. Eren, 112 vd ve 141 dn. 17'de anılan yazarlar, Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 9 vd. “Die Revision greift mit Recht die Auslegung des BerGer. an, es habe sich bei den Absprachen der Gläubigerin und des Bekl. nur um ein ‘gentlemen agreement’ gehandelt. Das Ber.Ger. verletzt allgemeine Grundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen und berücksichtigt auch die Interessenlage der Beteiligten nur unzureichend. Bei der Auslegung von Willenserklärungen kommt es auf den objektiven Erklärungswert an, also darauf, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben für den Empfänger darstellt. Der innere Wille des Erklärenden ist nicht maßgebend. Das gilt auch für die Frage, ob eine bestimmte Erklärung eine Willenserklärung darstellt.” BGH, Urteil v. 15.5.1986-IX ZR 96/85 (München), NJW 1986, 3131 vd.

121 Bak. Hirsch, E.E.: Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Bern 1958; Enneccerus/Nipperdey, 898; Willoweit, D: Abgrenzung und rechtliche Relevanz nichtrechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, Berlin 1969, s. 90; keza aynı yazar, Rechtsgeschäft und einverständliches Verhalten Rechtsdogmatische Randbemerkungen zum “Teerfarben”-Beschluss des BGH v. 17.12.1970, NJW 1971, s. 2050 vd.

kavram altında toplamak istemiştir¹²². Hirsch de bu dönemde benzer bir yaklaşımla rekabet hukukunun dolanılması imkânını engellemenin yolunu centilmenlik anlaşmalarını GWB §1(sözleşmeler) altında toplamakta bulmuştur¹²³.

Esser/Schmidt de, uyumlu eylemlerin GWB § 25 l'de düzenlendiği dönemden sonra yaptıkları değerlendirmede, rekabet hukuku alanındaki centilmenlik anlaşmalarının hukuk dogmatığı açısından kanuna karşı hile problemi çerçevesine ait bir sorun olduğunu, hukukî işlemsel dolanma amacı iptal edilirken, burada hukukî bağlayıcılıktan sözde (vermeintlich) vazgeçmenin nazarı dikkate alınmayacağını ifade etmektedirler¹²⁴.

Ancak bu grup centilmenlik anlaşmaları rekabet hukuku ile sınırlanmamaktadır. Gerçekten de centilmenlik anlaşmaları yasa hükümlerini dolanmak için her zaman başvurulabilecek bir yoldur. Taraflar hukukun hoş karşılamadığı ilişkilerini centilmenlik anlaşması ile pekiştirmek istediklerinden bu gibi durumlarda çoğunlukla güvence amaçlı centilmenlik anlaşmaları gündeme gelir.

Centilmenlik anlaşmasına eksik borç doğuran ilişkiler de konu olabilir. Eksik borçlar, hukuk düzeninin alacaklıya borçlanılan edimi dava ve cebri icra yoluyla talep ve takip hakkı vermediği borçlardır¹²⁵.

Eksik borçlarda borcun ifası tamamen borçlunun iradesine bırakılmıştır. Borç ifa edilirse geri istenemez. Çünkü sebepsiz zenginleşme doğurmaz. Borç ifa edilmezse bunun yaptırımını ya da borçlunun sorumluluğu yoktur. Eksik borçlara, evlenme tellallığından doğan ücret borçları, ahlâkî ödevlerden doğan borçlar, zamanaşımını uğramış borçlar örnek verilebilir. Bu gibi borçların yaptırımsız bırakılması ve alacaklıya talep hakkı tanınmamasına; emeksiz kazanç sağlamanın önlenmesi, toplum barış ve düzeninin korunması, adalet ve genel ahlâka ilişkin düşünceler neden gösterilmektedir¹²⁶.

BK. m.504/l'e göre "*Kumar ve bahis bir alacak hakkı doğurmaz*". Bununla birlikte doktrinde bu ifadenin "talep hakkı" şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Yani kumar ve bahis borçları da eksik borçlardandır. Eğer taraflar kumar borcunun ödenmesi hususunda bir centilmenlik anlaşması yaparlarsa

122 Enneccerus/Nipperdey, 898.

123 Hirsch, 28.

124 Esser/Schmidt, § 10, I, 3.

125 Eksik borçlar hakkında bak. Eren, 84 vd; Oğuzman/Öz, 15-16.

dolayısıyla bunun anlamı hukukî yaptırımdan yoksun ilişkilerini başka yaptırımlara bağlamak olmaktadır. Evlenme tellallığından doğan ücret borçlarında da durum böyledir.

Eksik borçlarla ilgili centilmenlik anlaşmaların kanun hükümlerine aykırılık taşımazlar. Bir bakıma borçlunun hukuk düzeninin kendisine tanıdığı imkânı kullanmayacağına söz vermesi anlamına gelirler. Bu nedenle, rekabet hukukundaki centilmenlik anlaşmalarının aksine, bunların öğrenilmesi tarafların yaptırıma uğratılmasını gerektirmez.

cc. Centilmenlik anlaşmasının konusu olarak yükümlülük düşmanı edimler

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, hukuk düzeninin fiilen icra edilmesine cevaz verdiği, ancak böyle bir edimin yerine getirilmesine ilişkin bir yükümlülüğün taahhüt edilmesine cevaz vermediği ve yasakladığı durumlar ve ilişkiler de centilmenlik anlaşmaları altında toplanmalıdır¹²⁷. Bu tür edimler, görüşün mimarı Krawielicki tarafından yükümlülük düşmanı edimler (verpflichtungsfeindliche Leistungen) olarak adlandırılmaktadır. Bu edimlere özellikle, kişiliğe bağlı; kan nakli, (cezaî) şikâyetin geri alınması, din değiştirme, evlenme ve boşanma gibi olaylar örnek verilmektedir.

Bu görüşe göre tüm bu durumlarda söz konusu olan edim, bir anlaşma ya da uzlaşma temeline dayanır¹²⁸; bu anlaşma ya da uzlaşma doğrultusunda edim yerine getirilebilir, ancak yerine getirilmediğinde zorla ifası ya da devlet gücüyle ifası istenemez¹²⁹.

Bu tür anlaşmaların eksik borçlarla bir yakınlıkları yoktur. Eksik borçlarda hukuk düzeninin tanıdığı bir alacak hakkı vardır. Bu özellik yükümlülük düşmanı edimlerin ekserisinde bulunmaz. Unutmamak gerekir ki, yükümlülük düşmanı

126 Bak. Eren 84 vd., özellikle 85.

127 Krawielicki, R.: Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, Breslav 1936, 149 vd. (Bahntje, 20'den naklen).

128 "In all diesen Fällen erfolgte die «Leistung» natürlich nicht unmotiviert aus heiterem Himmel, sondern aufgrund einer Abrede." Bahntje, 20.

129 Bahntje, 20-21.

edimler esasen kişilik hakları ve kişiliğin korunması ile yakından ilgilidir ve öncelikle bu alandaki kurallar ve ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

f. Rekabet Hukukunda Centilmenlik Anlaşmaları

aa.Rekabet hukukunda centilmenlik anlaşmalarının amacı

Kuşkusuz rekabet hukukunda centilmenlik anlaşmalarının nedeni, ilk bakışta ve en önce, anlaşmalarını hukuken bağlayıcı olmayan bir biçimde yapmak suretiyle teşebbüslerin kanunun getirdiği hukukî ve cezai yaptırımlardan kaçınmak istemeleri olmaktadır.

Bazen de centilmenlik anlaşması, diğer teşebbüslerin öğrenmesi tehlikesine karşı, tarafların birlikte hareket politikalarını gizli tutabilmesine olanak sağladığı için tercih edilir.

Bunun yanı sıra sözleşme gibi bağlayıcı nitelik taşımamakla, anlaşmanın etkilerinin kontrolü ve amaca uygunluğu konusunda taraflara daha rahat hareket edebilme imkânı verir. Böylece tarafların bir sözleşmenin şartları üzerinde olduğu kadar titiz ve ayrıntılı davranması gerekmez. Centilmenlik anlaşması bu açıdan daha az ayrıntılı, dolayısıyla daha az karmaşık olabilmekte; hem daha süratli uygulamaya geçilebilmekte ve gerektiğinde üzerinde daha kolay ve hızlı değişiklik yapılabilmektedir. Bu, anlaşmanın kuruluş aşamasını kısalttığı gibi, değişen yeni şartlara içeriğinin daha süratle uydurulması imkânı da sağlamaktadır. Unutmamak gerekir ki, kısmen ya da dolaylı olarak, yani etkileri açısından, rekabeti sınırlayıcı bir konuda centilmenlik anlaşması yapılabilir. Öte yandan bir centilmenlik anlaşması baştan beri rekabeti sınırlama amacına yönelmiş olabilir ya da doğrudan doğruya böyle bir etki doğurabilir. Her hâlükârda centilmenlik anlaşmaları daha sıkı ve sağlam kartel ilişkileri kurmak için "deneme balonları" olarak kullanılmaya uygun bir yapı arz eder¹³⁰.

Teşebbüsler arasında uluslararası düzeyde gerçekleşen centilmenlik anlaşmaları ise farklı hukuk mevzuatlarının ve rekabet kanunlarının getirdiği

130 Ruge, gleichförmiges Unternehmensverhalten, 9-10.

güçlüklerden sınırlama imkânı verir¹³¹ ¹³². Uluslararası düzeylilik, anlaşmanın, tâbiyeti farklı teşebbüsler arasında gerçekleştiğini ya da teşebbüslerin birden fazla ülkedeki faaliyetlerini konu aldığı ifade eder¹³³.

bb. Rekabet hukukunda centilmenlik anlaşmalarının yeri

Yukarıda centilmenlik anlaşmasından ne anlaşılması gerektiği incelendi. İlk sonuç olarak centilmenlik anlaşmasının, rekabet hukuku ile sınırlı bir anlamı olmadığı görüldü. Aksine, rekabet hukuku alanında, bu hukuktan önce de var olan centilmenlik anlaşmasının ne şekilde nitelendirileceği ve sınıflandırılacağı sorun olmuştur. Bu nedenle rekabet hukukunda centilmenlik anlaşması değerlendirilirken, centilmenlik anlaşmasının genel olarak taşıdığı anlam göz ardı edilmemelidir. Zaten rekabet hukuku sahasında centilmenlik anlaşmasının niteliği genel anlamda centilmenlik anlaşmalarından farklı anlaşılmamakta, ancak bu tür anlaşmaların hangi kategori altında toplanacağı tartışma konusu olmaktadır.

Bu sorunun yanıtının ise anlaşmanın dar ya da geniş yorumlanmasına göre değişebileceğine yukarıda değinildi. Anlaşmayı geniş yorumlayan yazarların bir kısmına göre anlaşma ile uyumlu eylemler arasındaki fark, anlaşmaların bağlayıcılık yönü olup, bu bağlayıcılık onları uyumlu eylemlere göre daha tehlikeli yapmaktadır. Dolayısıyla bir anlaşmaya hukuken bağlayıcı olmasa da rekabet açısından doğurduğu tehlikeden dolayı uygulamaya geçmeden önce müdahale edilebilir (Gefährdungsdelikt). Uyumlu eylemler ise anlaşmalar gibi bir uyumaya dayanmamalarından dolayı daha az tehlikeli olmaktadır. Bu nedenle ihlâlin varlığı için uyumun akabinde buna uygun pazar davranışının (eylemin) görülmesi gerekir.

Uyumlu eylemleri sadece uyumdan ibaret gören ve eylemi zorunlu bir unsur olarak benimsemeyen diğer bir görüşe göre ise hukuken geçerli olmayan ya da

131 Ruge, *gleichförmiges Unternehmerverhalten*, 10.

132 Kuşkusuz teşebbüslerin sadece rekabet hükümlerinden kaçınmak için centilmenlik anlaşması yoluna gittiği söylenemez. Centilmenlik anlaşmalarına, bürokratik engellerden kaçınmak ve/veya uluslararası düzeyde hızlı hareket edebilmek için de başvurulabilir. Teşebbüsler, rekabete aykırı olmayan bir konuda kapsamlı ve ciddi bir sözleşme yapmadan önce bunları “deneme balonu” olarak da kullanabilirler. Yine rekabete aykırı olmayan anlaşmalarını, bir süre rakiplerinden ve kamu oyunundan saklamak için de centilmenlik anlaşması yapabilirler. Tüm bu durumlarda teşebbüslerin centilmenlik anlaşmasından avantaj sağlama amacı ön plâna çıkar.

133 Bak. Ruge, *gleichförmiges Unternehmerverhalten*, 9-10.

hukuk dışı yaptırımlara bağlanan anlaşmaların tarafları bağlayıcı etkisi olduğunu kabul etmek doğru olmaz. Daha doğrusu böyle bir nedene dayanarak bunları uyumlu eylemlerden daha tehlikeli görmek isabetli değildir. Hâliyle, pekâlâ, uyumun varlığının belirlendiği durumlarda rekabetin sınırlandığı kararı için pazara bunun yansımaları beklemeye gerek kalmaz.

Eylem unsuru incelenirken bu görüşe yanıt olacak açıklamalarda bulunulmuştu. Bir kere uyumlu eylemlerin, uyum ve eylem diye ikiye ayrılmasının yanlış olduğuna, bazı durumlarda eylem daha yokken uyumlu eylemlere müdahalede bulunulmasının eylem unsurunun aranmadığı anlamına gelmediğine; ancak bu durumlarda (gerçekleşeceği aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak derecede ortada olan) eylemin bizzat görülmesini beklemeye gerek olmadığına ve bu hususta hukukî dayanak olarak "amaç" unsurundan¹³⁴ yararlanılabileceğine değinilmişti¹³⁵.

Ancak burada, anlaşmalardaki bağlayıcılığın gerçekten etkili olup olmadığı ve bu açıdan anlaşmaların uyumlu eylemlere nazaran daha tehlikeli görülüp görülemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

cc.Anlaşmalarda/Centilmenlik Anlaşmalarında Bağlayıcılık Sorunu

Anlaşmaların hukukî bağlayıcılık taşıyan sözleşmelerin yanında, hukuk önünde ifası zorla istenemeyen centilmenlik anlaşmalarını da kapsar bir anlamı olduğu görüldü. Gerçekten genelde kabul gören, anlaşmalarda teşebbüsler arasında bir ahlâkî, meslekî, ticarî ya da sosyal bağlılığın ve bağlayıcılığın bulunduğu durumdur.

Bazı yazarlara göre anlaşmalarla sözleşmeler arasındaki temel fark anlaşmalarda yer alan bu hukukî olmayan bağlayıcılık özelliğidir.

Nitekim Sandrock'a göre¹³⁶ anlaşmaların hukukî bağlayıcı olmayan tarafını temsil eden centilmenlik anlaşmaları, rekabet hukuku açısından bakıldığında, kartel sözleşmeleri ile uyumlu eylemler arasında yer alır. Uyumlu eylemler ise centilmenlik anlaşmaları ile paralel davranışlar arasında bulunmaktadır.

Bu açıdan teşebbüsler arasında görülen ilişkileri güçlerine göre;

-sözleşmeler,

134 Türk rekabet hukuku için ayrıca, "etki edebilecek nitelikte olma" dan,

135 Bak. yuk. § 4, IV, B, 4 ve 5, ayrıca § 4, V, B, 2.

136 Sandrock, 585 vd.

- centilmenlik anlaşmaları,
- uyumlu eylemler ve
- paralel davranışlar olarak sıralamak mümkündür.

Centilmenlik anlaşmalarının uyumlu eylemlerden önce gelmesinin nedeni ise bunlarda hukukî olmamakla birlikte en azından fiilî bir bağlayıcılığın bulunmasıdır. Uyumlu eylemler ise tarafların ne hukukî ne de gayrihukukî bağlanma iradesi taşıdıkları bir ihlâl türüdür¹³⁷. Bundan dolayı anlaşmalarla uyumlu eylemler arasında bağlayıcılık etkileri açısından fark vardır.

Öte yandan bazı yazarlara göre anlaşmalarla uyumlu eylemler arasında tarafların iradelerinin bağlanmaya yönelip yönelmediğine göre bir ayırım yapılması isabetli değildir¹³⁸.

Anlaşmalarla uyumlu eylemleri, tarafların bağlanma iradesi veya bağlayıcılık açısından karşılaştırmak söz konusu olunca, konu iki açıdan ele alınmaktadır. İki, hukuken bağlayıcı olmayan uzlaşmalarda en azından fiilî bir bağlayıcılığın bulunup bulunmadığıdır. Gerçekten anlaşmanın tarafları bağladığını kabul etmeye bir engel yoktur. Ancak bu bağlayıcılığın bir ayırım kriteri olarak ele alınması, hukuk dışı anlaşmaların doğurduğu bağlanma etkisi sübjektif bir yapı arz ettiği için, güvenilir bulunmakta ve eleştirilmektedir¹³⁹. Böyle bir anlaşma ile kendini bağlı hissetme kişiden kişiye farklı yoğunluklarda olabilir. Bu da anlaşmayla fiilî olarak bağlanmanın etkisinin belirsiz kalmasına yol açmaktadır¹⁴⁰.

Sıkça sorulan diğer bir soru ise anlaşmalardakine benzer şekilde uyumlu eylemlerin taraflar arasında karşılıklı bir bağlanma etkisi doğurup doğurmadığıdır. Şayet böyle bir etkinin varlığı kabul edilirse bu takdirde anlaşmalarla uyumlu eylemlerin doğurduğu bağlayıcılık arasında bir yoğunluk farkı olup olmadığını açığa kavuşturmak gerekecektir¹⁴¹. Tartışma bu noktaya çekildiğinde, uyumlu eylemlerin paralel davranışlara tercih edilmesini sağlayan şey, uyumlu eylemlerdeki bağlanma yönü olmaktadır. Eğer uyumlu eylemlere girişmenin salt paralel davranışlarda

137 Nitekim aynı yönde, Bellamy/Child, Nr. 2-016.

138 Altvater, 75 vd; Machlup, F.: Die Formen und Grade der Kollusion, in: Theorie und Praxis der Kartelle, hrsg. von Barnikel H-H., Darmstadt 1972, 295 vd.

139 Altvater, 75.

140 Altvater, 75.

141 Altvater, 75.

bulunmaya göre teşebbüslere sağladığı bir üstünlük olmasaydı, o hâlde taraflar uyumlu eylem yerine pazarda birbirlerinden bağımsız olarak paralel davranışlar sergilerlerdi. Yukarıda değinildiği gibi, neticede uyumlu eylemlerle aynı sonucu doğurmakla birlikte, genel olarak kabul gören görüşe göre, tüm paralel davranışlar yasak kapsamında görülmezler. Zira teşebbüsler birbirlerinden bağımsız hareket ettikleri sürece pazarda aynı politikaları takip etmelerinde bir sakınca yoktur. Bu onların ekonomik özgürlük ve serbest rekabet haklarının doğurduğu bir sonuçtur. Fakat paralel davranışın konusu olabilecek bir uygulamaya, teşebbüsler pazarda bağımsız hareket etme ve kendi politikalarını bağımsız belirleme özgürlüğünden vazgeçerek birlikte hareket etmek suretiyle ulaşırlarsa bu bir uyumlu eylem olacaktır ve bu nedenle de yasaktır. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin de taraflara sağladığı bir avantaj olmalı ya da sağladığı bir bağlılık olmalıdır. Bu bağlılık da ahlâkî olabileceği gibi, daha çok ticarî ya da iktisadî olup, teşebbüslerin danışıklı hareketten elde ettikleri ya da elde etmeyi umdukları çıkar ile doğrudan bağlantılıdır¹⁴².

Nitekim Machlup'a göre¹⁴³, kartel içi bağlanmanın türü ile bu kartelin fiilî olarak uygulanması arasında bir ilişki yoktur. Tarafların karteli meydana getirirken bunu sözleşmelere ya da daha gevşek anlaşma şekillerine bağlamış olmaları kartelin dış etkisinin de buna göre artacağı ya da azalacağı anlamına gelmez. Taraflar arasındaki danışıklılığın gücünü ve buna bağlı olarak kartelin dış etkisini belirleyen ise belirli bir pazar politikasının uygulanacağına duyulan karşılıklı güvendir. Yani bir teşebbüsün bir diğerinin pazarda belirli bir şekilde davranacağına olan güveni, kartelin gücünü ve etkililiğini ortaya koyar. Teşebbüsler birbirlerinden ne kadar özellikli (spesifik) davranışlar bekleyebiliyorlarsa kartelin gücü de o oranda artar. Beklentiler ne kadar ana ya da genel noktalar üzerinde odaklaşırsa kartelin gücü o derece azalır. Dolayısıyla danışıklılığın, danışıklılığın şeklinden (anlaşma, sözleşme, uyumlu eylem) bağımsız olarak rekabet üzerine olan etkisi ortaya çıkar.

Machlup'a göre kartelin şekli, her bir katılımcının bir diğerinden beklentilerinin netleşmesinde tek başına rol oynamadığı gibi, bu beklentiyi doğuran güvenin yoğunluğunda da kesin bir rol oynamaz. Kartelin ne şekilde gerçekleştiğinin dışında kalan, kartelin sonucu üzerinde etkili bir çok değişken vardır. Başta kartelden beklenen bireysel çıkarlar olmak üzere, pazar yapısı ve kartel üyelerinin sayısı

142 Altvater, 75.

143 Machlup, 295 vd.

bunlardan en önemlileridir. Karteli ayakta tutan, kartel içi örgütlenmenin türü değil, kartel üyelerinin paralel seyreden çıkarlarıdır. Eğer kartel, tek tek teşebbüslere kartelden beklenen çıkarı (kartel rantı ya da kârını) sağlayamıyorsa uzun ömürlü olmaz. Gerçekten kartelden beklediği çıkarı elde edemeyen bir teşebbüsün, bir kartel oluşumunun pratikte en keskin yaptırımını olan kartelden dışlanma korkusu da kalmaz¹⁴⁴.

Tüm bu tartışmaların hedefi tarafların hukukî bir yükümlülük altında olmasalar dahi aralarında varmış oldukları anlaşmaya uyma konusunda hukuk dışı bir yaptırıma uğrama baskısı altında olup olmadıklarıdır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, hukuk sosyal düzen kurallarının bir parçasıdır. Din, ahlâk, örf ve âdet kuralları gibi diğer sosyal düzen kurallarından hukuku ayıran, bu kuralların devlet tarafından konulmuş ve yaptırıma bağlanmış olmasıdır.

Kişiler kendilerini yalnızca hukuk kurallarıyla bağlı hissetmezler. Gerçekten her sosyal düzen kuralının kendine özgü bir yaptırımını vardır ve bu yaptırıma uğramak istemeyen kişilerin, bu kurallara uygun davranması gerekir. Örneğin, bir başkasına – hukukun ilgilenmediği bir alanda – verilen bir sözün tutulmaması, bunun hukukî bir yaptırımını bulunmamasına rağmen, toplumda hoş karşılanmaz. Hiç olmazsa sözünü tutmayan kişinin hakkında ahlâkî açıdan negatif bir kanı uyanmasına yol açar. Bu açıdan hukuk düzeni tarafından korunmayan ya da koruma dışı bırakılan bir tavır ya da davranış, diğer sosyal düzen kuralları tarafından ele alınıp olumlu ya da olumsuz yönde değerlendirilebilir. Kendi gücüne göre, söz konusu taraf ilişkilerine bir bağlayıcılık gücü ve desteği sağlayabilir.

Kartele bağlılığı yalnızca kartelden elde edilen rantla ölçmek bu nedenle doğru değildir. Unutmamak gerekir ki onur, haysiyet gibi kavramlar önemsiz kavramlar değildir. Nitekim rekabet hukukuna aykırı davranışlarda bulunsalar da teşebbüsleri, teşebbüsleri şahsileştirmek gerekirse; müteşebbisleri, onur ve haysiyetlerine düşkün olmayan, kartel rantını her şeyin üstünde tutan çıkarıcı kişiler olarak görmek yakışık almaz. Tarafların bir konu üzerinde tartışıp anlaştıktan sonra sırf hukukî bağlayıcılığı yok diye bunu kolayca çiğneyebileceğini kabul etmek, her şeyden önce hukuk dışındaki sosyal düzen kurallarının kendilerine özgü yaptırımları olduğu gerçeğini göz ardı etmek olur.

144 Machlup, 304 vd.

Öte yandan bir anlaşmanın kolayca ihlâl edilememesinde manevî alan dışında kalan başka yaptırımlar da rol oynar. Bunların başında anlaşmaya aykırılığın, ileriye yönelik, kaybettireceği şeyler gelir. Gerçekten de belirli bir görüşme müddetinin sonunda ortaya çıkan anlaşmayı, ilk fırsatta kolayca "harcayabilen" tarafın, bu davranışının olumsuz yansımalarıyla daha sonra bir şekilde karşılaşma ihtimali yüksektir. Zira teşebbüslerin aynı pazarda faaliyet göstermelerinden kaynaklanan zamana yayılmış bir ilişkileri vardır. İçlerinden pazarı terk eden olmadığı müddetçe, bu ilişki devam eder. Bu durum aslında en iyi oyun teorisi ile açıklanabilir. Oyun teorisine göre bir defalık oyunlarla tekrarlanan oyunlar arasında önemli farklar vardır¹⁴⁵. Bir defalık oyunlarda oyuncuların birbirlerinin aleyhine davranma ihtimali daha yüksektir. Zira oyun tekrarlanmayacağı için olumsuz bir tepkiyle karşılaşma ihtimali de azalır. Öte yandan böyle bir tepkinin sonuçları çok daha görülebilir olur. Örneğin, turistik amaçlı geçici bir konaklama yerinde kaim bir satıcının müşteri tutma niyeti fazla olmayacağı için, muhatabını aldatmakta daha rahat davranacağı söylenebilir. Hâlbuki bir mahalle bakkalı aynı rahatlıkla hareket edemez. Çünkü müşterilerinin çoğu mahallenin sakinleridir ve bunlarla ilişkisi süreklilik arz eder. Bu gibi tekrarlanan oyunlarda iyi bir oyuncu, muhtemel davranışının sadece kısa vadede getireceği kazançlarla ilgilenmeyecektir. Ondan uzun vadede doğabilecek sakıncaları da dikkate alacaktır. Bu ikisi arasındaki tercihinin göre de stratejisini belirleyecektir. İşte mahalle bakkalı için, bir müşterinin güveninin sarsılması pahasına elde edilen kısa vadedeki kazanç, uzun vadede o müşterinin tamamen kaybedilmesi, hatta o müşteri vasıtasıyla başka müşterilerin kaybedilmesine de yol açabilecektir. Kısa vadede elde edilen kazanç bu riski göze almaya değerli derecede olmadıkça, bakkaldan, mahalle sakinlerini aldatıcı davranışlardan kaçınması beklenir. Teşebbüsler de anlaşmalarına aykırı davranmadan önce buna benzer hesaplamalar yapacaklardır. Anlaşmaya aykırı davrandıktan sonra da anlaşanlarla aynı pazarda bulunacaklarını ve ilişkilerinin sürekliliğini dikkate alacaklardır. Kuşkusuz bunun getirdiği bir caydırıcılık olacaktır. Ancak bu caydırıcılığın gücü teşebbüsten teşebbüse, pazardan pazara değişilebilir. İhlâl edilen hükmün önemi ve bu yolla kartele vurulan darbeye göre artıp azalabilir. Bu yüzden anlaşmaya aykırılığın tekrarlanan oyunlarda uzun vadede getireceği zararlar soyut olarak önceden belirlenemez. Ancak en azından denilebilir ki anlaşmaya riayet

145 Oyun teorisi ve tekrarlanan oyunlar (repeated games, Wiederholte Spiele) hakkında bak. Rieck, C.: Spieltheorie, Wiesbaden 1993, s. 1 vd, 117 vd.

etmeme ilerideki benzer anlaşmalarda pazarlık gücünü düşürebilir ya da anlaşmayı bozandan ek güvenceler talep edilmesine neden olabilir.

Dolayısıyla anlaşmaların uyumlu eylemlere göre tercih nedenini, tarafların belirli bir pazar politikasını izleme hususunda birbirlerinden daha sıkı söz alma isteği olarak anlamak mümkündür. Çünkü gerçekten anlaşmalar taraflar arasında uyumlu eylemlere nazaran daha sıkı bir ilişki kurulmasını sağlarlar. Her ne kadar kartelin şekli veya türü, kartelin dış etkisi üzerinde birebir belirleyici rol oynamasa da önemli bir etkiye sahiptir. Aksi takdirde tarafların bir anlaşma ya da uyumlu eylemle girişmelerinin tamamen tesadüfî bir şekilde gerçekleştiğini söylemek gerekirdi. Oysa anlaşmaların uyumlu eylemlere göre kartelin oluşumunda bazı üstünlükleri vardır. Gerçekleştirilmesi düşünülen kartelin içini daha iyi doldurma ve karşılıklı olarak açıkça belirleme imkânı sağlayan anlaşmaların, uyumlu eylemlere nazaran teşebbüsler üzerinde daha güçlü bir bağlayıcılık etkisi doğurduğunu kabul etmek gerekir. Anlaşmalar, yoruma ihtiyaç duyulmaksızın karşılıklı iradelerinin uyuştuğunu (taraflara da) göstermesi bakımından başlı başına bir öneme sahiptir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki bir kartelin başarısı tamamen tarafların elinde değildir. Tarafların kontrol edemediği bazı nedenlerle de bir kartelin başarısı azalabilir ya da kartel hiç başarılı olmayabilir. Teşebbüslerin sorumluluğu açısından asıl önemli olan, kartelin kurulması sırasında amaçladıkları ya da hedef edindikleri rekabet ihlâlidir. Bu ihlâl için yaptıkları plânlar ya da sarf ettikleri gayretlerdir. Yoksa sonucun istenildiği gibi olmaması teşebbüslerin kartelin oluşumunda ve uygulanmasında oynadıkları aktif rolün önemsiz olduğunu göstermez. Zaten teşebbüsler daha baştan ne derece kartelin sınırlarını, kartelin amaç ve sonuçlarını doğru çizerlerse, birbirlerinden bekledikleri özellikli davranışlar da o oranda artar. Beklentilerin içinin doğru doldurulması da kartel üyelerinin birbirlerine olan güvenini olumlu etkiler. Teşebbüsler arasında belirsizlik ortamı ne derece azalırse kartel o derece netleşir ve güven verici olur. Bu açıdan kartelin sonucundan hareket etmek her zaman uygun olmaz. Rekabet hukuku açısından önemli olan da bir kartelin başarılı olup olmaması değil, kartel oluşumunun taraflar arasında gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

Dolayısıyla bağlayıcılığın varlığı ya da etkisi, belirsizlik ortamının üzerine olan etkileri ile de ölçülebilir ve değerlendirilebilir. Bu anlamda rekabet hukukunda bağlayıcılığın etkisi, tarafların ilişkilerindeki belirsizliklerin giderilmesi ile yakından ilgilidir. Belirsizliğin giderilmesi öncelikle karşılıklı olarak pazarın mevcut durumundan duyulan memnuniyetsizliğin ortaya konulması ile gerçekleşmektedir. İkinci olarak gelecekteki pazar politikaları üzerinde ve bu pazar politikalarının içinin

doldurulmasında gerçekleşmektedir. Üçüncü olarak teşebbüslerin tasarlanan rekabeti sınırlayıcı bu pazar politikalarını karşılıklı olarak uygulayacakları hususu üzerinde uyuşmaları ile gerçekleşmektedir. Tüm bunların gerçekleşmesi ile birlikte de anlaşmaların konusunu oluşturan özellikli davranış ya da politika ortaya çıkmaktadır.

Şu hâlde anlaşmaların, uyumlu eylemlere göre, teşebbüslerin daha yakın ve sıkı ilişki kurma çabasının bir ürünü olduğu söylenebilir ve sırf bu açıdan da uyumlu eylemlere nazaran rekabet açısından daha tehlikeli oldukları sonucuna varılabilir. Anlaşmaların -hukukî ya da değil- bir bağlayıcılığa ve bundan doğan yaptırımlara sahip olması, anlaşmaya aykırılığın ilerideki (iş birliğine bağlı) çıkarları da zedeleyebilmesi ve belirsizliğin giderilmesi üzerindeki etkisi, bu kanaate varmanın haklı olduğunu göstermektedir.

Danışıklı ilişkinin rekabet açısından doğurabileceği olumsuz etkiler üzerinde bağlayıcılık dışında bir çok faktörün rol oynayabilmesi ise *bu sonucu* değiştirmez.

Uyumlu eylemlerde paralel davranışlara esaslı unsur olarak ihtiyaç duyulmasının en önemli nedeni, uyumlu eylemlerde teşebbüsler arasında anlaşmalardaki gibi bir uyuşmanın aranmamasıdır. İşte bu düzeydeki ilişkiler öyle ilişkilere ki, teşebbüslerin rekabeti sınırlayacak derecede yakınlaştığı, ancak paralel davranışların ya da eylemin görülmesiyle anlaşılabilir. Bu durum "bağlantı"nın doğası gereğidir. Hâliyle, bir anlaşmanın olduğu durumlarda bunun -kural olarak- bağlantıya göre daha tehlikeli bir ilişki düzeyini ifade ediyor olmasını doğal karşılamak gerekir.

Öte yandan bilgi değişimine dayanan bazı uyumlu eylemler de anlaşmalar kadar *belirsizlik ortamı üzerinde* etkilidir. Ancak bunlarda -anlaşmalardan farklı olarak- teşebbüsler üzerinde değil; teşebbüslerin kararları üzerinde âdeta bağlayıcı bir etki görülür. Bir başka deyişle, öyle bilgi değişimleri gerçekleşebilir ki teşebbüsler bir diğerine karşı herhangi bir sorumluluk üstlenmese de, karar aşamasında edinilen bilgileri kullanmamak edemezler; bu da pazar üzerinde diğerlerinden bağımsız hareket edilmesini engeller.

dd. Anlaşmayla Centilmenlik Anlaşmasının Eş Anlamı Kullanılması

Yine anlaşmaların bağlayıcılığı ile ilgili olarak, uygulamada mahkemelerin fiilî bağlanmanın varlığını aradığı; ancak bağlanma iradesinin varlığını aramadığı ileri

sürülmüştür¹⁴⁶. Buradan varılmak istenen sonuç ise, anlaşmaların bağlanma iradesi aranmadığı için anlaşmaları uyumlu eylemlere göre daha tehlikeli görmenin doğru olmalıdır. Bunun gibi doktrinde Divanın van Landewyck kararı¹⁴⁷, "uygulamaya geçilmesi şartıyla" akdedildiği anda bağlanma iradesi taşımayan anlaşmaların da (yazarın ifadesiyle sözleşmelerin) m.81 kapsamına girdiği yönünde yorumlanmıştır¹⁴⁸.

Her iki hâlde de fiili bağlanma ile bağlanma iradesini birbirinden ayırarak buna sonuçlar bağlamak isabetli olmaz. Öncelikle burada tarafların bağlanma iradesi olmaksızın taahhüt altına girdikleri söylenmiş olur ki bu anlaşma nitelendirmesine aykırın düşer. Neticede -sözleşmelere benzeyen- anlaşmalar için de bir taahhüt aşamasının varlığı kabul edilmelidir¹⁴⁹.

Divanın centilmenlik anlaşmalarına ilişkin görüşünü ortaya koyduğu 1970 tarihli ACF Chemiefarma kararından¹⁵⁰ sonra uygulamada centilmenlik anlaşmalarından söz edilmediği görülmektedir. Bu durum centilmenlik anlaşmalarındaki gibi bir bağıllığın anlaşmalarda aranmadığına ya da anlaşmalarda centilmenlik anlaşmalarından farklı bir bağıllığın arandığına yorumlanamaz.

Zira görülüyor ki ACF kararı bundan sonraki kararlarda, özellikle İDM'nin kararlarında, anlaşmanın kurulması ile ilgili örnek gösterilen bir ilke kararı olmuştur. Aslında ACF'den sonra centilmenlik anlaşmalarından söz edilmemesinin nedeni rekabet hukukundaki anlaşma ile centilmenlik anlaşmalarının çoğu zaman örtüşmesi ya da eş anlamda kullanılmasıdır. Bilindiği gibi, anlaşma sonuçta sözleşmeleri de

146 Altwater, 68 vd.

147 van Landewyck v. Commission (FEDETAB), Cases 209 etc/78, ECR 1980, 3125.

148 Altwater, 69.

149 Dolayısıyla, sözleşme formuna dökülmese dahi, centilmenlik anlaşmalarında da taraflar arasında bir taahhüt aşaması ve bu taahhüdün yerine getirilmesine yönelik iki aşama vardır. Uyumlu eylemler ise, eylem aşamasının bir taahhüt aşamasına dayanmadığı eylemlerdir. Uyumlu eylemlerde, rakiplerin pazar davranışlarını belirlemeye yönelik bir hazırlık aşamasının bulunması ise doğaldır. Ancak bu hazırlık aşaması gelecek pazar davranışlarına ilişkin bilgi ya da kanaat edinmeye yöneliktir; taahhüt aşaması ile bir benzerlik taşımaz (Aslan, Türk hukuku, 55; İkizler, 251).

O hâlde, somut olayda karşılaşılan rekabeti bozucu hareket, dayanağını önceden verilmiş bir taahhütten alıyorsa, ortada bir anlaşmanın olduğuna hükmedilecektir. Şayet somut olaydaki davranışa neden olabilecek bir taahhüt aşamasının varlığına dair, olayın akışına göre açıkça ya da örtülü bir bulgu elde edilememiş ise bu durumda da uyumlu eylemlerin varlığı gündeme gelecektir (İkizler, 251).

150 ACF Chemiefarma NV v. Commission (the Quinine Cartel), Case T-41/69, ECR 1970, 661.

kapsayan bir üst kavramdır. Ancak hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmalara ilişkin yönünü büyük ölçüde centilmenlik anlaşmaları temsil etmektedir.

Bu nedenle anlaşmalarla centilmenlik anlaşmaları hemen hemen özdeşleşmiş olmaktadır. Bugün için doktrin ve uygulamada karşılıklı anlayış durumları (understanding) denilen basit anlaşmaların formüleleşmediği ve tartışmalı olduğu düşünülürse yukarıdaki sonucu varmanın nedeni çok daha kolay anlaşılabilir. Bu nedenle uygulamanın centilmenlik anlaşması anlayışını terk ettiğini söylemek doğru olmaz. Anlaşma ile centilmenlik anlaşmasının genellikle eş anlamlı kullanıldığını söylemek isabetli olur. Hem sözleşmeleri de kapsayan bir üst kavram olması hem de yasal bir kavram olması dolayısıyla anlaşma ifadesinin centilmenlik anlaşmalarına tercih edilmesi ise doğal karşılanmalıdır.

Aynı gerekçeyle rekabet hukukunda centilmenlik anlaşmalarının konusunun özellikli davranışlar olarak belirlenmesi mümkündür. Mahkemeler açısından özellikli davranıştan kasıt, anlaşmaların belirli bir tarzda davranmasının öngörülmüş olmasıdır. Dolayısıyla tarafların irade beyanları böyle bir özellikli davranış üzerinde birbirlerine uygun olarak ortaya konduğu takdirde centilmenlik anlaşması tamam olur.

Özellikli bir davranışın uygulanması üzerinde anlaşan tarafların anlaşmalarında ayrıca ve açıkça onur, şeref, haysiyet gibi ifadelere yer vermemiş olması, anlaşmalarının bunlarla güvence altına alınmadığı anlamına gelmez. Zira özellikli bir davranışın belirlenmesi ile belirli bir ciddiyet düzeyine ulaşılmış olur. Özellikli davranış, uygulamaya geçilmeye imkân verecek derecede özellikleri belirlenmiş davranış olarak anlaşılabilir. Böylece ilkbaharın sonuna kadar yüzde beşle yüzde on oranında bir artış yapılması hususunda anlaşıldığında tarafların arasında özellikli bir davranışın kararlaştırıldığı söylenebilir. Ancak böyle bir anlaşmada ayrıca onur, şeref ya da kutsal değerler üzerine yemin edilmesi hâlinde, bunun anlaşmada mevcut manevî korumayı güçlendirme amacına yöneldiği kabul edilmelidir.

Buna karşın basit anlaşmalar centilmenlik anlaşması olarak nitelendirilemez. Bunların centilmenlik anlaşmalarındaki gibi yaptırımlar taşıdığı da söylenemez. Örneğin, teşebbüslerin bir araya gelerek, fiyatın artırılmasının gerekli olduğundan söz ettiği ve bu konuda birlikte hareket etmeyi kararlaştırdıkları bir toplantıda centilmenlik anlaşmasının varlığından söz edilemez. Bu uğurda yükümlülük yüklenmeye hazır olduklarından bahisle teşebbüsler arasında basit bir anlaşmanın

varlığı ileri sürülebilir¹⁵¹. Ancak belirli bir müddet devam eden görüşmeler sonunda, tarafların bir ay zarfında fiyatlarını yüzde on artıracakları, birbirleriyle fiyat listelerini değiştirecekleri, bayilerinin de buna uymasını sağlayacaklarını öngören bir anlaşmaya uymayan ya da sonradan yan çizen teşebbüs ya da teşebbüslerin centilmenlik anlaşmalarındaki yaptırımlarla kınanması beklenir. Bu duruma rekabet hukuku dışında da örnek verilebilir: A'nın B'nin arabasını çok sevdiğini ve satmayı düşündüğünde ona satması hususunda anlaşmıştı varsayarsak burada centilmenlik anlaşmasının varlığından söz edemeyiz. Ancak B'nin taşınmazını satmayı düşündüğünü ve eğer satmaya karar verirse ona 50 milyara satacağı hususunda A ile aralarında anlaşmıştı varsayarsak ayrıca ifade edilmemiş olsa da tarafların centilmenlik anlaşması yaptığını söylemek mümkündür. Bu anlaşmada ayrıca onur ya da şeref sözü verilmesi ya da kutsal değerler üzerine yemin edilmesi ancak anlaşmayı pekiştirmek anlamı taşır¹⁵².

III. TEŞEBBÜS BİRLİKLERİNİN KARARLARI

A. Kararlarla Uyumlu Eylemler Arasındaki İlişki

Rekabete aykırı "teşebbüs birliği kararları" (decisions by associations of undertakings, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen) RKK m.4 ve ATA m.81'de sayılan danişıklı ilişkiler arasında yer alır.

Divanın Şeker Karteli ve Boya kararlarında yalnızca "anlaşma aşamasına varmamış" olmasından söz edilse de, temelinde bir birlik kararı bulunan, yani bir birlik kararına dayanan iş birliği hâlleri de uyumlu eylemler olarak nitelenemez.

İlkesel nitelikteki bu kararlarda, birlik kararlardan söz edilmemesi ise öncelikle söz konusu kararlarda teşebbüs birlikleri ile ilgili bir noktanın ön plâna çıkmamış olmasındandır. Kararlarla uyumlu eylemlerin ayırt edilmesinin anlaşmalara

151 Görüldüğü gibi, özellikle II. kategorideki karşılıklı anlayış durumları (bak. yuk. § 5, II, C, 1, b) basit anlaşmalara örnek verilebilir.

152 Sözleşmeler lehine de benzer yorumlar yapılmıştır: "Wird ein Versprechen auf Ehrenwort geleistet oder in anderer Weise die Ehre zur Erfüllung eines Versprechens verpfändet, so liegt hierin die Absicht einer Verstärkung der rechtlichen Verpflichtung, indem diese noch in ein

nazaran çok daha sorunsuz olması bir başka nedendir. Keza bu yargı anlaşma-karar ilişkisi için de geçerlidir.

Bu anlamda son derece basit ve fakat bir o kadar da sağlam ölçüt m.81 ve m.4'de sözü edilen kararların varlığı için teşebbüs birliklerin bulunmasının gerekmesidir¹⁵³.

Dolayısıyla bir birliğin baş rolü oynadığı rekabet ihlallerinde akla ilk önce birlik kararlarının varlığı gelmektedir.

Hiç kuşkusuz sadece bir birliğin bulunması değil, rekabet sınırlamasının bu birliğin kararından kaynaklanması da gerekir. Bu açıdan, genel bir şekilde, teşebbüs birliklerinin kararlarının iki esaslı unsuru olduğu söylenebilir ki bunlar;

-bir teşebbüs birliğinin varlığı ve

-bu teşebbüse isnat edilebilen bir kararın ya da eylemin varlığıdır.

Aşağıda bu iki unsurun özelliklerini incelemeye geçmeden önce, birlik kararlarının (kanunî metinlerde) düzenlenme amacını belirlemek uygun olacaktır.

B. Birlik Kararlarının Düzenlenme Amacı

RKK'nın 4. maddesinin gerekçesinde Kanun koyucu birlik kararlarının düzenlenme amacını şu şekilde ifade etmektedir: "*Çoğu zaman teşebbüsler ortak sorunlarıyla ilgilenmek üzere aralarında tüzel kişiliği olan veya tüzel kişiliği olmayan birlikler oluştururlar. Bu birlikler zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazançlar elde etmelerine hizmet edici kararlar alabilirler. Bu gibi kararlar da rekabet sistemine aykırıdır ve yasaklanmıştır*".

Anlaşma ve uyumlu eylemler teşebbüsler arasında gerçekleşen danışıklı ilişkilere dir. Sonuçta bu ikisi, teşebbüslerin rekabeti sınırlama için bir araya gelmelerinde görülen yöntem farklılığı ve çeşitliliğine dayanır. Bu yargı, kuşkusuz, birlik kararları için de geçerlidir. Bununla birlikte, birlik kararlarında ön plâna teşebbüsler değil, teşebbüs birlikleri çıkmaktadır. Birlik kararlarında, birliğin varlığı ile rekabetin sınırlaması arasındaki bağ, kararla rekabetin sınırlaması arasındaki

anderes (lediglich sittliches) Gebiet hinüber gezogen wird." Reichsoberhandelsgericht, Entscheidung 28.06.1873, bak. Widmann, H-J.: Das Ehrenwort im Recht, NJW, 3/2001, s. 205.

153 Sanlı, 84.

bağdan daha güçlüdür. Yani, danışıklılığın öznesi karşısında danışıklılığın şekli ikinci sırada gelmektedir. Bunun nedeni, birlik çatısı altında olmanın sağladığı avantajların, rekabetin sınırlanmasında kullanılabilmesidir.

Kuşkusuz karar da niteliği itibarıyla anlaşma ve uyumlu eylemlerden ayrılmakta ve bu açıdan anlaşma ve uyumlu eylem altında toplanamayan özellik ve yapı arz eden ilişkileri konu almaktadır. Yani karar, anlaşmalardaki gibi, her bireyin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda oluşmamaktadır. Öte yandan kararın temelinde yatan ilişkiyi, bağlantı ya da teşebbüslerin yaklaşması ile açıklamak da yetersiz kalır. Karar ister genel kurul isterse yönetim kurulundan çıkmış olsun, anlaşma ve uyumlu eylemlerin aksine, tek bir varlığın iradesi olarak vücut bulmaktadır. Karara bu anlamda, teşebbüs birliğinin irade beyanı demek mümkündür. İşte kararların düzenlenme nedenlerinden biri de bunların diğer iki danışıklılık şekline göre taşıdığı farklılıklardır ve bu yolla kararların, anlaşma ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilmesinde doğacak tartışmalar daha baştan önlenmiş olmaktadır¹⁵⁴.

Bununla birlikte asıl amaç, kararı düzenlemekten çok, birliklerin rekabetin sınırlanmasında kullanılmasını önlemektir. Zira teşebbüs birlikleri rekabet açısından hemen hemen daima sakıncalı görülen, rakiplerin bir araya gelmesini sağlamaktadır. Gerçekten de teşebbüslerin bir şekilde bir araya gelmesi danışıklılık için şarttır. Hatta paralel davranışlara neden olmak kaydıyla, teşebbüsler arasındaki yaklaşmanın ihlâl için yeterli olduğu uyumlu eylemlerde, "birlikte olma ya da bir araya gelme" özel bir önem taşımaktadır. Birlik çatısı altında ise hukukî açıdan hiçbir sakınca olmadan rakip teşebbüslerin bir araya gelmesi mümkün olmaktadır. Çoğu zaman bu durum meşru olduğu kadar olağan da görülmektedir ve hatta bazen devletin kendisi bu amaçla birlikler kurulmasını emretmektedir.

Kuşkusuz birlik çatısı altında örgütlenmenin başka alanlarda yararları olsa da, rekabet açısından olumlu ve teşvik edilir bir yanı yoktur ya da dikkate alınmayacak kadar önemsiz kalmaktadır¹⁵⁵.

154 Bak. Lane, 67.

155 Ancak birliklerin, üyelerinin arasında etkin ve düzenli şekilde rekabetin işlenmesine hizmet eden faaliyetlerde bulunması ya da kararlar alması da mümkündür. Bak. Özsunay, E.: Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 5, Ankara 2000, s.63 dn. 90.

Bunun aksine birlik çatısı altında teşebbüslerin bir araya gelmesi rekabet açısından bir tehlike arz etmektedir. Bu tehlike birliğin gücü oranında artmaktadır¹⁵⁶.

Birliklerin gücü üyelerinin çokluğu ve gücü ile orantılıdır. Bir sektörde birden çok birlik bulunabilir. Özellikle, sektördeki tüm rakiplerin tek birlik çatısı altında toplandığı durumlarda bu güç daha da artar. Ancak burada birliğin gücünü, belirli bir coğrafi pazardaki güç olarak da anlamak mümkündür. Yani ilgili pazardaki rakip teşebbüslerin tek bir çatı altında toplandığı durumlarda güçlü bir birlik var demektir. Bu durum kuşkusuz yasal zorunluluklardan da doğmuş olabilir. Örneğin, barolar bölgelerindeki tüm avukatların üye oldukları birlikler olduğu için güçlü birliklerdir. Böylece örneğin, Erzurum barosu, Türkiye'ye oranla az sayıda üyeye sahip olsa da, pazarların doğal olarak bölünmüş olmasından dolayı güçlü bir birlik olmaktadır.

Bazı birlikler ise ülke sınırlarını da aşan bir büyüklüğe sahip olabilirler. Böylece birlik bünyesinde çok daha büyük işler konuşulabilir ve kontrol edilebilir hâle gelir. Örneğin, Avrupa Çimento Birliğine (The European Cement Association, Cembureau) Avrupa birliğine üye ülke birlikleri yanı sıra EFTA¹⁵⁷ ülkeleri ve Türkiye çimento birlikleri de üye olmuştur¹⁵⁸.

Birliklerin rekabet açısından sakıncaları da işte, aslında pazarda birlikte hareket etmesi normalde özel bir çaba gerektiren çok sayıda teşebbüsün bu sayede bir araya gelmesinde yatar¹⁵⁹. Böylece bireysel çabalarla sağlanması güç olan rakipler arası iletişim sağlanmakta, ayrıca birlik üyelerinin birbirlerinin politikalarını kontrolü kolaylaşmaktadır¹⁶⁰. Bu nedenle birlik kararının ayrıca düzenlenmesinde, özellikle bu ve buna benzer şekilde yasak faaliyetlerde birlik çatısının avantajlarından yararlanılması endişesi ağır basmaktadır¹⁶¹.

Nitekim sadece kararların değil, birlik eylemlerinin de bu danışıklılık şekli altında toplanması, hükmün düzenlenme amacının, rekabetin sınırlandırılmasında birliklerin rol üstlenmesinin engellenmesi olduğunu daha açık gösterir. Bu nedenle önemli olan, teknik anlamda bir kararın varlığından öte, birliğe mal edilebilecek bir

156 Lane, 66.

157 European Free Trade Association

158 Bu birlikle ilgili bir karar için bak. Cement, OJ 1994 L343/1.

159 Whish, 81; Lane, 66-67.

160 Whish, 81.

161 Bak. Whish, 81; Lane, 66-67; Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 129.

faaliyetin; herhangi bir karar ya da davranışın varlığıdır. Bu açıdan da birlik kararları anlaşma ve uyumlu eylemlerden ayrılır. Çünkü herhangi bir ortak faaliyet, bir birliğin iradesi olarak görülebildiği noktada anlaşma ve uyumlu eylem yok demektir.

C. Teşebbüs Birliği

1. Tanım

Rekabet Kanunumuz, ATA'nın sisteminden ayrılarak teşebbüsü tanımladığı gibi, teşebbüs birliğini de tanımlamıştır. Bu tanım nedeniyle, tıpkı "Teşebbüs" için söz konusu olduğu gibi, "Teşebbüs birliği" de hukukî bir terim olarak ortaya konulmuş olmaktadır.

Rekabet hukukuna özgü bu gibi yeni kavramların, Kanunda tanımının yapılması yararlı olmuştur. Gerçekten de Türk rekabet hukukunun, AB'nin rekabet ve serbest pazar hedeflerinden esaslı bir sapma göstermeyen kendine özgü bir seyir izlemesinde bir sakınca olamaz. Öte yandan ATA'nın farklı üye ülkelerdeki hukukî anlayışlar için en iyi ortak (terimsel ve kurumsal) çözümleri bulma zorunluluğu, Türk hukuku için söz konusu olmadığı için, bu alanda daha rahat hareket edilebilir.

Bununla birlikte Kanunla rekabet hukukuna ilişkin tanımlayıcı kurallar getirmenin, yukarıda anılan karara uygun hareket edilmesini zorlaştıran bir etkisi de olabilir. Bu yüzden yeni hukukî kavramların kanunda tanımlanarak açıklık ve şeffaflık kazanması ile rekabet hukukunun dinamik yapısının gerektirdiği esnekliğin kaybedilmemesi arasında bir denge sağlanması önem kazanmaktadır.

Nitekim RKK'nın teşebbüs birliklerine ilişkin tanımı bu dengeyi sağlayan bir tanımdır. Buna göre; *"Teşebbüs Birliği: Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri"* ifade eder (RKK m.3).

2. Tüzel Kişiliğin Şart Olmaması

Kanunda da açıkça ifade edildiği üzere, birlik olarak nitelendirilmek için tüzel kişiliğin varlığı şart değildir. Nitekim Kurulun uygulaması da bu yöndedir. BİAK

kararında¹⁶² soruşturulan birliğin tüzel kişiliğinin olmaması, teşebbüs birliği olarak nitelendirilmesine engel olmamıştır¹⁶³.

Aynı esas AB rekabet hukuku için de geçerlidir: Tüzel kişiliğe sahip olmama, teşebbüs birliği olarak nitelendirilmeyi engellemez¹⁶⁴.

Önemli olan, üyelerini teşebbüslerin oluşturduğu ya da üyeleri arasında teşebbüslerin bulunduğu bir birliğin varlığıdır. Bunun; dernek¹⁶⁵, oda, birlik, kurul, komite, cemiyet, konfederasyon, federasyon¹⁶⁶, kooperatif¹⁶⁷, sendika¹⁶⁸, baro¹⁶⁹ vb. şekilde adlandırılması, teşebbüs birliği olarak nitelendirilmesine engel değildir.

Bununla birlikte, tüzel kişiliğin teşebbüs birliği için şart olmaması, tüzel kişiliği olmayan hangi oluşumların birlik olarak değerlendirilebileceği sorusunu akla getirmektedir. Zira danışıklılık için teşebbüslerin bir şekilde bir araya gelmeleri gerekir. Teşebbüslerin bir araya geldiği; düzenli toplantılar yaptığı, belirli tarihlerde düzenli olarak bulunduğu, bu yolla hatta rekabet dışındaki alanlarda da birlikte

162 BİAK, RK kararı, K. Sa.: 99-13/99-40 K. T.: 04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744)

163 Bu karar konu edinen inceleme için bak. Aslan, BİAK, 3 vd.

164 *Compagnie Maritime Belge Transports and others v. Commission*, Cases C-395, 396/96P, ECR 2000, I-1365.

165 TİAD, RK kararı, K. Sa.: 00-40/443-243 K. T.: 20.10.2000.

166 “Until 22 June 1991, Fenex was a federation of Dutch forwarding organizations. Since that date, Fenex has been an association directly comprising forwarding companies, and its object is still to represent the joint interests of its members. Whatever the terminology used, Fenex is an association of undertakings within the meaning of Article 85 of the Treaty.” Fenex, OJ 1996 L 181/28. “.....üyelerinin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişimini sağlamak amaçlarıyla oluşturulan ve kararlarını belirlemede özgür bir iradeye sahip bulunan Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu (TŞOF)’nun teşebbüs birliği olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu durumda her teşebbüs birliği gibi TŞOF’nin de 4054 sayılı yasa hükümlerine uyması gerekmektedir.” TŞOF, RK kararı, K.Sa. 99-12/91-33, K. T.: 3.3.1999.

167 *Coöperatieve Stresel- en Kleurselfabriek v. Commission*, Case 61/80, ECR 1981, 851; *Gøttrup-Klim v. Dansk Landbrugs Grovvarselskab*, Case C-250/92, ECR 1994, I-5641.

168 “...İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası, Türkiye İlaç Sanayii Derneği ve Yerli İlaç Sanayicileri Derneği 4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesi anlamında birer teşebbüs birliği olup...” İlaç Sanayi, RK kararı, K. Sa.: 00-1(b)/11-5, K.T.: 12.01.2000; “Kanunca, işveren sendikalarının (employers’ association) (örneğin, İlaç Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası vb. gibi) ve bunların üst örgütlenmelerinin de (örneğin Türkiye İşveren Sendikaları Federasyonu gibi), teşebbüs birliği olarak nitelenmesi yanlış olmayacaktır”. Özsunay, Perşembe konferansı, 54.

169 Bak. *Wouters and others v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Case C-309/99, ECR 2002, I-1577.

hareket ettiği, örneğin, bazı etkinlikler düzenlediği ilişkiler içinde olması, rekabet hukuku bakımından bir birliğin varlığı anlamına gelebilir mi?

Bu konuda Kanunun teşebbüs birliği tanımında açıklık yoktur. Yalnızca teşebbüslerin "belirli amaçlarla" oluşturdukları birliklerden söz edilerek, bir bakıma birliğin amacı için belirlilik aranmıştır. Yani, teşebbüs birliğinin tıpkı demek vb.lerinde olduğu gibi belirlenmiş ve açıklık kazanmış ideal ya da ekonomik bir amacı olmalı amaç birliği açısından birlik üyeleri arasında uyumsuzluk ve tereddüt bulunmamalıdır. Bu nedenle tüzel kişilik taşıyan ya da taşımasın, birliğin varlığı için birlik üyeleri arasında amaçta müşterekliğin bulunması aranmalıdır.

Diğer yandan fiili birliklerin de tüzel kişiliğe sahip birlikler gibi kurumsal bir yapısı olması gerekir. Kurumsal yapı, mekânsal anlamda teşebbüslerden bağımsız olmayı gerektirmez. Birlik, üye teşebbüslerden birine ait herhangi bir büro ya da ofiste de faaliyetini sürdürebilir. Ancak en azından bir karar organı ve yönetim organına sahip olması gerekir. Bu anlamda organların işleyişi ve ilişkilerini düzenleyen üzerinde anlaşmış bir birlik statüsü ya da tüzüğü bulunmalıdır. Bunun çok ayrıntılı olması gerekmez. Hatta üzerinde uyuşma olması şartıyla yazıya dökülmüş olması dahi aranmamalıdır. Örneğin, teşebbüslerin genel kurul için toplantı çağrısının belirli bir yayında ilânı usulü yerleşmişse, bunun için yazılı bir kural aranmayabilir.

Bunlarında yanında, haklı olarak, birliğin varlığı için müşterek amaç doğrultusunda sürekli¹⁷⁰ ya da en azından süreklilik niyetiyle bir araya gelinmesi aranmaktadır¹⁷¹. Süreklilik arz etmeyen, toplantı, görüşme vb. şekilde gerçekleşen birliktelikler ise, uyumlu eylemler açısından değerlendirilmektedir¹⁷².

Görüldüğü gibi, işleyiş esaslarında düzenlilik, faaliyetlerinde ve varlığında süreklilik ve amaçta müştereklik, herhangi bir birlikteliği teşebbüs birliğinden ayıran özelliklerdir¹⁷³. Teşebbüs birliğinin varlığının, yukarıdaki özelliklere bakılarak belirlenmesi, "yapısal yaklaşım" olarak adlandırılabilir.

170 Akıncı, 283; Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 135.

171 Sanlı, 38.

172 "Birliğin oluşması için önemli olan, beraberliğin uzun dönem için planlanmış olması, süreklilik arz etmesidir, aksi takdirde bu, uyumlu eyleme yönelik bir toplantı olarak nitelendirilir." Akıncı, 283; "Sürekli olmayan fiili birliktelikler... 'teşebbüs birliği' olarak değil, koşulları gerçekleştiği takdirde ancak 'uyumlu eylem' kapsamında mütalaa edilebilir." Sanlı, 38.

173 Kar. Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 135-136.

Kuşkusuz teşebbüs birliğinden söz edilemediği durumlarda teşebbüs birliği kararından da söz edilemez. Dolayısıyla bu durumda yukarıdaki şartları karşılamayan teşebbüs birliktelikleri, teşebbüs birliği olarak görülmeyecek ve bir kararın varlığı da gündeme gelmeyecektir.

Bununla birlikte birlik niteliğinin belirlenmesinde, yapısal yaklaşımdan tam sonuç alınmadığı durumlarda, "işlevsel yaklaşım" olarak adlandırılabilir ikinci bir yola başvurulmalıdır. Burada doğrudan doğruya, birlikteliğin rekabeti sınırlayan iradesinin karar niteliğinde tezahür edip etmediğinden hareket edilmelidir. Aşağıda karara ayrıntılı olarak değinilecektir. Ancak burada şu ifade edilebilir ki, rekabeti sınırlayan ortak davranışın, çoğunluğun iradesine göre belirlendiği ve bu iradeye aksi görüşte olanların dahi uyduğu teşebbüs ilişkilerini birlik ve gerçekleşen işlemi¹⁷⁴ de karar olarak nitelendirmek mümkündür. Böylece sonuçtan hareket edilerek, rekabet sınırlamasının niteliği itibarıyla bir karara dayandığı durumlarda, bu kararın bir birlik iradesine dayandığına da hükmedilebilmelidir.

3. Birliğin Üyeleri

Birliğin üyeleri asıl olarak teşebbüslerdir. Teşebbüsten ne anlaşılması gerektiğine daha önce değinilmişti. Bu anlamda bağlı teşebbüslerin oluşturduğu holdingler ya da benzeri yapılar teşebbüs birliği olarak kabul edilemez¹⁷⁵.

Bununla birlikte yalnızca teşebbüsler¹⁷⁶ değil, teşebbüs birlikleri de birlik üyesi olarak kabul edilirler¹⁷⁷. Yani, teşebbüs birliklerinden oluşan birlikler de teşebbüs birliği sayılır¹⁷⁸. Nitekim Kurul da aynı kanaattedir. "*Satışa arz ettikleri gazete, dergi ve işlevleri gereği ifa ettikleri hizmet nedeniyle basın kuruluşlarının bir teşebbüs olduklarına kuşku bulunmamaktadır. BIAK üyesi diğer kuruluşlar olan Uluslararası*

174 Burada işlem teknik anlamda kullanılmamıştır. Zira hukukî işlem, "*bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olgudur.*" Eren, 115.

175 Sanlı, 38; Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 137.

176 Bunun yanında, şartlarını taşıyorsa, teşebbüs birliğinin kendisinin de teşebbüs olarak nitelendirilmesi mümkündür. World Cup Tickets, OJ 1992 L 136/31; Sanlı, 38.

177 Bak. Bureau National Interprofessionnel du Cognac v. Clair, Case 123/83, ECR 1985, 391; Cement, OJ 1994 L 343/1.

Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklam verenler Derneği de yine teşebbüslerden oluşan ve tüzel kişiliği haiz teşebbüs birlikleridir. Dolayısıyla BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulandıran bir teşebbüs birliğidir”¹⁷⁹.

Bu görüşün rekabet açısından olumlu yönleri açıktır. Bu sayede teşebbüslerin alt birliklerden oluşan birlikler kurarak rekabet hükümlerini dolanmaları önlenmektedir. Öte yandan niteliği gereği alt birliklerden oluşan teşebbüs birliklerinin faaliyetlerinin de bu şekilde kontrolü mümkün olmaktadır¹⁸⁰. Nitekim, Kurul kanun gereği kurulan ve üyelerini teşebbüslerin üyesi olduğu odalar ve borsaların oluşturduğu TOBB¹⁸¹’u teşebbüs birliği olarak görmüştür¹⁸².

Keza rekabet hukukunda anlaşmaların medenî hukuktaki sözleşmelere ilişkin kurallarla sıkı sıkıya bağlı görülmemesi gibi bir hukukî esneklik, birlik kararlarında da kendini göstermektedir. Nitekim Kurul, BİAK kararında, üyelerini teşebbüslerin yöneticilerinin oluşturduğu bir derneği teşebbüs birliği olarak nitelendirmekte çekinmemiştir¹⁸³.

Dolayısıyla teşebbüslerin bizzat değil ve fakat temsilcileri vasıtasıyla üyesi oldukları birlikler de teşebbüs birlikleridir. Temsilcinin hukuken buna yetkilendirilmiş olması da gerekmez. Bu durum yukarıda görüldüğü gibi, ilgili birlik hukukî kişilik taşısa da değişmemektedir. Tıpkı anlaşmalarda olduğu gibi, burada da, teşebbüsle birlik arasında, (hukuken olmasa da fiilen) temsile benzer bir ilişkinin kurulmasını makul gösterecek derecede nedensellik bağının bulunması yeterlidir¹⁸⁴. Nitekim yukarıda sözü edilen kararda bu bağ, yöneticilik sıfatı esas alınarak kurulmuştur: *“Adı geçen dernek tarafından yazılı savunmalarında, haklarında soruşturma açılmasına dayanak yapılan reklam ajanslarının Reklamcılar Derneği’ne üye olduğu görüşünün yasal ve doğru olmadığı belirtilmiştir. Ancak dernek tüzüğüünün ilgili maddeleri incelendiğinde, reklam ajanslarının karar alma mekanizmasında yer alan*

178 Korah, Competition, 43; bak. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (EG), Art. 85 Abs. 1 Rn. 39.

179 BİAK, RK kararı, K. Sa. 99-13/99-40 K.T.:04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744).

180 Bak. Lane, 66 dn. 76.

181 Türkiye Ticaret Sanayi Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği.

182 TOBB, RK kararı, K. Sıra Nu.: 99-24/217-130 Toplantı T.: 20.5.1999 (RG, 12.06.2000, Sa. 24077).

183 BİAK, RK kararı, K. Sa.: 99-13/99-40 K. T.: 04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744), Bu görüşün isabetliliği hakkında bak. Aslan, BİAK, 6-7.

184 Kar. Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 143 vd.

ya da karar alma mekanizmasını etkileyebilen (üst düzey yönetici) reklamcılarının üye olabileceği ve bu kişilerin de üye oldukları anlaşılmıştır”¹⁸⁵.

Öte yandan birliğin yalnızca teşebbüslerden oluşması da şart değildir. Önemli olan teşebbüslerin üyesi olduğu birliklerin rekabeti sınırlayıcı faaliyetleridir. Bu gerçekleşmişse, birliğin teşebbüs niteliği taşımayan üyelere de sahip olması sonuçta etkili olmamalıdır.

4. Birliğin Amacı

RKK m.3'te teşebbüslerin “belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu” birliklerden söz edilmiştir. Kurul bir kararında söz konusu ifadeyi, “teşebbüs birliği için mal ve hizmet üretmek ya da pazarlamak ya da ekonomik amaç gibi ölçütler aran(maması)”¹⁸⁶ şeklinde yorumlamıştır. Gerçekten de Kanunun ifadesi karşısında, birliğin kendisinin ekonomik bir amaç gütmesi gerekmemektedir. Aynı esas AB hukuku için de geçerlidir¹⁸⁷.

Tüzel kişiliği olan birliklerin ne amaçla kurulabileceğine, bunlarla ilgili mevzuatta genellikle yer verilmektedir. Bunun gibi, her birlik kendi özelliğine göre, amaçlarının yer aldığı bir tüzük ya da ana statüye sahiptir. İster tüzel kişilik taşıyın isterse taşımasın, birliğin amaçlarının arasında rekabette ilgili bir konunun bulunup bulunmaması teşebbüs birliği niteliğini etkilememektedir.

185 Kararda devamla şu ifadelere yer verilmiştir: “Adı geçen dernek, yazılı basın izleme araştırması piyasasında olmadığını, derneklerin üreten ve pazarlayan nitelikleri olamayacağını belirterek, 4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesine göre teşebbüs sayılmayacaklarını iddia etmiştir. Esasen Reklamcılar Derneği bir teşebbüs olarak tanımlanmamış, teşebbüs temsilcileri ile diğer gerçek kişilerden oluşan bir teşebbüs birliği olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Kanun’un 3 üncü maddesinde teşebbüs birliği için mal veya hizmet üretmek ya da pazarlamak ya da ekonomik amaç gibi ölçütler aranmamış, yalnızca ‘teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler’e atf yapılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla Reklamcılar Derneği’nin 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs birliği olduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır.” BİAK, RK kararı, K. Sa.: 99-13/99-40 K. T.: 04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744)

186 BİAK, RK kararı, K. Sa.: 99-13/99-40 K. T.: 04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744)

187 “....., it cannot escape Article 85 of the Treaty simply because it has been made by a non-profit-making association.” van Landewyck v. Commission (FEDETAB), Cases 209 etc/78, ECR 1980, 3125.

Bu bakımdan, birliğin kamu otoriteleri ile bağlantı kurmak, bunlara danışmanlık hizmeti vermek, sektörle ilgili yayın ve etkinliklerde bulunmak, ürün ve pazar araştırmaları yapmak, teknik ve standartları geliştirmek, sektörün eleman ihtiyacını karşılamak, bu anlamda eğitim sunmak ya da teşebbüsler arasında iletişimi sağlamak vb. gibi çeşitli amaçlarla kurulmuş olması mümkündür¹⁸⁸. Nitekim Kurul, amacı, "Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan okurluk araştırmalarına benzer nitelikte bir araştırmayı gerçekleştirme ve finanse etmek" olan BİAK'ı¹⁸⁹, "...Odalar ve borsalar arasında birlik ve dayanışmayı temin etmek, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, oda ve borsa mensuplarının mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak,....., meslek disiplini ve ahlakını korumak" ve "(ilgili) kanunda yazılı hizmetleri görmek" olan TOBB'u¹⁹⁰ teşebbüs birliği olarak (değerlendirilebilir¹⁹¹) görmüştür.

Görüldüğü gibi, Kanunda geçen "belirli amaçlar için kurulmuş olma", oldukça genel bir ifadedir ve asıl itibarıyla olumsuz şekilde "rekabetle ilgili bir amaç gütmeyen gerekli olmaması" anlamına gelmektedir.

Öte yandan, yukarıda değinildiği gibi, Kanundaki ifade birlik olma niteliği ile de ilgilidir. Birliğin tüzel kişilik taşımasının gerekmemesi karşısında, teşebbüslerin "belirli" amaçlarla oluşturdukları birlikler teşebbüs birliği niteliğinde olmaktadır.

5. Kurulda ve Üyelikte Zorunluluk Bulunmasının Önemli Olmaması

Rekabet hukuku açısından teşebbüs birliğinin Kanun gereği kurulmuş olması, birlik üyeliğinin de kanunen zorunlu tutulması ile tamamen teşebbüslerin özgür iradeleri ile kurulup üyeliğinin de ihtiyarı olması arasında fark yoktur¹⁹². Bu nedenle

188 Lane, 66.

189 BİAK, RK kararı, K. Sa.: 99-13/99-40 K. T.: 04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744)

190 TOBB, RK kararı, K. Sıra Nu.: 99-24/217-130 Toplantı T.: 20.5.1999 (RG, 12.06.2000, Sa. 24077).

191 Kurul, Kanun gereği kurulan ve kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliğe sahip bulunan TOBB'u teşebbüs birliği olarak nitelendirirken ifadelerini oldukça özenli seçmiştir: "... (TOBB'un), bir 'teşebbüs birliği' olarak değerlendirilebileceği hallerin olması mümkündür." "...TOBB'nin bazı işlem ve kararlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceği Kurulumuzca da kabul edilmiştir." TOBB, RK kararı, K. Sıra Nu.: 99-24/217-130 Toplantı T.: 20.5.1999 (RG, 12.06.2000, Sa. 24077).

192 Power, 313.

TÜSİAD ve Giyim Sanayicileri Derneği gibi TOBB, Barolar, Mimarlık odaları gibi oluşumlarda birlik olarak değerlendirilebilir¹⁹³.

RKK'daki tanımda geçen "teşebbüslerinoluşturduğu....birlikler" ifadesi her ne kadar, kanunen oluşan birlikleri dışarıda bırakıyor gibi algılanmaya müsait ise de, amacın bu olmadığı açıktır¹⁹⁴. Bu nedenle hem teşebbüslerin oluşturduğu birlikler hem de üyelerini teşebbüslerin oluşturduğu birlikler¹⁹⁵ kanun kapsamına girer.

Teşebbüslerin, birliğe üyeliğin zorunlu olmasından bahisle, birlik karar ve eylemlerinin sorumluluğundan kurtulması düşünülemez. Çünkü bu birliklerin rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerde bulunması öncelikle birliğin kuruluş amaçlarına aykırılık teşkil eder. Ancak rekabet üzerinde etkili olabilecek bazı hususlarda birliğe düzenleme yapma yetkisinin kanunen tanındığı ve bu yetkinin kanunî sınırlar içinde kullanıldığı durumlarda, sonuçta rekabet sınırlanmış olsa da teşebbüs birliğinin ve teşebbüslerin sorumluluğu doğmaz. Zira bu durumda rekabetin sınırlanması bizzat kanundan kaynaklanmaktadır¹⁹⁶.

193 Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 137.

194 Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 136.

195 "...5590 sayılı Kanun ile kurulmuş bulunan (TOBB'un), kamusal nitelikte bir görev yapmak üzere oluşturulmuş bir yasal kuruluş olduğu anlaşılmaktadır. Birliği oluşturan odalara ve borsalara mensup kişi ve kuruluşların piyasalarda ticari ve sınai mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan teşebbüsler olduğu bir gerçektir. Teşebbüslerin üye olduğu odalar ve borsalardan oluşan Birliğin, teşebbüs birliği olarak değerlendirilebileceği hallerin olması mümkündür." TOBB, RK kararı, K. Sıra Nu.: 99-24/217-130 Toplantı T.: 20.5.1999 (RG, 12.06.2000, Sa. 24077).

196 Ancak Kurulun bu gibi durumlarda, mevzuattan ya da mevzuatın uygulanmasından kaynaklanan sakıncaların giderilmesini, ilgili makama görüş şeklinde bildirmesi mümkündür. "... (ilgili olayda) komuya ilişkin mevzuat da 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmiştir. Esasen, şikayet konusu pazarda asgari kaliteye ulaşmanın zorunlu olduğu malumdur. Ancak, sürücülük öğretiminin asgari maliyet bedelinin ilgili Bakanlık tarafından tespit edilmesi yerine, anılan hizmetin fiyatının ilgili pazarda oluşacak rekabetle sağlanmasının, asgari kalite düzeyinin teşkilinde daha etkin sonuçlar doğuracağı kanaatiyle, ilgili Yönetmelik'te yer almayan maliyet tespitine dayalı uygulamanın yürürlükten kaldırılması hususunda Milli Eğitim Bakanlığı'na 4054 sayılı Kanun'un 27/g maddesi çerçevesinde görüş bildirilmesi gerektiği neticesine ulaşılmıştır." Sürücü kursları, RK kararı, K. Sa: 01-18/151-40 K.T.: 10.4.2001

D. Karar

1. Medenî Hukukta Kararlar

Karar, medenî hukuk terminolojisinde, hukukî işlemler arasında yer alır. Bilindiği gibi hukukî işlemler, işleme katılan kişilerin sayısına göre, tek taraflı ve iki ya da çok taraflı işlemler olarak ikiye ayrılırlar. İki ya da çok taraflı hukukî işlemler, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, birden çok kişinin irade beyanına bağlı olan işlemlerdir¹⁹⁷. İşte kararlar da sözleşmelerle birlikte bu kategoride bulunur.

Ancak sözleşmelerle kararlar arasında önemli farklar vardır. Sözleşmelerde sözleşenlerin irade beyanları karşılıklıdır. Hâlbuki kararlarda irade beyanları birbirine paralel yöndedir ve bu anlamda (karar alan organın) başkanlık makamına yöneltiştir¹⁹⁸. Bununla birlikte sözleşmelerde -özellikle de çok taraflı olanlarında- irade beyanlarının her zaman karşılıklı olduğu söylenemez¹⁹⁹. Bu bakımdan kararlarla sözleşmeler arasındaki fark, kararlarda taraflara oy hakkı veren bir hukukî ilişkinin olmasıdır²⁰⁰. Sözleşmelerde ise, irade beyanında bulunan kimseleri önceden birbirine bağlayan bir ilişkiye -kural olarak- ihtiyaç yoktur²⁰¹.

Diğer yandan sözleşmelerde, irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Kararlarda ise, üyelerin tamamının birbirine uygun irade beyanlarında bulunması şart değildir. Karar alınmasına imkân veren statü, tüzük ya da ana sözleşmeye göre, belirli bir sayıdaki irade beyanının aynı çözüm üzerinde birleşmesi yeterlidir. Genellikle de salt çoğunluğun bulunması karar için yeterli görülür. Böylece sözleşmelerden farklı olarak kararlarda tüm irade beyanları birbirlerine uygun olmasa da hukukî sonuç doğar²⁰². Alınan karar, ister olumlu ister olumsuz oy versin ya da toplantıda hazır bulunmamış olsun, tüm üyeleri bağlar²⁰³ ve tümü için aynı

197 Eren, 154.

198 Bak. ve kar. Eren, 154; Tunçomağ, 136.

199 "Meselâ, bir gayrimenkul paydaşlarının sulama tesisatı yaptırmak için beyan ettikleri iradelerin niçin bir 'karar' olduğu veya bir âdi şirket kurmak için birkaç kişi arasında yapılan bir anlaşmanın neden dolayı bir 'sözleşme' olduğu yukarıdaki görüş esas tutularak aydınlatılamaz." Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 44.

200 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 44.

201 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 44.

202 Reisoğlu, 44.

203 Eren, 154-155; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 45.

sonuçları doğurur. Kararın sözleşmelerden ayrılma bu özelliği, kanunun karar alınmasına imkân verdiği hukukî ilişkinin²⁰⁴ ve bu ilişkiyi kuran statü, tüzük ya da ana sözleşmenin bir gereğidir²⁰⁵.

Karar bir topluluğun iç hukukî ilişkilerini düzenler. Belirli bir konuda nasıl hareket edileceği hususunda ortak bir tavır almayı sağlar. Kararın dışı etkisi ise buna yetkili organ ya da kişilerce uygulanması ile ortaya çıkar²⁰⁶.

Doktrinde karar için yapılan tanımların bazıları şunlardır: *"Kararlar, aynı gruba dahil kişilerin ortak bir iş veya amaca ilişkin bir karar almak için başkana yöneltilmiş irade beyanlarıdır."*²⁰⁷. *"(Kararlar) başkana yöneltilmiş müteaddit ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir ve tıpkı bir taraflı hukukî işlemler gibi, ancak kanunun öngördüğü hallerde geçerlidir."*²⁰⁸. *"Birden ziyade kimsenin, kendilerine oy hakkı veren bir hukukî ilişki içinde, bu hakkı kullanarak yaptıkları anlaşmaya 'karar' denir."*²⁰⁹.

2. Rekabet Hukukunda Birlik Kararları

Rekabet Kurulu, BİAK olayında kararı, medenî hukuktaki anlamıyla tam tamına örtüşür şekilde tanımlamıştır. Buna göre, *"Karar, çok taraflı bir hukukî muameledir ve birden fazla kimsenin içinde buldukları hukukî ilişkinin kendilerine tanıdığı oy hakkını kullanarak anlaşmaya varmalarıdır"*²¹⁰. Bununla birlikte aşağıda görüleceği üzere, Kurul birlik kararlarını, hukukî açıdan geçerli olma şartına bağlamamaktadır. Önemli olan birlik kararlarının da karar sözleşmeden ayıran iki özelliği taşımasıdır. Tüzel kişiliği olsun ya da olmasın, kararlarda birliğin üyelerine oy hakkı veren bir ilişki vardır. Öte yandan Kurulun da belirttiği gibi, *"...birliğin kararı,*

204 *"Kararlar, kanunda öngörülen hallerde alınabilir."* Eren, 155, aynı yönde Tunçomağ, 136.

205 Gleiss/Hirsch, Art. 85(1) Rn. 84, 88; Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 153.

206 Bak. Tunçomağ, 137.

207 Eren, 154.

208 Tunçomağ, 136.

209 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 44.

210 BİAK, RK kararı, K. Sa.: 99-13/99-40 K. T.: 04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744).

*çoğunluğa katılmayan ya da kendisine tanınan oy hakkını kullanmamış olanları da bağlar*²¹¹.

Teşebbüs birliği kararları, ana statüden aldığı güçle yetkili birlik organının çeşitli meseleler hakkında getirdiği, üyeleri bağlayıcı çözümlerdir²¹². Teşebbüs birliği kararlarını, teşebbüs birliklerinin üyelerini hukuken ya da fiilen bağlayan kararları olarak tanımlamak da mümkündür.

3. Karar Organları

Yukarıda birlik yapısının demek, birlik, sendika, kooperatif gibi değişik şekillerde gerçekleşebileceğine işaret edilmişti. Bu gibi birlik ya da topluluklar görevleri birbirinden farklı organlara sahiptirler. Bu organlar genellikle tüm üyelerden oluşan genel kurul, birliğin işlerini yürüten ve birliği temsil eden yönetim kurulu ve denetçi ya da denetim kuruludur.

Nitekim birlik kararlarından söz edilince yalnızca tüm teşebbüslerin oy hakkının bulunduğu birlik genel kurulunun kararları kast edilmemektedir. Yönetim kurulu ya da kendilerine işleri yürütmek ve yönetmek için yetki verilen kişilerin (müdürler) kararları da birlik kararı hükmündedir²¹³. Kurulun da görüşü bu yöndedir. Kurul, birliklerin söz konusu olduğu durumlarda yönetim kurulu kararlarını da soruşturmaktadır²¹⁴.

4. Kararların Bağlayıcılığı

Birlik kararlarının en önemli özelliklerinden biri bağlayıcı olmalıdır. Yoksa genel kurul ya da yönetim kurulu tarafından alınsa da, rekabet hukuku anlamında bir karardan söz edilmesi uygun olmaz²¹⁵. Karar bağlayıcı özellikte olmalıdır ki, oy

211 BİAK, RK kararı, K. Sa.: 99-13/99-40 K. T.: 04.03.1999 (RG. 3.7.1999, Sa. 23744).

212 Bak. Riesenkauff, A/Lehr, S.: Membership of Professional Associations and Article 85 of the EC Treaty, World Competition, 4/1996, s. 65; kar. Topke, 30.

213 Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 153.

214 Bak. İlaç Sanayi, RK kararı, K. Sa: 00-1(b)/11-5, K.T.: 12.01.2000.

215 Bak. Riesenkauff/Lehr, 65; Brinker, in: Schwarze, Art. 81 Rn. 31; Schollmeier/Krimphove, in: Bleckmann, § 23 Rn. 1840.

kullanmayanlar ya da muhalif oy kullananları da kapsar şekilde tüm üyeler için ortak ve tek bir çözüm sunsun ve böylece birlik olmanın verdiği güç, rekabeti sınırlamak için kullanılsın ya da bu etkiyi doğursun.

Bununla birlikte birlik kararının hukukî sonuç doğurabilmesi ve hukuken bağlayıcı olması şart değildir. Birlik üyeleri üzerinde fiilen bağlayıcı etkisinin olması yeterlidir. Bu durumda hâliyle karara uymamanın yaptırımını da hukukî olmamaktadır. Bunun yerine hukuk dışı bazı yaptırımlar doğabilmektedir. Bir başka deyişle üyeleri hukuken bağlayıcı olmayan karara uymaya zorlayan; iktisadî, sosyal ya da ahlâkî yaptırımlardır²¹⁶.

Bağlayıcı kararların karşısında, üyelerin uyup uymamakta serbest olduğu kararlar gelir. Bunlara üyeleri belirli politikaları izlemeye özendiren, böyle politikaları üyelere tavsiye eden, ya da tam aksine bunların izlenmemesi için uyarılarda bulunan kararlar örnek verilebilir²¹⁷. Genellikle de bağlayıcı kararlarla zıt anlamı olmak üzere tavsiye kararlarından söz edilir.

Aslında yukarıda kararların bağlayıcılığı ile ilgili varılan sonuçlar, doktrin ve uygulamada oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalar özellikle de tavsiye kararlarının birlik kararı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği üzerindedir. Hiç kuşkusuz bunlar, birlik kararı olarak kabul edilirse, rekabetin sınırlandırılmasından teşebbüs birliğinin sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Aksi takdirde ise tavsiye kararları, anlaşma ya da uyumlu eylem olarak değerlendirilebilecek ve rekabete aykırılıktan teşebbüslerin sorumluluğu doğacaktır.

a. Tavsiye Kararı

aa. Komisyon ve mahkeme kararlarında birlik tavsiyeleri

Komisyon, Yangın sigortası olayında, birlikten çıkmış olmayı ya da birlik ürünü olmayı kararın varlığı için yeterli görmüştür. Dolayısıyla tavsiye niteliğinde de olsa bir karar varsa teşebbüs birliği kararından söz edilebilecektir.

Komisyon, bunun için iki şartın birlikte gerçekleşmiş olmasını aramıştır ki bunlar:

216 Bak. ve kar. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Art 81 Abs. 1. Rn. 82; Riesenkampff/Lehr, 65.

-tavsiye kararının birlik kurallarına göre yetkili organ tarafından alınmış olması
ve

-kararın birliğin resmî (yani benimsenen) politikası olarak birlik üyelerine yöneticiler tarafından gerektiği gibi bildirilmiş olmasıdır.

Komisyon'a göre bu iki şart gerçekleşmişse, birlik tarafından kararın tavsiye olarak nitelendirilmiş olması önemli değildir. Ortada yine m.81 anlamında bir teşebbüs birliği kararı vardır²¹⁸.

Görüldüğü gibi bu görüşe göre, usulüne uygun olarak alınmış ve üyelere bildirilmiş her birlik kararı, tavsiye kararı olarak nitelendirilmiş olsa dahi, m. 81 anlamında teşebbüs birliği kararı olabilir.

Adalet Divanı 1987 tarihli Eşya sigortacıları birliği kararında, Komisyonun Yangın sigortası kararının iptali talebini reddetmiştir.

Bu davada, kararın iptali için öne sürülen iddialardan biri de Komisyonun tavsiye kararlarına ilişkin değerlendirmelerinin hatalı olduğudur. Davalılara göre birliğe atfedilen karar, yetkili organlar tarafından alınmamış ve bu nedenle hiçbir bağlayıcılığı olmayan tavsiye niteliğinde bir karardır.

Divan öncelikle tavsiyenin gerçek niteliğinin ortaya konulmasını zorunlu gördü. Olaydaki tavsiyeyi "bağlayıcı değil" dense de prim artışlarına ilişkin uyulması zorunlu şartlar getiriyor buldu. Tavsiyenin bildirilmesinden sonra kısa bir zaman içinde birlik üyelerinin prim şartlarını tavsiyeye göre ayarlaması da bunu gösteriyordu.

Ayrıca Divan, kararı alan komitenin, birlik tüzüğünde, üyelerin prim oranlarının eş güdümünü sağlamakla görevlendirildiğini de tespit etti. Bu düzenlemelere bakıldığında, komitenin tavsiye kararları, organlardan birinin talebi üzerine onaya sunulmadıkça, pekâlâ kesin bir karar olarak farz edilebilirdi.

Sonuçta Divan, hukukî açıdan nasıl nitelendirildiğinden bağımsız olarak, tavsiyeyi, birliğin ilgili sigorta pazarında üyelerinin davranışlarını koordine etmek

217 Gleiss/Hirsch, Art 85(1) Rn. 86.

218 Fire Insurance, OJ 1985 L 35/20.

niyetinin (tastamam) yansıması²¹⁹ olarak gördü. Bu nedenle de ATA m.81 anlamında bir birlik kararının olduğuna karar verdi²²⁰.

Van Landewyck davasında da, tavsiye niteliği dolayısıyla kararın birlik karar olarak nitelendirilmemesi gerektiği iddiaları üzerine, Divan bağlayıcılık sorununu incelemiştir. İlgili birliğin tüzüğüne (statute) göre birlik kararlarının üyeleri bağlayıcı olduğuna değinilmiş ve gizliden gizliye güttüğü hedeflerin gerçekleşmesi için teşebbüs faaliyetlerini plânlayan ve düzenleyen birliklere m. 81'in uygulanacağı²²¹ belirtilmiştir. Bunun yanında, tavsiye hükümlerine uygun hareket edileceğinin bazı üyeler tarafından açıkça beyan edildiğine dikkat çekilmiştir²²². Ayrıca tavsiyenin rekabet üzerine ciddi ve derin bir nüfuzu olduğu²²³ vurgulanmıştır²²⁴.

Bunu takiben 1983 tarihli IAZ kararında da, gizlice güttükleri sonuçları üretecek şekilde kendilerinin ve üyelerinin faaliyetlerini tasarlayan teşebbüs birliklerine m. 81'in uygulanacağı ifade edilmiştir. Divana göre, üye teşebbüslerin tavsiyeye uyması ilgili pazardaki rekabet üzerine kayda değer derecede nüfuz ediyorsa, bağlayıcı etkisi olmasa²²⁵ da bu tavsiye bir teşebbüs birliği kararı olarak m.81 kapsamındadır. Bu ifadelere açıklık getirecek şekilde kararda, alınan tavsiyeye teşebbüslerin büyük bir çoğunlukla uyduğuna ve bunun sonucu olarak tavsiyenin rekabet üzerine nüfuz ettiğine de değinilmiştir²²⁶.

Bu kararlarda benimsenen ilkelere Komisyon tarafından da atıf yapılmaktadır. Buna, 1996 tarihli Fenex kararı örnek gösterilebilir. Bu olayda Fenex isimli birlik, tavsiye olarak nitelendirdiği fiyat tarifeleri hazırlıyor ve bunları üyelerine dağıtıyordu.

219 ".....the faithful reflection of the applicant's resolve to coordinate...." Anlaşmalarla ilgili benzer bir ifade için bak. yuk. § 5, II, C, 1, a.

220 Verband der Sachversicherer (VdS) v. Commission, Case 45/85, ECR 1987, 405.

221 "....Article 85(1) also applies to associations in so far as their own activities or those of the undertakings belonging to them are calculated to produce the results which it aims to suppress."

222 "A recommendation made by an association of the undertakings and constituting a faithful expression of the members' intention to conduct themselves compulsorily on the market in conformity with the terms of the recommendation fulfils the necessary conditions for the application of Article 85(1) of the EEC Treaty." Bu ve benzeri ifadeler dolayısıyla van Landewyck kararının anlaşmalar açısından da önemli yanları vardır. Bak. yuk. § 5, II, C, 1, a ve § 5, II, D, 2, f, dd; ayrıca bak. Korah, Competition, 43.

223 "....has a profound influence on competition..."

224 van Landewyck v. Commission (FEDETAB), Cases 209 etc/78, ECR 1980, 3125.

225 "... even if it has no binding effect,.....has an appreciable influence on competition..."

226 IAZ International Belgium v. Commission, Cases 96 etc/82, ECR 1983, 3369.

Komisyon, öncelikle, tarifelerin tertip ve sirkülasyonunun uzun yıllar süren istikrarlı bir uygulama olduğunu tespit etti. Sonra da, tarifelerin üyelere, uyulması zorunlu olmayan tavsiyeler (non-compulsory recommendations) olarak nitelendirilerek sunulmasına rağmen, (dağıtılan) sirkülerlerin amir hükümler taşıdığını ifade etti. Sonra da tarifelerin tertip ve sirkülasyonunu, Fenex'in ilgili pazarda üyelerinin davranışlarını koordine etmek niyetinin açık yansıması olarak yorumladı²²⁷.

Komisyon aynı kararda yine Divana atıf yaparak, bir teşebbüs birliği kararının rekabeti sınırlama amacı kolayca görülebiliyorsa artık fiili etkilerinin incelenmesine gerek olmadığını ifade etti. Gerçekten de Divan, Eşya sigortacıları birliği kararında, birlik kararı olarak nitelendirdiği tavsiyeler için de bu ilkenin uygulanmasını uygun bulmuştur²²⁸. Başka bir deyişle gerek Komisyon gerekse Divan, birlik tavsiyesine fiilen uyulmasını rekabete aykırılık için en azından teorik olarak şart görmemektedir.

bb. Doktrinde tavsiye kararları

aaa. Komisyon ve mahkeme kararlarının yorumuna dayanan görüşler

Bağlayıcılık sorunu söz konusu olunca doktrinde birlik kararları ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere ayrı bir başlık altında gerekçeleri ile birlikte yer verilecektir. Ancak burada mahkeme ve komisyon kararlarına atıf yapılarak birlik kararlarının bağlayıcılığı hakkında doktrinde yazılanlara değinmekte yarar vardır. Çünkü bunlar bir bakıma bu kararların yorumu anlamına da gelmektedir. Gerçekten de bu bakış açısından bakıldığında, doktrinde, tavsiyeler öngören birlik kararlarının yorumunda da bir çeşitlilik olduğu görülmektedir.

Bu anlamda yargısal içtihatları yorumlayan bazı yazarlar, birliklerin tavsiyelerinin de kararlara karşılık geldiğini ve bunların üyeleri bağlayıcı olmamasının m.81'in uygulanmasını engellemeyeceğini tespit etmektedirler²²⁹. Lane, buna ilâveten karar ya da tavsiyenin birlik kurallarına uygun alınmış

227 Fenex, OJ 1996 L 181/28.

228 "The Commission was consequently correct in limiting its examination initially to the objective of the recommendation without considering what were its effect." Verband der Sachversicherer (VdS) v. Commission, Case 45/85, ECR 1987, 405.

229 Bael/Bellis, 33 ve ayrıca, atıf yapılan kararlar için bak. aynı sayfada dn. 41.

olmasından söz etmektedir²³⁰. Whish ise, böyle durumlarda, üyelerin tavsiyeye uymak konusunda eğilimlerini gösteren geçmişteki uygulamaların ve tavsiyeye uygun davranmanın rekabet üzerinde önemli bir nüfuzu ya da baskısı olup olmadığını incelenmesini gerekli görmektedir²³¹.

Schröter ise, birlik kararları için hukukî bağlayıcılığın gerekmediğini, nispeten yeni uygulamaya göre, kararın üyeleri fiilen bağlamasının yeterli olduğunu ifade etmektedir. Akabinde de yazar, birliğin, hukukî ya da fiilî bir yaptırımla donatılmamış, belirli bir eylemde bulunma ya da böyle bir eylemden kaçınma çağrısına, üyelerin çoğunluğunun hür iradeleri ile uydukları durumlarda da kararın unsurlarının gerçekleştiğini belirtmektedir. Ayrıca buna, üyelerin bilinçli olarak müştereken gerçekleştirdikleri eylemler varsa, aynı zamanda bir uyumlu eylemin de söz konusu olacağını eklemektedir²³².

Gleiss/Hirsch, Komisyonun yangın sigortası kararını eleştirmekte ve Divanın van Landewyck kararına atıfta bulunarak, birlik kararları için en azından fiilî bağlayıcılığın gerekli olduğunu ifade etmektedir²³³. Fiilî bağlayıcılığın da bulunmadığı durumlarda ise, teşebbüslerin birliğin fikir açıklamalarına uygun hareket etmesinin uyumlu eylemler doğuracağını ve bu uyumlu eylemlerden birliğin de sorumlu olacağını belirtmektedir²³⁴.

Riesenkampff/Lehr ise, Komisyonun birlik kararının varlığı için bağlayıcılık aramadığını, Divanın ise kararın en azından fiilen bağlayıcı olup olmadığını inceleme eğiliminde olduğunu tespit ettikten sonra, yine van Landewyck kararına atıfta bulunarak, bir tavsiyenin birlik üyelerinin önemli bir çoğunluğunca takip edilmesi hâlinde kararın fiilen bağlayıcı olduğunun varsayılacağını ifade etmektedir²³⁵.

Komisyon ve mahkeme kararlarının yorumundaki bu çeşitlilik, her kararın somut olaya göre gösterdiği özellikler ve aynı zamanda bu kararların sadece teorik

230 Lane, 68 ve ayrıca, atıf yapılan kararlar için bak. aynı sayfada dn. 92.

231 Whish, 82 ve ayrıca, atıf yapılan kararlar için bak. aynı sayfada dn.3, 4 ve 5.

232 Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Art.81 Abs.1 Rn.82 ve ayrıca, atıf yapılan kararlar için bak. dn. 311,312, 313.

233 Doktrinde, yine bu anlama gelmek üzere, (hukuken bağlayıcı olmayan) kararın dolaylı olarak yükümlendirici etkisinin olmasından da söz edilebilmektedir. Schollmeier/Krimphove, in: Bleckmann, § 23 Rn. 1840.

234 Gleiss/Hirsch, Art. 85(1) (görüş ve ayrıca, atıf yapılan kararlar için) Rn. 85, 86.

değil, pratik açıdan da incelenmesinin bir sonucudur. Böylece birlik kararının bağlayıcı olmasının (teorik açıdan) aranmadığı bir olayda da, pratikte böyle bir bağlanmanın olduğu ve bunun hiç de istisnai bir durum olmadığı, hatta hemen hemen her olayda az ya da çok buna tesadüf edildiği gözlemlenebilir.

bbb. Doktrindeki diğer görüşler

Birlik kararlarının hukuken bağlayıcı olmasını zorunlu görmeyen bir görüşe göre, birlik tavsiyelerine uyulmamasının yaptırımsız kaldığını söylemek doğru olmaz. Çünkü bu hâlde birlik amacına ters düşme, ahlâkî ve iktisadî düzeni bozma nedeni ile, grup içinde aşağılanma söz konusudur. Bu da tavsiye kararlarının üyeler üzerinde psikolojik ve/veya sosyal temellere dayanan bir bağlayıcılığı olduğunu göstermektedir²³⁶.

Akıncı da bu görüşte haklılık payı bulmaktadır. Bunun yanında Akıncı, bağlayıcılığın kararlar tavsiye arasındaki fark açısından önemli olmadığını, zira birlik kararlarına uyma borcunun ihlâlinde de en önemli yaptırımın, tıpkı tavsiyelerde olduğu gibi, birlikten dışlanmak olduğunu ifade etmektedir²³⁷. Öte yandan rekabet politikası açısından tavsiyelerin birlik kararı olarak nitelendirilmesini, uyumlu eylemler olarak nitelendirilmesine göre tercih edilir bulmaktadır. Çünkü, *"Kararın rekabetin kısıtlanmasına neden olacak olması, 85. maddenin 1. paragrafının uygulanabilmesi için yeterlidir. Oysa, uyumlu eylemde piyasa koşulları da gözönüne alınarak rekabetin fiilen kısıtlandığının tesbiti gerekecektir. Bu sebepten de, uyumlu eylemin tesbiti ve kanıtlanması, sözleşme ve karara göre daha zordur"*²³⁸.

Bu görüşe cevaben, tavsiye kararı bile olsa, buna uymamanın muhalif üyeyi zorda bırakacağı düşüncesinde haklılık payı bulunduğu, ancak her olayda teşebbüslerin bu baskılarla karşılaşacağı ve tavsiye doğrultusunda hareket edeceğinin söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Gerçekten de Topçuoğlu'na göre, tavsiyelerin birlik kararı olarak kabulü hâlinde, birlik içerisinde yer alması gerekçesiyle, masum üye teşebbüsler, taraf olmadıkları yasak davranışların sonuçlarından sorumlu tutulmuş olacaktır. Bu ise *"tavsiye veya tekliflere aslında*

235 Riesenkampff/Lehr, 65 ve ayrıca, atıf yapılan kararlar için bak. dn. 35,36,37.

236 Akıncı, 182'den naklen.

237 Akıncı, 182.

uymak istemeyen fakat nasıl olsa sorumlu tutulacaklarını düşünen teşebbüsleri, yasak faaliyetlere taraf olmaya teşvik etmek anlamına" gelecektir²³⁹. Böylece bir bakıma, rekabet politikası açısından, yukarıda ilk zikredilen görüşün tam aksine bir durum doğacaktır. Bu nedenlerle yazar, tavsiye veya teklif niteliğindeki, rekabeti kısıtlayıcı birlik kararlarının, uygulanmadığı sürece yasaklanmaması gerektiği kanaatinde. "Birlik tavsiyeleri tatbik edildiği takdirde, karara uyan üye teşebbüsler arasında 'uyumlu eylem'in varlığını kabul etmek gerekir. Somut olaya göre, uyulması zorunlu veya adetten olan, fakat üçüncü kişilere karşı 'tavsiye' olarak takdim edilen kararların varlığında (ise), kanuna karşı hileden bahsedebiliriz"²⁴⁰.

Aslan ise, tavsiye kararlarının nitelendirilmesinde önemli olanın, üyelerin bu kararlar kendilerini bağlı hissedip etmemeleri olduğunu; eğer böyle hissediyorlarsa ve karara uyuyorlarsa bunun bağlayıcı bir kararın varlığı anlamına geleceğini; bu sonuç için teşebbüslerin tamamının karara uymasının gerekmediğini; rekabetin sınırlandırılmasına yetecek kadarı uyuyorsa artık bir birlik kararının var olduğunu ifade ettikten sonra Topçuoğlu'nun görüşüne şu eleştirileri yöneltmektedir: "...bu görüşün kabulü mümkün değildir. bir kere kanun açıkça işletme birliği kararından söz etmektedir. Bunlar arasında bağlayıcı kararlar veya tavsiye kararları aynı yapılmamaktadır. Kanun açısından kararın hukukî niteliğinden çok fiilî niteliği önemlidir. Yani eğer birliğin bu kararı yüzünden rekabet sınırlanıyorsa bu kararın tavsiye veya bağlayıcı karar adıyla alınmış olmasının bir önemi yoktur. Karar, ister tavsiye, isterse bağlayıcı karar olsun, eğer, rekabeti sınırlayıcı etkiler gösteriyorsa, bu bir 'işletme birliği kararı' olarak yasaklanacaktır. Tavsiye kararları nedeniyle sadece sınırlayıcı uygulamaya katılanların uyumlu eylemlerden sorumlu tutulması mümkün değildir. Çünkü, birincisi bu sınırlamanın sebebi işletme birliği karardır. İkincisi uyumlu eylem ispat yükü açısından işletmelere külfet getirirken Kurulu kısmen de olsa ispat yükünden kurtarmaktadır. Bu şekilde ispat yüküne ilişkin genel kurala istisna getiren hükmün dar yorumlanması gerekir"²⁴¹.

İspat açısından getirilen bu eleştiriye cevaben, Topçuoğlu tarafından, taraflar için bağlayıcılık özelliğinden yoksun tavsiyelerin veya anlaşmaların da ispatının kolay olmayacağı ve bunların varlığını iddia eden kimselerin, büyük ihtimalle, ispat

238 Akıncı, 183.

239 Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 157.

240 Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 156-157.

241 Aslan, Türk hukuku, 88.

yükümlülüğünü yerine getiremeyecekleri; dolayısıyla teşebbüsler arasındaki ilişkiyi "anlaşma" veya "karar" değil, "uyumlu eylem" olarak nitelendirmenin Kurulun ya da şikâyet sahiplerinin işini kolaylaştıracağından veya bilakis zorlaştıracağından söz etmenin yersiz olduğu ileri sürülmüştür²⁴².

cc. Bağlayıcılık Açısından Tavsiye Kararları

Bir kavramı hukuken nitelendirirken, bu nitelendirmenin ispat açısından doğuracağı sonuçlardan hareket edilmesi doğru olmaz. Hukukî açıdan en sağlıklı yöntem, bir hukukî durum ya da olgunun maddî açıdan niteliği ortaya konduktan sonra, ispata ilişkin özelliklerinin belirlenmesidir. Zira Möhring'in de haklı olarak belirttiği gibi, bir ispat sorunu dogmatik maliyetlerle çözümlenmemelidir. Keza maddî nitelik ve özellikler de ispatı kolaylaştırılma uğruna feda edilmemelidir²⁴³. O hâlde, birlik tavsiyelerinin maddî açıdan hukukî niteliği belirlendikten sonra, buna göre ispat açısından özellikleri belirlenmeli ve bu nitelendirmeden doğması muhtemel ispat sorunları, rekabet politikasının gerekleri de gözetilerek en ideal şekilde çözümlenmeye çalışılmalıdır.

aaa. Maddî açıdan birlik tavsiyeleri

Maddî açıdan birlik tavsiyelerinin hukukî niteliğini belirlemede iki temel görüş ön plâna çıkmaktadır. Bunlar birlik kararı olma ve bağlayıcılık görüşleridir. Birlik kararı olma görüşüne göre, ne adla adlandırılırsa adlandırılınsın, birlik iradesinin ürünü olan bir karar, birlik karardır. Bağlayıcılık görüşüne göre ise, birlik ürünü olsa dahi, bir mesele hakkında kesin (ya da bağlayıcı) bir irade ortaya koymayan açıklamalar karar olarak nitelendirilemez.

Yukarıda teşebbüs birliklerinin kararları, birliklerin, üyelerini hukuken ya da fiilen bağlayan kararları olarak tanımlanmıştı. Bir tavsiyeden söz edildiğinde ise asıl itibarıyla bir öğüt ya da salık verme vardır²⁴⁴. Gerçek anlamda tavsiye, uyulup uyulmamasının tavsiye muhatabının hür iradesine bırakıldığı bir açıklamadır. Bu

242 Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 159-160.

243 Möhring, 778.

244 Bu yönde bak. TDK., Türkçe Sözlük, 2156.

bakımdan, hukuken ya da fiilen bağlayıcı olma unsurunun yoksunluğu nedeniyle tavsiyeler, birlik kararı olarak nitelendirilmemelidir.

Teşebbüs birliklerinin, tavsiye niteliğinde de olsa, tüm kararlarının hukuk dışı bir yaptırım ya da baskı unsuru içerdiğinin kabulü sakıncalıdır. Zira bu yargı, gerçekten tavsiye kararı almak isteyen birliklerin önünü kesecektir. Teşebbüs birlikleri bağlayıcı olmayan kararlar alma özgürlüğüne sahiptir. Bir birlik pekâla hiçbir bağlayıcılığı olmayan tavsiye kararları alabilir. Bu yüzden birlik tavsiyelerine uyulması yönünde bir baskının her zaman var olduğunu ileri sürmek yerinde olmaz.

Teşebbüs birliklerini, bağlayıcı olanlar yerine, tavsiye kararları almaya iten bir çok neden olabilir. Örneğin, istenenlerin bazı üyeler için yerine getirilmesinin güç olduğu durumlarda, aslında sadece belirli bir güce sahip üyelere hitap edecek şekilde tavsiye kararları alınabilir. Ya da üzerinde ciddi tartışmaların olduğu bir konuda bağlayıcı bir karar yerine bir tavsiye kararı almak tercih edilebilir. Böylelikle çekişmenin büyümesinin ve hatta karara muhalif bazı üyelerin birlikten ayrılmasının önü kesilmiş olur. Bunun gibi, bir birliğin çalışma prensibi bağlayıcı kararlar yerine tavsiyeler üzerine kurulu da olabilir.

O hâlde bu tür kararları birlik kararı olarak görmek doğru değildir. Ancak bu kararlar her hâlükârda uyumlu eylemler açısından tavsiye olarak değerlidirler. Çünkü tavsiyeler yoluyla bağlantının sağlanması mümkündür. Bu takdirde, kural olarak²⁴⁵, tavsiyeler pazarda paralel davranışlara neden olmadıkça rekabetin sınırlandırılmasından söz edilemez.

Kuşkusuz bir kararın tavsiye niteliğinde olup olmadığı belirlenirken, kararda kullanılan ifadeler değil, birliğin gerçek niyetine bakmak gerekir. Kasten ya da hataen tavsiye olarak nitelenen bir karar, aslında üyeleri bağlayıcı ise artık tavsiye kararından söz edilemez. Bunun gibi, birlik kayıtlarına bağlayıcı olarak geçmiş bir karar da, gerçekte bu özelliğe sahip değilse, teşebbüs birliği kararı niteliğinde değildir.

245 Zira, küçük bir ihtimal de olsa, teşebbüslerin paralel davranışlara girişerek rekabeti sınırlayacağı hiçbir makul şüphe bırakmayacak derecede beklenebilir kılan tavsiyeler varsa, teşebbüslerin rekabeti sınırlamak amacıyla uyumlu eylemlere giriştiklerine hükmedilecek ve paralel davranışların gerçekleşmesi beklenmeyecektir.

bbb. İspat açısından birlik tavsiyeleri

İspat açısından, hukuken bağlayıcı bir kararın olup olmadığının tespiti güçlük arz etmeyecektir. Zira bu kararın hukuken bağlayıcı olması ve hukukça tanınan bazı sonuçlar doğurması için, mevzuat ve birlik statüsünde öngörülen kurallara uygun şekilde doğmuş olması gerekecektir. Büyük ihtimalle de birlik bünyesindeki kayıt ya da tutanaklarda yer alacaktır.

Bununla birlikte fiilen bağlayıcılık açısından aynı rahatlıktan söz edilemez. İşte bir kararın ne zaman üyelerini fiilen bağlayıp ne zaman bağlamadığı sorunu, somut olayla yakından ilgili olan ispata ilişkin bir sorundur. Bu sorunun çözümü ile tavsiyelerin birlik kararı ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi arasında da yakın bir ilişki vardır. Zira gerçek anlamda bir tavsiyenin somut olayda söz konusu olup olmadığını belirleme işi bir ispat faaliyetidir ve eğer mevcut delil ve vakıalardan üyeler üzerinde kararın bağlayıcı etkisi olduğuna kanaat getiriliyorsa artık bir birlik kararı var denebilecektir. Aksi takdirde ise tavsiyenin uyumlu eyleme neden olup olmadığı araştırılacaktır.

İspat sorunu, somut olayla yakından ilgili olduğu için, tavsiyeler ile bağlayıcı birlik kararlarını birbirinden ayıracak kesin ölçütleri önceden hiç eksiksiz belirlemek mümkün değildir. Ancak yukarıda da değinilen, doktrin ve uygulamada başvuru bazı ölçütler burada toplu hâlde sıralanabilir:

- tavsiye olarak nitelenen kararlara karşı, üyelerin geçmişteki tutumları,
- tavsiyenin rekabet üzerindeki nüfuzunun ciddiyet ve derinlik boyutu,
- tavsiyenin üyelerin ciddi bir çoğunluğu tarafından takip edilmesi.

b. Usulüne Göre Alınmamış Kararlar

Birliğin tüzel kişiliğe sahip olup olmasından bağımsız olarak, işleyişinde bir düzenliliğin olması gerektiğine değinilmişti. Gerçekten de her iki ihtimalde de, birliğin bir karar alabilmesi için bazı kural ve ilkelerin varlığı şarttır. Örneğin, kararın genel kurul alıyorsa, üyelerin bir şekilde bir araya gelmesi; yani kurulun toplanması gerekir. Bunun için üyelere toplantı tarihi ve yeri gibi bilgilerin bildirilmesi gerekir. Buna toplantının gündemi de dahildir. Zira üyeler kendileri için önemli olan konuların görüşüleceği toplantılara muhakkak katılmak isteyebilirler. Bunun gibi, kararların

doğmasında asgari sınırın belirli sayıda üyenin toplantıda hazır bulunmasının aranması sıkça rastlanan bir durumdur ve toplantı yeter sayısı olarak anılmaktadır. Keza, toplantıya katılan üyelerin belirli bir çoğunluğu karar lehine oy vermedikçe karar sakatlık taşır ya da birliğe mal edilemez ki bu çoğunluk da karar yeter sayısına göre belirlenir. Alınacak kararın önemine göre, toplantı ve karar yeter sayıları salt çoğunluktan oy birliğine kadar değişebilir.

Kuşkusuz usulüne göre alınmamış bir karar hukukî açıdan sorunlu bir karardır ve durumuna göre; iptal edilebilirliği, butlan ya da yokluk yaptırımına uğraması söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte birlik kararlarının hukuken bağlayıcı olması şart değildir: Usulüne göre alınmamış olsa da üyeleri fiilen bağlıyorsa bu yeterlidir. Bu bakımdan kararın usulüne göre alınıp alınmamış olması, bağlayıcılık konusu ile dolaylı olarak ilgilidir.

Asıl sorun, usulüne göre alınmamış bir kararın, birliğe mal edilip edilemeyeceği; bir başka deyişle birliğin iradesini yansıtır kabul edilip edilemeyeceğidir. Zira kararın alınmasında öyle sakatlıklar olabilir ki, onu birliğin bir (irade) açıklaması; hatta bir "karar" olarak kabul etmek mümkün olmayabilir. Bu hâlde hâliyle, kararın bağlayıcı olup olmadığı, ancak bir karar vardır denilebildikten sonra gündeme gelecektir.

Yukarıda kararın sakatlayan nedenlerin arasına, karar olarak ortaya çıkan iradenin, mevzuatta ya da birlik statüsünde bunun için yetkili kılınan organdan bir başkasına ait olmasını da eklemek gerekir. Zira birlik organı dahi olsa, bir organın başka bir organın görevleri arasında sayılan bir konuda, muteber bir karar alması mümkün değildir. Örneğin, birlik kuralları gereğince, çözüm yeri olarak genel kurulun gösterildiği bir sorun hakkında, yönetim kurulu ya da yöneticiler karar alamaz.

İşte birliğin tüzel kişiliği olsun ya da olmasın, birlik kurallarına aykırı olarak alınan kararlara rekabet hukuku açısından nasıl muamele edileceğinin belirlenmesi gerekir.

Yukarıda değinildiği gibi, Adalet Divanının Eşya sigortacıları birliği kararında birliğe atfedilen kararın, birliğin yetkili organları tarafından alınmamış ve bu nedenle de hiçbir bağlayıcılığı olmayan tavsiye niteliğinde bir karar olduğu iddia edilmişti. Olayda, niteliği tartışmalı karar, birliğin bağlayıcı karar almaya yetkili organları arasında yer almayan, belirli görev ve yetkilerle donatılmış, bir teknik komite

tarafından alınmıştı. Divan, komitenin tavsiye kararlarını, organlardan birinin talebi üzerine yetkili makamın onayına sunulmadıkça, pekâlâ kesin bir karar olarak farz edilebilir gördü²⁴⁶. Böylece, kararın yetkili organ tarafından alınıp alınmadığı sorununu, kararın bağlayıcılığı yönünden incelemiş oldu.

Kurulun TİAD karar²⁴⁷ ise, herhangi bir nedenle sakat ya da usulüne göre alınmamış olan kararların rekabet hukukundaki yeri hususunda oldukça yetkin bir karardır.

Karar konusu olayda, TİAD'ın bir demek olduğu, demeklerin kararlarını Demekler Kanunu usullerine göre alacağı, oysa ortada bu usule göre alınmış bir karar bulunmadığı; sadece gayriresmî bir toplantıda yapılan oylama sonucunda üyeler tarafından, tek fuara katılım kararının alındığı ileri sürülmüştü.

Bu iddiaya karşı Kurulun yanıtı şöyle oldu: *"Rekabet hukuku açısından, teşebbüs birliği kararının Demekler Kanunu çerçevesinde alınmasına gerek yoktur. Rekabet Kanunu'na aykırılık taşıyan bir karar veya uygulamanın yapılması yeterli olup bunun usulüne uygun olup olmadığına bakılmayacaktır. Aksi durumun kabulü teşebbüs birliklerinin rekabeti ihlâl edici nitelikte olan ancak usulüne göre alınmamış kararlarına cevaz vermek olur ki, böyle bir yorum, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine ters düşecektir".*

Devamla şu hususları kaydetti: *"TİAD'dan Form Makina'ya gönderilmiş olan, TİAD Yönetim Kurulu Başkanı imzalı bir yazıda 'yapılan toplantı sonucunda 20 üyenin CNR Fuarcılık'a oy vermesi neticesinde üyelerin bundan sonraki yıllarda sadece CNR'nin fuarına katılabilecekleri sonucuna ulaşıldığı' ifade edilmektedir. Bu durum, TİAD yönetiminin söz konusu kararı benimsediği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bir başka deyişle, TİAD vekilinin ileri sürdüğü gibi Demekler Kanunu'ndaki usullere göre alınmış bir kararın olmadığı göz önünde bulundurulması durumunda dahi, 84 üyesi olan bir birliğin 20 üyesinin vermiş olduğu bir kararın diğer üyelere, derneğin Yönetim Kurulu Başkanı'nın imzası ile sunulması ve sözleşme imzalatılmaya çalışılması TİAD yönetiminin bu kararı benimsediğini göstermektedir. Nitekim; TİAD vekili tarafından.....Kurulumuza gönderilen bilgilerde de ortaya çıkan yeni gelişmeler karşısında üyeler ile imzalanan sözleşmenin geçerliliğini yitirdiği ve artık bu uygulamadan vazgeçildiği bildirilmiştir. Bu beyan dahi TİAD'ın bu süreçteki aktif rolünü ortaya koymaktadır. Ayrıca söz*

246 Verband der Sachversicherer (VdS) v. Commission, Case 45/85, ECR 1987, 405.

konusu sözleşmeyi imzalamayan üyelerin de bulunması sonucu etkilememektedir, zira önemli olan TIAD'ın bu çerçevede içerisinde yapmış olduğu davranışlardır".

"Keza; yukarıda değinilmiş olan fuar oylamasının yapılmış olduğu toplantı TIAD yönetim Kurulu tarafından organize edilmiştir ve buna ilişkin karar Yönetim Kurulu karar defterinde mevcuttur. Yönetim Kurulu tarafından üyelere gönderilen anılan davetiyenin ekleri arasında yer alan TIAD ile belirtenecek fuar şirketi arasında imzalanması amacıyla hazırlanan sözleşmenin, TIAD'ın yükümlülükleri bölümünde 'TIAD üyeleri 1999-2004 yılları arasında İstanbul ve Kocaeli illeri ile Trakya bölgesinde ne ad ve namla olursa olsun düzenlenecek bir başka fuara katılmayacak ve TIAD 2000-2004 yılları arasında anılan bölgelerde düzenlenecek aynı kapsamdaki başka hiçbir fuara destek vermeyecektir' hükmü bulunmaktadır. Buradan da TIAD yönetiminin üyeler tarafından bir karar alınmadan önce dahi tek fuara katılma kararına taraftar olduğu ve bu amaçla hareket ettiği sonucuna ulaşılmaktadır".

Böylece usulüne göre alınmamış kararlar için, "birlik tarafından benimsenme esası" getirilmiş olmaktadır. Bir başka deyişle, birlik kurallarına uygun olarak alınmamış ve bu nedenle de herhangi bir açıdan kusurlu ya da sakat bir kararın, rekabet hukuku açısından da böyle olup olmadığı, birlik tarafından benimsenip benimsenmediğine göre belirlenecektir²⁴⁸.

Bu hususta ise şu ölçütlerden yararlanılabilecektir:

-karar, birliğin daha önceden açığa vurulan ve kabul gören niyetinin sadece bir uzantısı ya da dışı vurulmasından mı ibaret?

-usulüne uygun alınmamış karar, birlik üyelerinin çıkarları ile uyuyor mu/ çatışıyor mu?

-karar, tıpkı kusursuz bir kararın gibi, birlik organları ve üyelerince dikkate alınıyor mu ? (ve bu anlamda bağlayıcı mı?)

-bu karara dayanan uygulamalar var mı?

-(ve Kurula göre) Karar, geçerli kararların tâbi olduğu bazı şekil uygulamalara konu oldu mu? Örneğin, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, yönetim kurulu tarafından organize edilen bir toplantıda mı ortaya çıktı ve yönetim kurulu karar defterine işlendi

247 TIAD, RK kararı, K. Sa.: 00-40/443-243 K. T.: 20.10.2000.

248 Aksi görüşte, Topçuoğlu, Teşebbüs birlikleri, 154.

mi? Hâlbuki, şu son ölçüt, kararın benimsendiğini göstermek açısından zayıf kalmaktadır. Çünkü, birlik toplantılarının, özellikle de genel kurul toplantılarının yönetim kurulu tarafından organize edilmesi olağan bir durumdur. Öte yandan alınan kararın, karar defterine işlenmesi de rutin bir uygulamadır. Tüzel kişiliğe sahip herhangi bir birlik ya da dernekte, geçersiz ya da iptal edilebilir olan bir karar da, daha sonra gerekli hukukî yollara başvurmak üzere karar defterine işlenmiş olabilir. Bunu, kararın benimsenmesinden çok, tespiti olarak görmek daha uygundur.

Aslında Kurulun birlik tarafından benimsenme esasını göz önünde tuttuğu ilk karar, ilâç sanayi kararıdır. Bu kararda, birlikle ilişkili bir şekilde ortaya konan beyan, aşağıdaki gerekçelerle birliğe mal edilmemiştir. Bu gerekçelerin arasında, beyanın birlik üyelerinin çıkarları ile çatışması da vardır.

".....TİSD ve YİSD üyesi firmaların..., Protokol'e uyum noktasında satış koşullarında önemli değişiklikler yapması gerektiği ortaya çıkmıştır. Diğer bir deyişle, İEİS üyesi firmaların çoğunun uygulayageldiği satış koşullarına uygun sınırlamalar içeren Protokol, uyum noktasında TİSD ve YİSD üyesi firmalar açısından önemli değişikliklere gidilmesini gerektirmektedir".

"TİSD ve YİSD üyesi firmaların Protokol'e uyarak sınırlı satış koşulları sunması; bu firmaların, satış hacminin daralmasına ve büyük ölçekli firmalara karşı pazar kaybına uğramasına, ayrıca zaman zaman karşılaştığı nakit sıkıntısını aşmak için satış koşullarını genişleterek kaynak yaratma olanağını yitirmesine neden olacaktır. Bunun yanı sıra, TİSD ve YİSD üyeleri, kendileri için büyük önem taşıyan ihaleler ve SSK alımları alanlarında, sundukları satış koşulları diğer büyük firmaların satış koşullarına yaklaşıcağından dezavantajlı konuma düşecektir. Özetle, Protokol TİSD ve YİSD üyelerinin süregelen satış koşullarıyla ve ekonomik çıkarlarıyla uyuşmamaktadır".

"TİSD ve YİSD'de yapılan yerinde incelemede; yönetim organlarının, Protokol'ün oluşturulması ve uygulanması doğrultusunda herhangi bir karara rastlanılmamıştır. Ayrıca, TİSD Yönetim Kurulu Başkanı ve YİSD Yönetim Kurulu Başkanı dışındaki üye firma temsilcilerinin, Protokol'ün oluşturulması sürecindeki çalışmalara katkıda bulunduğu ya da üyelerin Karar'ı uyguladığı yönünde de herhangi bir delil söz konusu değildir. Nitekim, faturalar üzerinde yapılan inceleme, protokole bağlı olarak satış koşullarında değişiklik yapılmadığını ve öngörülen sınırların üzerinde satış koşulları uygulanmasının sürdürüldüğünü göstermiştir".

"Bu açıklamalar ışığında, 'Protokol' başlıklı metnin, 4054 sayılı Kanun'a aykırı unsurlar taşımakla birlikte, TİSD ve YİSD'in iradesinin ürünü olmadığı ve altında imzaları bulunan şahısların kişisel tasarruflarından öteye geçmediği; TİSD ve YİSD üyelerinin ekonomik çıkarlarıyla uyuşmayan ve iradelerini yansıtmayan, oluşturulma sürecine bu teşebbüs birliklerinin herhangi bir katkıda bulunmadığı ve üye firmalarca uygulanmamış bir Karar'ın varlığından dolayı TİSD ve YİSD'in sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır"²⁴⁹.

5. Birlik Eylemlerinden Birliğin Sorumluluğu

AB rekabet hukukunda, sadece teşebbüs birliklerinin kararları değil, eylemlerinde de birliğin sorumluluğu kabul edilmektedir. Buna fiilî ya da de facto eylemler denilen birlik faaliyetleri de dahildir²⁵⁰. Bunlar, birliğin organlarının, organların üyelerinin ya da birliği herhangi bir nedenle temsil edenlerin, mevzuat, ana statü ya da bir karara dayanmayan eylemlerde bulunması ile gerçekleşir²⁵¹. Özellikle de yönetim organının kendisine tanınan çizgiler dışında, birlik tüzüğü ya da statüsünde yer verilmemiş konularda gösterdiği faaliyetler bu kapsamda değerlendirilir.

Komisyon'a göre, birlik üyelerinin (açık ya da örtülü) onay ya da desteği olmadan bu tür eylemlere girilmesi makul değildir. Dolayısıyla bunlar da birliğe mal edilebilir²⁵².

Hukukumuzda gelince, RKK'nın 4. maddesinde aslında sadece teşebbüs birliği kararlarından değil, teşebbüs birliği eylemlerinden de söz edilmiştir. Bu ifade Kanun'da sadece 4.maddede geçmektedir. Haklılık payı bulunan bir yoruma göre,

249 İlâç Sanayi, RK kararı, K. Sa.: 00-1(b)/11-5, K.T.: 12.01.2000.

250 Riesenkampff/Lehr, 67; Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 81 Abs.1 Rn. 81.

251 Bak. ve kar. Riesenkampff/Lehr, 67; Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 81 Abs.1 Rn. 81.

252 "Tatsächliche Handlungen eines Unternehmensverbandes seiner Organe oder seiner Untergliederungen stehen einem "Beschluss" im Sinne des Artikels 65 § 1 gleich, denn es ist davon auszugehen, daß der Verband auch insoweit nicht ohne die ausdrückliche oder stillschweigende - Zustimmung seiner Mitglieder tätig wird. Wohnt diesem faktischen Verhalten dieselbe wettbewerbsbeschränkende oder -verfälschende Tendenz inne, so fällt es gleichfalls in den Anwendungsbereich der Verbotsbestimmung." BDS (Bundesverband Deutscher Stahlhandel e.V.) Abl. 1980 L62/28.

bununla hukukî anlamda karar olarak nitelendirilecek işlemlerin dışında kalan her türlü uygulama ve davranışlar kastedilmiştir²⁵³.

Ancak her hâlde “Teşebbüs birliği eylemleri” ifadesi, birlik organlarının ya da üyelerinin yetki sınırlarını aşarak ve hatta birliğin varlık amacı dışına çıkarak giriştikleri faaliyetlerden birliğin sorumlu tutulmasını sağlayan, AB anlayışının benimsemesi için uygun bir kanunî zemin sunmaktadır.

Bu bakımdan, teşebbüs birliklerinin yalnızca kararları değil, kararlara dayanmayan eylemleri de Kanun kapsamındadır ve teşebbüs birliklerinin sorumluluk alanı, üyelerini bağlayan her türlü faaliyetleri kapsayacak derecede genişir. Eylemlerin teşebbüs birliğine nispet edilmesinde ise, tıpkı usulüne göre alınmamış kararlarda olduğu gibi, birlik tarafından benimsenme esasının baz alınması uygun olacaktır.

IV. UYUMLU EYLEMLERİN ANLAŞMA VE KARARLARLA BİR ARADA BULUNMASI

Rekabet hukukunda Komisyonun ihlâli; “anlaşma, anlaşma değilse uyumlu eylem” olarak nitelendirmesi mümkündür²⁵⁴. Böylece anlaşmanın varlığı hususunda mahkemelerin ikna edilemediği durumlarda, uyumlu eylemlerin bulunduğu bahisle karar onanabilir. Kuşkusuz aynı esas, kararlara uyumlu eylemler için de geçerlidir²⁵⁵.

253 Sanlı, 84 ve s. 156-157’de dn. 90; bak. ve kar. Aslan, Türk hukuku, 89-90.

254 “The Commission was...justified, in the alternative, having regard to their purpose, in categorizing the regular meetings of producers and (their) participation in fixing sale volume targetsas concerted practices within the meaning of the Article 85(1).” Hercules v. Commission, Case T-7/89, ECR 1991, II-1711; “The object of the practices of the undertakings concerned was to restrict and distort competition within the common market. Such conduct indicates the existence of agreements, or at the very least concerted practices, as the parties themselves have recognized.” COBELPA/VNP, OJ 1977 L 242/10; Eilmansberger, in: Streinz, Art.81 Rn.2.

255 “The commission replies that the verband der sachversicherer was authorized by its statutes to regulate the commercial conduct of its members and that the committee of experts which produced the recommendation was empowered, according to the provisions of those statutes, to adopt decisions and recommendations binding on the association. In addition, the recommendations of an association of undertakings, which are formulated by committees acting within the framework of the association and which are communicated to the association's

RKK m.4 ve ATA m.81'de düzenlenen danışıklı ilişkilerin, sonuçta maddî seviyede de bir arada bulunmasına bir engel yoktur. Örneğin, birlik kararına dayanarak teşebbüslerin takip ettiği bir politika, birlik üyesi olmayan teşebbüslerle de uyumlu eylem ilişkisi içinde yürütülebilir. Böylece birlik kararı ve uyumlu eylemler yoluyla rekabet sınırlanmış olur.

Ancak teorik açıdan, hakların yarışmasına benzer bir ilişkinin uyumlu eylemlerle, anlaşma ve kararlar arasında görülmesi beklenemez. Zira uyumlu eylemler temelinde bir anlaşma ya da kararın bulunmadığı danışıklı ilişkileri kapsar. Hâliyle BK. m.55 ile BK. m.100 benzeri bir ilişkinin uyumlu eylemlerle anlaşma ve kararlar arasında bulunmaması gerekir.

Somut olayda anlaşmalarla uyumlu eylemlerin de bir arada bulunmasına engel yoktur. Aralarında anlaşan birkaç teşebbüs, başka teşebbüslerle de uyumlu eylem ilişkisine girerek rekabeti sınırlayabilirler. Ancak çapı küçük, zamana yayılmamış ve fazla karmaşık olmayan ihlâllerde, anlaşmalarla uyumlu eylemler arasındaki ilişki daha çok usul açısından kademeli olarak ileri sürülmeye elverişlidir²⁵⁶.

Bunun aksine, karmaşık yapılı, kapsamlı ve zamana yayılmış ihlâllerde, anlaşmalarla uyumlu eylemlerin bir arada bulunması sorun olmuş ve bazı yeni anlayışların doğmasına zemin hazırlamıştır. Böylece süregelen tek ihlâlin varlığı ve buna bağlı olarak karmaşık kartel görüşleri ortaya çıkmıştır.

A. Süregelen Tek İhlâlin Varlığı ve Karmaşık Karteller

Rekabet sınırlamalarının muhakkak sınırları belirli, teşebbüsleri bir süreliğine birbirine bağlayan ilişkilere dayandığı söylenemez.

members, constitute the expression of a concerted practice put into effect by the undertakings affiliated to the association with the object of restricting competition between those undertakings." Verband der Sachversicherer (VdS) v. Commission, Case 45/85, ECR 1987, 405.

256 "Artikel 85 Absatz 1 bezieht sich sowohl auf "Vereinbarungen" als auch auf "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen", doch gibt es Fälle (insbesondere bei komplexen und langjährigen Kartellen mit zahlreichen Beteiligten), in denen Absprachen Elemente beider Formen der verbotenen Zusammenarbeit enthalten." PVC II, Abl. 1994 L 239/14; "....., particularly in the case of a complex infringement of considerable duration,...." bak. British Sugar plc and others, OJ 1999 L76/1.

Komisyona, 1986 tarihli Polypropylene kararında²⁵⁷, teşebbüslerin düzenli ve kurumsallaşmış toplantılar çerçevesinde yürüttükleri karmaşıklık gösteren tüm faaliyetleri, süregelen tek anlaşma çatısı altında toplamıştı. Komisyona göre, teşebbüsler bir çerçeve anlaşması ve buna dayanan alt anlaşmalarla uzun bir süre rekabeti sınırlayıcı ilişkilerini devam ettirmişlerdi.

Böylece Polypropylene kararıyla birlikte, teşebbüslerin rekabeti sınırlayan faaliyetlerinin uzun süre devam etmiş olması hâlinde, parça parça ve birbirinden bağımsız değil, süregelen tek ihlâlin varlığının kabulü yolu açılmış oldu. Kuşkusuz kısa süreli olmayan, beş (ve hatta daha uzun) yıllara yayılan ilişkilerin ürünü olan ihlâllerin de bazen anlaşmalara bazen uyumlu eylemlere dayanması mümkündür. Dolayısıyla, tek ihlâlin nedeni olarak karmaşık kartellerden (complex cartel, komplexes Kartel) söz edilir oldu²⁵⁸.

Süregelen tek ihlâlin varlığı²⁵⁹ ve karmaşık karteller anlayışı zaman içinde daha sağlam bir teorik zemine oturdu. Varılan nokta, Pre-Insulated Pipe kararı²⁶⁰ doğrultusunda Komisyonun bakış açısından şu şekilde özetlenebilir:

Rekabeti sınırlamak amacı doğrultusunda uzun süre devam eden karmaşık kartellerde birden çok sayıda anlaşma ve uyumlu eylem bir arada bulunabilir. Böyle durumlarda süregelen tek bir ihlâlin varlığına karar vermek mümkündür. Yoksa, tek ve ortak bir amacın ürünü olan zamana yayılmış teşebbüs tutumlarını ayrı ayrı değerlendirerek, çok sayıda ihlâle hükmetmek doğru olmaz. Yani, zaman içinde kendini bazen anlaşma, bazen de uyumlu eylemler şeklinde gösteren, iç içe geçmiş bir çok danışıklılıktan oluşan süregelen tek bir ihlâle katılım, hukukî değerlendirmede esas alınır. Yoksa, süregelen ihlâlin bir parçası olan her ihlâlin tek tek anlaşmaya mı uyumlu eyleme mi dayandığının ortaya konulması gerekmez. Anlaşma olarak başlayan bir ihlâl zaman içinde, yeni hâl ve şartlar karşısında uyumlu eylemlerin tüm ya da bazı unsurlarını taşıyabilir. Bunun aksi de olabilir. Hatta bu nedenle rekabeti sınırlayıcı durumun, ayrıntılı bir analize girilerek, bu ikisinden birine sokulması

257 Polypropylene, OJ 1986 L 230/1.

258 Bununla birlikte, karmaşık kartelin varlığından söz etmek için muhakkak zamana yayılmış ve bir bütün olarak değerlendirilebilecek çok sayıda ihlâlin varlığı şart değildir. Bir başka deyişle, süregelen tek ihlâlin görülmediği durumlarda da karmaşık karteller görülebilir.

259 “.....a single continuous infringement.....” “.....eine kontinuierliche Zuwiderhandlung...” Pre-Insulated Pipes, OJ 1999 L 24/1; “... eine einzige andauernde Zuwiderhandlung.....” Aminosäuren (Amino Acids), Abl. 2001 L 152/24.

260 Pre-Insulated Pipes, OJ 1999 L 24/1.

gerçekçi de olmayacaktır. Çünkü somut olaydaki ihlâl, bazı özellikleri açısından anlaşmalarla bazıları açısından ise uyumlu eylemlerle daha iyi açıklanır olabilir. Bu nedenle bir ihlâlin (bir kartelin) aynı zamanda hem anlaşma hem de uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi mümkündür. Karmaşık kartelerde belirli bir anlaşma ya da danışıklı ilişki değil, bir bütün olarak danışıklı ilişkilerin sürdüğü zaman dilimi dikkate alınmaktadır. Bu bakımdan, karmaşık kartelerin devam ettiği müddet içinde süregelen tek bir ihlâlin varlığı kabul edilebilir olur. Bu kapsamlı ve zamana yayılmış ihlâl içinde, teşebbüslerin çıkarlarının bazen çatışması, aralarında bazı noktalarda uyuşma sağlanamaması, hatta bazen kıyasıya rekabete girişilmesi, bazı teşebbüslerin kartelden ayrılp başkalarının katılması; rekabetin sınırlandırılmasına yönelik tek ve ortak amaç yaşatıldığı müddetçe ihlâlin sona erdiği ya da kesildiği; böylece yeni bir ihlâlin başladığı anlamına gelmez.

Komisyunun süregelen tek ihlâlin varlığı ve karmaşık kartel görüşlerinin, zaman içinde İDM²⁶¹ ve ATAD'dan²⁶² da destek bulduğu görülmektedir.

261 *"Those schemes were part of a series of efforts made by the undertakings in question in pursuit of a single economic aim, namely to distort the normal movement of prices on the market in polypropylene. It would thus be artificial to split up such continuous conduct, characterized by a single purpose, by treating it as consisting of a number of separate infringements. The fact is that the applicant took part - over a period of years - in an integrated set of schemes constituting a single infringement, which progressively manifested itself in both unlawful agreements and unlawful concerted practices."* Rhône Poulenc v. Commission, Case T-1/89, ECR 1991, II-867; *"In the context of a complex infringement which involves many producers seeking over a number of years to regulate the market between them the Commission cannot be expected to classify the infringement precisely, for each undertaking and for any given moment, as in any event both those forms of infringement are covered by Article 85 of the Treaty."* NV Limburgse Vinly Maatschappij v. Commission, Cases T-305 etc/94, ECR 1999, II-931; ayrıca bak. Rev DSM v. Commission, Case T-8/89, ECR 1991, II-1833.

262 *"It follows that, whilst the concepts of an agreement and of a concerted practice have partially different elements, they are not mutually incompatible. Contrary to Anic's allegations, the Court of First Instance did not therefore have to require the Commission to categorise either as an agreement or as a concerted practice each form of conduct found but was right to hold that the Commission had been entitled to characterise some of those forms of conduct as principally 'agreements' and others as 'concerted practices'."* "...., it must be pointed out that this interpretation is not incompatible with the restrictive nature of the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty Far from creating a new form of infringement, the arrival at that interpretation merely entails acceptance of the fact that, in the case of an infringement involving different forms of conduct, these may meet different definitions whilst being caught by the same provision and being all equally prohibited." Commission v. Anic Partecipazioni SpA., Case C-49/92, ECR 1999, I-4125.

B. Süregelen Tek İhlâlin Varlığı ve Karmaşık Kartel Görüşlerinin Maddî Sonuçları

Kuşkusuz bu iki görüşün, ispat açısından karşılaşılan güçlükleri aşmakta önemli rolleri vardır. Bu yolla teşebbüslerin ilişkilerinin anlaşma ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilmesindeki güçlük aşılmıştır. Bunun gibi, teşebbüslerle ihlâl arasında nedensellik bağı kurma ve buna göre teşebbüslerin sorumluluğunu belirlemede önemli mesafeler alınmıştır²⁶³.

Öte yandan süregelen tek ihlâlin varlığı ve karmaşık kartel görüşlerinin maddî düzeyde de etkileri olmuştur. Komisyon, Polypropylene kararında, anlaşma ve uyumlu eylemleri birbirinden farklı kavramlar olarak nitelendirirken²⁶⁴, sonraları bu ikisini, sınırları belirsiz ve esnek, böylelikle çeşitli amaçlara hizmet etmeye elverişli ve hâlin icabına göre, birbirinin yerini alabilen ve ortak noktaları olan kavramlar olarak²⁶⁵ görmüştür.

Tek ihlâlin varlığı, beraberinde ihlâlin anlaşma ve uyumlu eylemlerden oluşan bir yumak olarak karmaşık görülmesine yol açmıştır. Böylece karmaşık kartellerde danışıklılığın şekli değil, birden çok danışıklı ilişkinin varlığı ön plâna çıkmıştır. Tüm bu danışıklı ilişkileri bir araya toplamak için de "ortak plân" çatısı kullanılmaya başlanmıştır. Komisyon, anlaşma tanımını, teşebbüslerin ortak plân dahilinde bir araya gelmeleri noktasına çekmiştir. Öte yandan ortak plâna bağlı olmak, tek ihlâlin içindeki danışıklı ilişkilerden sorumlu olmak için yeterli görülmüştür. Fakat bu gelişme sadece ispat düzeyinde değil, maddî düzeyde de savunulmuştur²⁶⁶. İDM de, teşebbüslerin sorumluluğu için, rekabeti sınırlamayı amaçlayan ya da kartelin tüm unsurlarını taşıyan plânın varlığının bilinmesi ya da bilinmesinin gerekmesini yeterli bulmuştur²⁶⁷. Sorumluluk açısından ATAD'ın yaklaşımı da bundan farklı değildir²⁶⁸.

263 Bu konuda bak. Whish, 78-81.

264 "The concepts of 'agreements' and 'concerted practices' are distinct, but cases may arise where collusion presents some of the elements of both forms of prohibited cooperation." Polypropylene, OJ 1986 L 230/1.

265 Örneğin; "The concepts are fluid and may overlap." Pre-Insulated Pipes, OJ 1999 L 24/1.

266 "Furthermore, as a matter both of evidence and of substantive law it is not necessary, for the existence of an agreement, that every alleged participant participated in, gave its express consent to or was even aware of each and every individual aspect or manifestation of the cartel throughout its adherence to the common scheme." Pre-Insulated Pipes, OJ 1999 L 24/1.

267 NV Limburgse Vinly Maatschappij v. Commission, Cases T-305 etc/94, ECR 1999, II-931.

Sonuçta, mahkemeler ve Komisyon nezdinde ihlâl ya da kartel bir bütün olarak²⁶⁹ görülmekte ve ortak plânın varlığı da bunun temelini oluşturmaktadır. Karmaşık karteller ise, anlaşma ve uyumlu eylemler için üst kavram niteliği kazanmaktadır.

Bu yönüyle, AB rekabet hukukunun ATA m.81'i, Amerikan rekabet hukukunun Sherman Kanunu §1'ine ciddi şekilde yakınlaştırılmıştır. Daha önce değinildiği gibi, Amerikan rekabet hukukunda fiili birliktelik (combination) ve gizli iş birliği (conspiracy), iş birliği adı altında toplanabilir ve iş birliği, özellikle de gizli iş birliği hem anlaşma hem de uyumlu eylemleri kapsar.

İşte AB hukukunda da, karmaşık karteller adı altında anlaşma ve uyumlu eylemler bir araya toplanmıştır. Bir çok vesile ile, kartelin hukuka aykırı ortak amaç doğrultusunda katılımcıların bir araya gelmesi (combination) olduğu²⁷⁰ ifade edilmiştir. İş birliği için Amerikan hukukunda ortak plâna verilen önem de²⁷¹ AB hukukunda kendini göstermiş ve fakat ortak plân, uyumlu eylemlerin değil, özelden anlaşmaların, genelde de karmaşık kartellerin ve süregelen tek ihlâl anlayışının temeli olarak görülmüştür.

Rekabetin sınırlandırığının açıkça ortaya konduğu, zamana yayılmış ve hâliyle kapsamlı ve karmaşık ihlâllerde, yukarıdaki gibi bir anlayışın benimsenmesinin yararları açıktır. Burada, tek bir ihlâlin olduğunun düşünülmesi hâlinde de bunun hukuka aykırılığa neden olan bir danışıklılığa dayanması gerektiği unutulmamalıdır.

268 "An undertaking participating in a single infringement, by its own conduct, which meets the definition of an agreement or concerted practice having an anti-competitive object within the meaning of Article 85(1) of the Treaty (now Article 81/1 EC) and is intended to help bring about the infringement as a whole, may also be responsible for the conduct of other undertakings followed in the context of the same infringement throughout the period of its participation in the infringement. That is the case where it is proved that the undertaking in question was aware of the unlawful conduct of the other participants, or could reasonably foresee such conduct, and was prepared to accept the risk. Such a conclusion is not at odds with the principle that responsibility for such infringements is personal in nature, nor does it neglect individual analysis of the evidence adduced, in disregard of the applicable rules of evidence, or infringe the rights of defence of the undertakings involved". Commission v. Anic Partecipazioni SpA., Case C-49/92, ECR 1999, I-4125.

269 Örneğin; "The concept of the cartel considered 'as a whole' is indissociable from the nature of the infringement in question." NV Limburgse Vinly Maatschappij v. Commission, Cases T-305 etc/94, ECR 1999, II-931.

270 Örneğin; "...in the context of Article 85 a cartel is the combination of the participants towards a common unlawful end,...." LdPE, OJ 1989 L 74/21; aynı yönde PVC II, Abl. 1994 L 239/14.

Komisyondun hedefi, anlaşma ve uyumlu eylemlerin ortak unsurlar taşıdığıını ön plâna çıkararak, bunları karmaşık karteller başlığı altında toplamak olmuştur. Mahkemeler de, süregelen tek ihlâl ve karmaşık kartel anlayışını onaylamakta ve somut olayda her iki danışıklılık şeklinin unsurlarını karşılayacak fiilî durumların bir arada bulunabileceğini ifade etmektedir. Gerçekten de, uzun zamandır süregelen ihlâllerde, maddî düzeyde hem anlaşma hem de uyumlu eylemlerin bulunması ve hem de ispat düzeyinde ikisine de işaret eden emare ve delillere tesadüf edilmesi doğaldır. Bu nedenle bir bütünün parçası olduğu açıkça anlaşılan ve ihlâlin sürdürüğünü gösteren münferit ihlâllerin, anlaşma ya da uyumlu eylem olarak ayrıca nitelendirilmesine gerek kalmamaktadır.

Görüldüğü gibi, süregelen tek ve karmaşık ihlâllerde, anlaşmalarla uyumlu eylemlerin bir arada bulunması esastır. Bu gibi hâllerde, asıl sorun, ihlâlin başlangıcı ve bitişini, ihlâlin katılımcılarını belirlemek noktasında odaklaşmaktadır²⁷².

§ 6. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER MADDİ REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

I. HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE UYUMLU EYLEMLER

RKK m.6 ve ATA m.82'de bir ya da birden çok teşebbüsün hâkim durumlarını kötüye kullanarak rekabeti sınırlamaları yasaklanmıştır. Hâkim durumun kötüye kullanılması²⁷³, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler; bunun yanında birleşme ve devralmalarla birlikte Kanunumuzda sayılan yasaklanan faaliyetlerdendir.

Hâkim durumun kötüye kullanıldığından söz etmek için iki esaslı unsurun varlığı aranır. Bunlar hâkim durum ve bunun kötüye kullanılmasıdır. RKK'nın 3. maddesinde hâkim durum; *"Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım*

271 Bak yuk. § 4, III, A, 1.

272 Bu konuda bak. Ris, 476 vd.

273 Hâkim durumun kötüye kullanılması hakkında geniş bilgi için bak. Öz, 1 vd; Lane, 137 vd; Power, 401 vd; Aslan, Türk hukuku, 209 vd; Tekinalp, Ü.: ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Şubat 2000, s. 73-90; Sanlı, 244 vd.

miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak ifade edilmiştir. ATA m.81’de hâkim durum tanımlanmamakla birlikte, ATAD’ın içtihadı da bu yöndedir²⁷⁴. Kötüye kullanma kavramı ise dar yorumlanmamakta ve hâkim durumdaki teşebbüsün, bundan doğan gücünü kullanarak rekabeti sınırladığı, kısıtladığı ya da haksız avantajlar sağladığı her durumda var kabul edilmektedir²⁷⁵.

RKK m.4 ve ATA m.81’den farklı olarak, m.6 ve m.82’nin uygulanması için birden fazla teşebbüsün varlığı şart değildir. Aslında son anılanlar, daha çok, pazarda hâkim durumunda olan tek bir teşebbüsün rekabeti sınırlamasını engellemeye yönelmiştir²⁷⁶. Bununla birlikte RKK ve Antlaşmanın açık lâfzı gereği, birden çok teşebbüsün birlikte hâkim durumda bulunması da mümkündür.

Hâl böyle olunca, birden çok teşebbüsün varlığını arayan m.4 ve m.81 ile m.6 ve m.82 arasında teşebbüslerin sayısı açısından bir yakınlık doğmuştur. Çünkü, sonuçta birden çok teşebbüsün, birlikte hâkim duruma²⁷⁷ gelerek bunu kötüye kullanmaları için bir şekilde birbirleriyle ilişkiye geçmeleri gerekir. Nitekim RKK m.6’da; *“bir veya birden fazla teşebbüsün... hâkim durumunu...başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması”*ndan söz edilmektedir. Gerçi m.82’de böyle bir ifade yer almamaktadır. Bunun yerine, birden fazla teşebbüsün hâkim durumlarını kötüye kullanmalarından söz edilmektedir.

AB rekabet hukukunda Komisyon ve mahkemelerin genel eğilimi, somut olayda m.81 ile m.82’nin bir arada bulanabileceği yönündedir²⁷⁸. Ancak bunun için

274 Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76, ECR 1979, 461; *“For the purposes of Article 86 of the Treaty, a dominant position is a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of consumers.”* Michelin v. Commission, Case 322/81, ECR 1983, 3461.

275 Bu konuda bak. Lane, 149 vd; Aslan, Türk hukuku, 232; Öz, 125 vd; Sanlı, 260.

276 Faull/Nikpay, Nr. 3.337.

277 Birlikte hâkim durum hakkında bak. Etter, B.: The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance, World Competition, 23/2000, 103-104, 110 vd.; Soames, T.: An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?, ECLR, 1/1996, s. 24 vd.; Rodger/MacCulloch, 102 vd; Tekdemir, Y.: AT Rekabet Hukuku İşığında “Birlikte Hakimiyet” Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mart 2000, s.3-47.

278 Bak. Flat Glass, OJ 1989 L33/44; van den Bergh Foods OJ 1998 L 246/1; Società Italiano Vetro v Commission, Cases T-68, 77, 78/89, ECR 1992, II-1403; Deutsche Bahn v. Commission, Case

her iki maddenin aradığı şartların ayrı ayrı karşılanması gerekir. ATA m.81 kapsamında bir anlaşma, uyumlu eylem ya da kararın varlığı, teşebbüslerin m.82 anlamında birlikte hâkim durumda oldukları anlamına gelmez²⁷⁹.

Hâliyle, RKK m.4 ve ATA m.81 anlamında bir uyumlu eylem yoluyla da teşebbüslerin birlikte hâkim duruma gelmesi ve bu durumu kötüye kullanarak rekabeti sınırlamaları mümkündür.

Bununla birlikte RKK m.6 'da sözü edilen "anlaşma ve birlikte davranışların" terim özelliği taşımadığı ve günlük dildeki anlamıyla kullanıldığı kabulü isabetli olacaktır. Bir başka deyişle, RKK m.6'da geçen anlaşma ve birlikte davranışların, RKK m.4'de geçen ve terimsel olarak kullanılan anlaşma ve uyumlu eylemlerle karıştırılmaması gerekir. Gerçekten de RKK m.4 kapsamında olmayan hukuken geçerli ya da geçersiz bir anlaşma da, birlikte hâkim durumun kötüye kullanılmasına neden olabilir. Bu söylenenler muafiyet almış anlaşmalar için de geçerlidir. Bunun gibi, birlikte davranışlar da uyumlu eylemlerin yanında kararları da içine alacak genişliktedir. Hatta hâlin icabına göre, m. 4 ve 81'in kapsamına girmeyen oligopolistik bağımlılıktan doğan bazı (oligopole özgü) paralel davranışlara da m. 6'nın uygulanması düşünülebilir. Bu nedenle birlikte davranışlar ifadesinin birden çok kişinin davranışının söz konusu olduğu her türlü durumu kapsar şekilde anlaşılması gerekir. Yine bu davranışın yapma, yapmama ve bir diğersinin birlikte hâkimlikten elde ettiği gücü kötüye kullanılmasına zemin hazırlama gibi, aktif ya da pasif (kötüye kullanıma) tüm katılımları kapsar şekilde geniş anlaşılması uygun olacaktır²⁸⁰.

T-224/94, ECR 1997, II-1689; Deutsche Bahn v. Commission, Case C-436/97P, ECR 1999, I-2387.

279 "However, it should be pointed out that for the purposes of establishing an infringement of Article 86 of the Treaty, it is not sufficient,, to 'recycle' the facts constituting an infringement of Article 85, deducing from them the finding that the parties to an agreement or to an unlawful practice jointly hold a substantial share of the market, that by virtue of that fact alone they hold a collective dominant position, and that their unlawful behaviour constitutes an abuse of that collective dominant position. Amongst other considerations, a finding of a dominant position, which is in any case not in itself a matter of reproach, presupposes that the market in question has been defined, The Court must therefore examine, firstly, the analysis of the market made in the decision and, secondly, the circumstances relied on in support of the finding of a collective dominant position." Società Italiano Vetro v. Commission, Cases T-68, 77, 78/89, ECR 1992, II-1403.

280 Kar. Aslan, Türk hukuku, 230; Öz, 154 vd, ayrıca 123-124.; Sanlı, 256-257.

Türk hukuku açısından da, bu iki hükmün bir arada bulunması için gerek m.4 gerekse m.6 açısından rekabete aykırılık gerçekleşmiş olmalıdır. Yani, bir yandan teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçerek rekabeti sınırlayacak şekilde pazar politikalarını paralelleştirdiğine, bir yandan da kurulan ilişki ve doğan sonuçtan, birlikte hâkim duruma gelindiğinde ve bunun kötüye kullanıldığına hükmedilebilmesi gerekir. Bununla birlikte, teşebbüslerin uyumlu eylemlere girşerek birlikte hâkim duruma gelmesi ve bunu kötüye kullanması yanında, birlikte hâkim durumdayken uyumlu eylemlere girşerek rekabeti sınırlamaları da mümkündür²⁸¹. İlk durumda ikinci arasındaki fark, ikincisinde, uyumlu eylemlerden önce birlikte hâkim durumda olan teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçerek paralel pazar politikaları uygulamak suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullanmalarıdır²⁸².

Teşebbüslerin davranışlarının hem 4. hem de 6. maddeyi ihlâl etmiş olması, bu iki maddenin yarışması sonucunu doğurur. Yoksa ikisinden dolayı ayrı ayrı para cezasına hükmedilmez. Zira doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi²⁸³, tek fiille gerçekleşen bu durumlarda çifte cezalandırmaya gidilmemelidir.

Bununla birlikte Kurulun böyle durumlarda, hem 4. hem de 6. maddenin ihlâl edildiğini karara bağlaması isabetli olacaktır. Böylece rekabetin korunması hakkında kanunun ihlâl edilmesinin özel hukuk alanındaki sonuçları açısından her iki maddenin de kullanılabilmesi kolaylaşır. Davacılar, (Kurul kararını da delil göstererek) zarara uğradıklarını, zarar miktarını ve iddialarının haklılığını ispatlamak için hem anlaşma ya da uyumlu eylemden hem de hâkim durumun kötüye kullanılmasından doğan sonuçlardan yararlanabilirler.

Türk Rekabet Kanunundan doğan tazminat taleplerinin hem m.4 hem de m.6'ya dayandırılabilmesi, hakların yarışması (telâhuku) temeline dayanan mütelâhik davalara örnek teşkil eder. Mütelâhik davalarda talep, bu talebi haklı gösteren iki veya daha fazla hukukî sebebe (kanun hükmüne) dayanır²⁸⁴. Kuşkusuz, bu yolla davacı talebini daha güçlü bir şekilde savunabilmektedir²⁸⁵. Hatta HUMK m.76 gereği, davacı tarafından ileri sürülmesine de talebi haklı gösteren kanun

281 Bu konuda bak. Soames, 24 vd.

282 Kar. Aslan, Türk hukuku, 230; Öz, 154 vd.; Sanlı, 256-257.

283 Aslan, Türk hukuku, 230; bak. Öz, 119.

284 Arslan/Kuru/Yılmaz, 340; Pekcanitez, H/Atalay, O/Özekes, M: Medenî Usul Hukuku, 2. baskı, Ankara 2001, s.283.

285 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 283.

hükümlerini hâkimin araştırarak bulması ve uygulaması gerekir. Doktrinde kabul edildiği üzere, hâkim bu araştırması sonucunda yarışan kanun hükümlerine tesadüf ederse, bunlardan davacının talebini karşılayamaya en elverişli olanı olaya uygulayacaktır²⁸⁶.

II. BİRLEŞME VE DEVRALMALARLA UYUMLU EYLEMLER

Birleşme ve devralmalara²⁸⁷ ilişkin kurallar, bu tür işlemler yoluyla teşebbüslerin belirli merkezlerde toplanarak yoğunlaşmasının (merkezleşmesinin, konsantrasyonunun) denetlenmesine yöneliktir²⁸⁸. Böylece teşebbüslerin yoğunlaşmasının rekabet açısından doğuracağı olumsuz sonuçların önlenmesine çalışılır²⁸⁹.

Nitekim RKK m.7'ye göre; *"Bir veya birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak.....rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya.....bir teşebbüsün.....diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları.....devralması hukuka aykırı ve yasaktır"*. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, Kurulun, hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini gösteren tebliğler çıkarması düzenlenmiştir. Nitekim "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ", 1997 yılında çıkarılmıştır²⁹⁰.

286 Arslan/Kuru/Yılmaz, 340; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 283.

287 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Lane, 256 vd; Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr. 184 vd.; Akıncı, A.: Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Nisan 2000, s.101-124.

288 Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr. 184.

289 Bak. Lane, 257.

290 RG 12.8.1997, Sa.23078, Tebliğ Nu:1997/1. Bu Tebliğ daha sonra "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4 üncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ" (RG. 26.3.1998 Sa. 23298, Tebliğ Nu:1998/2) ve "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" (RG 18.11.1998 Sa. 23527, Tebliğ Nu: 1998/6) ve 1997/1 Sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de ve 1997/2 Sayılı "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemlerin ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu

Birleşme ve devralmalar ATA'da düzenlenmiş değildir. İlk olarak 1989 tarih ve 4064/89 sayılı "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü"²⁹¹ ile konu Tüzük düzeyinde bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Özellikle bu Tüzükten önce, teşebbüsler arası yoğunlaşmaların nasıl denetleneceği konusu AB doktrin ve uygulamasını bir hayli meşgul etmiştir. Bu konuda akla ilk gelen ise ATA m.81 ve 82'nin yoğunlaşmaların denetlenmesi için kullanılıp kullanılmayacağı olmuştur. Nitekim, ATAD Continental Can kararında²⁹² m.82; BAT&Reynolds kararında²⁹³ da m.81 için bu yolu açmıştır. Bununla birlikte her iki hükmün de bu uğurda yetersiz kalması, yoğunlaşmaların denetlenmesine yönelik 4064 sayılı Tüzüğün çıkarılmasına neden olmuştur²⁹⁴.

Söz konusu Tüzükle birlikte, AB Konseyi, ATA m.81 ve 82'nin yoğunlaşmalara uygulanması hususunda fikrini ortaya koyma fırsatı bulmuştur: Tüzüğün önsözünde bunun mümkün olduğu açıkça ifade edilmiştir. Aynı görüş 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren yeni "Teşebbüsler arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü"²⁹⁵ ya da kısaca "Birleşmeler Tüzüğü"nde de sürdürülmüştür²⁹⁶.

Nitekim, doktrinde de hem m.81 ve/veya 82'ye, hem de Tüzük hükümlerine aykırı durumların olabileceği kabul edilmektedir²⁹⁷. Aynı esasların Türk rekabet hukuku için de kabul edilmesine bir engel yoktur. Dolayısıyla teşebbüslerin faaliyetlerinin, hâlin icabına göre, bir yandan uyumlu eylem ya da anlaşma; diğer yandan da Tüzük ve Tebliğ kapsamına giren birleşme veya devralma yahut da yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Tebliğ'inde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ"le değişikliklere uğramıştır (RG. 21.8.2000 Sa. 24147, Tebliğ Nu:2000/2).

291 Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ 1990 L 257/14.

292 Europemballage Continental Can v. Commission, Case 6/72, ECR 1973, 215.

293 BAT and Reynolds v. Commission, Cases 142, 156/84, ECR 1987, 4487.

294 Lane, 258.

295 Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (EC Merger Regulation), 29.1.2004 OJ L 24/1

296 Önsözde (7) altında; "Article 81 and 82, while applicable, according to the case-law of the Court of Justice, to certain concentrations, are not sufficient to control all operations which may prove to be incompatible with the system of undistorted competition envisaged in the Treaty".

297 Bak. Aslan, Avrupa hukuku, 264; Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Einführung Art. 81 Rn. 40.

III. MUAFİYET AÇISINDAN UYUMLU EYLEMLER

Öyle durumlar olabilir ki, rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkileri geçersiz saymak ya da yasaklamak, rekabetin korunması amacı ile çelişebilir. RKK'nın 5. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, "...oluşturduğu zararlı etkilere nazaran ortaya çıkan yararlı etkilerin daha fazla olması halinde rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4 üncü madde yasağından muafiyet sağlamak gerekmektedir".

Muafiyet başlığını taşıyan bu maddeye göre; "Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

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

Muafiyet kararı verme yetkisi Kurula aittir. Kurul belirli bir danışıklı ilişkiye muafiyet tanıyacağı gibi, danışıklı ilişkiye konu olabilecek belirli bir işlem ya da faaliyet türlerine de muafiyet tanıyabilir. Bunlardan ilki bireysel muafiyet, ikincisi ise grup muafiyeti olarak anılır²⁹⁸. Nitekim Kurulun, "Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"²⁹⁹ ve teşebbüsler arası çeşitli dikey ilişkileri içinde topladığı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"³⁰⁰ bu ikincisine örnek gösterilebilirler.

Uyumlu eylemlere gelince, RKK'nın muafiyete ilişkin maddelerinde uyumlu eylemler açısından bir düzensizlik göze çarpar. Nitekim, 5. maddede uyumlu

298 Muafiyet hakkında geniş bilgi için bak. Aslan, Türk hukuku, 133 vd; Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), §28 Nr. 71 vd; Emmerich, in: Dausen, § 1 Rn. 183 vd; Brinker, in: Schwarze, Art. 81 Rn. 66 vd; Eilmansberger, in: Streinz, Art. 81 Rn. 120 vd; Power, 330 vd; Esin, 73 vd.

299 RG. 27.8.2003 Sa. 25212, Tebliğ Nu: 2003/2.

300 RG. 14.7.2002 Sa. 24815 Tebliğ Nu: 2002/2. Bu Tebliğ'de daha sonra "2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ"le bazı değişikliklere gidilmiştir. RG. 18.9.2003 Sa. 25233, Tebliğ Nu: 2003/3.

eylemlerin de 4. maddenin uygulamasından muaf tutulabileceği açıkça zikredilmiştir. Ancak, Kurula grup muafiyeti tanıma yetkisi veren 5. maddenin son fıkrasında sadece anlaşmalardan söz edilmiştir. Yine, RKK m.10'da; "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir." denirken ikinci cümlede "Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz." ifadesi yer almaktadır. RKK'nın 13. maddesinde de muafiyet kararının geri alınması nedenlerinden biri olarak "Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması" gösterilmiştir. Bunun gibi, bir ay içinde bildirimde bulunmanın teşebbüslere sağladığı bir avantaj olarak, 16. maddede, muafiyet tanınmadığı takdirde, teşebbüsler arasındaki ilişkiye Kurulun nihai kararına kadar geçecek süre için para cezası uygulanmayacağı hükme bağlanırken, sadece "süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlar"dan söz edilmektedir.

Muafiyete ilişkin bazı hükümlerde uyumlu eylemlerden söz edilmemesi tartışmalara neden olmuştur. Nitekim Aslan, Kanunun 5. maddesine göre muafiyetin uyumlu eylemlere de uygulanabileceğini ifade ederken, bunu yalnızca bireysel muafiyet ile sınırlamaktadır. Yazara göre, grup muafiyeti uyumlu eylemlere uygulanmaz. Çünkü; "Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrası belirli 'anlaşma' türleri için grup muafiyeti çıkarma yetkisi vermektedir"³⁰¹.

RKK'nın 5. maddesi, 4. maddede düzenlenen danışıklı ilişkilerin tümüne hitap etmektedir. Her ne kadar Kanunun bazı maddelerinde uyumlu eylemlerden söz edilmese de, düzenlenen konulardan hiçbirisi anlaşmalara ve/veya kararlara özgü; bu nedenle de uyumlu eylemlerin dışarıda tutulmasını gerektiren özellikler taşımamaktadır³⁰². Nitekim yanlış beyanda bulunmanın sonuçlarından ya da süresi içinde bildirimde bulunmanın avantajlarından uyumlu eylemleri dışarıda tutacak bir neden yoktur. Bunun gibi, uyumlu eylemin konusunu grup muafiyetlerinin kapsamına giren bir ilişki oluşturduğunda, anlaşmalara muafiyet tanırken uyumlu eylemleri cezalandırmak isabetli olmayacaktır. Kurul da, uyumlu eylemler için de grup muafiyeti çıkarma yetkisini kendisinde görmektedir. Nitekim Dikey Anlaşmalara

301 Aslan, Türk hukuku, 140.

302 Nitekim bu hükümlerin uyumlu eylemlere de uygulanması gerektiği yönündeki bir diğer görüş için bak. Sarılı, 138 dn. 505, 133 dn 476 ve 134 dn 491.

İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde, bu tebliğin uyumlu eylemlere de uygulanacağı açıkça zikredilmiştir (m.7)³⁰³.

Bununla birlikte, grup muafiyetlerinde öngörülen şartların sağlanması düzenli ve belli kurallara bağlanmış bir ilişki gerektirdiğinden, uyumlu eylemlerin yapısı buna pek uygun değildir. Bu nedenle de grup muafiyeti kapsamındaki ilişkiler büyük ihtimalle anlaşma şeklinde ortaya çıkacaktır³⁰⁴.

Ancak bir şekilde bu şartlar yerine getirilmişse ya da ilişki bu şartları sağlıyorsa, uyumlu eylemlerin de muafiyetin sağladığı imkânlardan yararlanması gerekir. Örneğin, Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği'ne³⁰⁵ göre, grup muafiyetleri kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesine gerek yoktur (m.3/III)³⁰⁶. Dolayısıyla grup muafiyeti kapsamına giren, ancak bildirilmemiş bir uyumlu eylemden dolayı teşebbüslerin para cezasına çarptırılmaları söz konusu olmaz. Hâlbuki RKK'nın 10. maddesine göre, başlangıcından itibaren bir ay içinde bildirilmeyen uyumlu eylemler için muafiyet hükümleri uygulanmayacağı gibi, bu aynı zamanda para cezasını gerektiren bir durumdur (RKK m.16/c).

Söz konusu hüküm bireysel muafiyetler için de geçerlidir. Dolayısıyla teşebbüsler, aralarında bir anlaşma bulunmamasına rağmen, yaptıkları görüşme ya da yazışmaları takiben, pazar üzerinde paralel politikalar uyguladıklarını gördüklerinde, bir ay içinde muafiyet kararı verilmesini isteyebilir³⁰⁷ ya da rekabet hukuku karşısındaki konumlarını açıklığa kavuşturmak için, ilişkileri hakkında menfi tespit belgesi (RKK m. 8) isteyebilirler.

303 Aynı şekilde Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 9. maddesine göre; "Bu Tebliğ hükümleri, uygun olduğu ölçüde teşebbüsler arasındaki uyumlu eylemlere ve teşebbüs birliği kararlarına da uygulanır." RG. 27.8.2003 Sa. 25212, Tebliğ Nu: 2003/2.

304 Benzer şekilde bak. Sanlı, 138 dn. 505.

305 RG. 12.8.1997 Sa. 23078, Tebliğ Nu: 1997/2. (RG. 21.8.2000 Sa. 24147, 2000/2 sayılı Tebliğ'le değişik).

306 Bunun gibi, Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ'de de (RG. 11.11.1997 Sa. 23167, Tebliğ Nu: 1997/6) benzer bir hüküm yer almaktadır (m.6). Gerek bu hükümde gerekse Tebliğin genelinde anlaşmalarla birlikte uyumlu eylemlere de yer verilmiştir.

307 Kar. Öz, 79.

RKK m.10/1 son cümleye göre, zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi hâlinde, muafiyet bildirim tarihinden itibaren geçerlidir. Dolayısıyla, bir aylık süre geçtikten sonra teşebbüsler bildirimde bulunsa ve sonuçta muafiyet kararı verilse dahi, danışıklı ilişkinin başladığı tarih ile gecikmiş bildirim tarihi arasındaki faaliyetler için RKK m.4'e aykırılığın tüm sonuçları doğacaktır. Uyumlu eylemlerin bildiriminde karşılaşılabilecek en önemli sorun da bir aylık sürenin başlangıcıdır. Çünkü, anlaşmalarda, bu süre pekâla anlaşmanın yapıldığı tarihten başlatılabilir. Hâlbuki, uyumlu eylemler anlaşmalara göre, daha belirsiz ve gevşek ilişkiler sonucunda da gerçekleşebileceği için bir aylık sürenin başlangıcını belirlemek güçtür. Özellikle bu sorun, amaç açısından uyumlu eylemlere müdahale edilebildiği hâllerde kendini gösterecektir. Etki açısından ise, rekabeti sınırlayabilecek derecede paralel davranışın gerçekleştiği an, bu sürenin başlangıcı olmalıdır³⁰⁸. Dolayısıyla sürenin başlaması (ve rekabetin sınırlanması) için, bağlantı içindeki tüm teşebbüslerin pazar politikalarının paralelleşmesi gerekmektedir.

AB rekabet hukukunda da uyumlu eylemler sonucu doğan rekabet sınırlamalarının gerek bireysel gerekse grup muafiyetine tâbi tutulması mümkündür. Bu husus uyumlu eylemler için her ikisini de zikreden muafiyete ilişkin ATA m.81/III'ün³⁰⁹ de bir gereğidir. Öte yandan, 1/2003 sayılı Topluluk Tüzüğü³¹⁰ gereği, muafiyet şartlarını taşıyan uyumlu eylemler için ayrıca Komisyon kararına ihtiyaç olmadığından, Türk rekabet hukukuna dair yukarıda değinilen sorunlar AB rekabet hukuku için asgari düzeye inmiştir³¹¹.

308 Bak. yuk. § 4, V, B, 2, b, bb.

309 *"The Provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:any concerted practise or category of concerted practices,...."*

310 AB Konseyi tarafından 16.12.2002 tarihinde, 17/62 sayılı, Antlaşmanın 85 ve 86. Maddelerinin Yürütülmesine (Uygulanmasına) İlişkin Topluluk Tüzüğü'nün yerine geçmek üzere kabul edilen, 81 ve 82. Maddelerin Yürütülmesine İlişkin yeni Topluluk Tüzüğü (Council Regulation on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty), OJ L No: 1, 04.01.2003, s.1-25. Söz konusu Tüzük 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

311 1/2003 sayılı yeni Tüzükle AB Konseyi, doğrudan doğruya uygulanabilir bir muafiyet sistemi benimsemekte, rekabet otoriteleri ve üye devlet mahkemelerine m.81/I ve m.82'nin yanında, m.81/III'ü de doğrudan uygulama imkânı sağlamaktadır. Tüzüğü'nün Antlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinin Uygulanması başlığını taşıyan 1. maddesine göre, m. 81/III'ün muafiyet şartlarını taşımayan Antlaşmanın 81/I. maddesine aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, bu konuda önceden bir karar verilmiş olmasına gerek olmaksızın, yasaktır (m.1/I). Buna karşın, m.81/III'ün şartlarını karşılayan Antlaşmanın 81/I. maddesine aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, önceden bir karar verilmiş olması gerekmez, yasak kapsamı dışındadır (m.1/II)

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI

§ 7. GENEL OLARAK

Kuşkusuz bu gibi bir çalışmada, maddî hukuk açısından olduğu kadar, usul hukuku açısından da uyumlu eylemlerin incelenmesi zorunludur. Bununla birlikte rekabet hukukunda uygulanacak tüm usul kurallarını incelemek de bu çalışmanın konusunu aşar. Bu açıdan burada özellikle uyumlu eylemlerin ispatı üzerinde durulacaktır.

Ancak güncel bir sorun olması dolayısıyla, rekabet hukukunun uygulanması ile görevli makamların birbirleriyle ilişkilerine aşağıda yer verilecektir.

Bunun dışında bu bölüm altında, uyumlu eylemlerin ispata ilişkin kural ve ilkelerle ilişkisi; hangi ispat araçları ile, nasıl ve ne zaman ispatlanmış sayılacağı gibi konular ele alınacaktır.

Yukarıda uyumlu eylemlerin maddî açıdan özellikleri incelendi. Kuşkusuz bir hukuk kuralının unsurlarının ortaya konulması ile, somut olayda bunların gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleme işi birbirinden farklıdır. Genel bir ifadeyle, bu belirleme işine hukukta ispat ya da ispat faaliyeti adı verilmektedir.

Bilindiği gibi, bir hukuk kuralının bir olaya uygulanması bu hukuk kuralının esaslı unsurlarının somut olayda gerçekleşmesine bağlıdır ki usul hukukunda bu unsurlar koşul vakıalar olarak adlandırılır¹. İşte ispat faaliyeti sonucunda uyumlu eylemlerin somut olayda gerçekleştiği anlaşılırsa, artık, RKK'nın uyumlu eylemler için öngördüğü hukukî sonuçlar doğacaktır. Bu açıdan uyumlu eylemlerin hukukî sonuçlarının, ispatla aynı bölüm altında toplanmasında sakınca görülmemiştir.

1 Bak. Pekcanitez/Atalay/Özekes, 354 vd.; Atalay, O; Medenî Usul Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.5. Bunlara unsur vakıaları (Umar, B/Yılmaz, E.: İsbat Yükü, 2. bası, İstanbul 1980, s.1.) ya da maddî vakıalar da denilmektedir. Kuru/Arslan/Yılmaz, s.422; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. baskı, Cilt II, İstanbul 2001, s.1967.

§ 8. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULANMASI AÇISINDAN REKABET KURULU VE MAHKEMELERİN İLİŞKİSİ

I. REKABET KURUMUNUN YAPISI

Rekabet Kurumu, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere teşkil edilmiş, kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip bir kurumdur (RKK m.20).

Bugün yaygın olarak, Türkiye'de dahil Avrupa'daki pek çok ülkede, rekabet kurallarının yürütülmesinde, organik açıdan idarî yapılanma içinde yer alan bağımsız kurumlardan yararlanılmaktadır².

Bu tip kurumlar kurulma gayelerini oluşturan konu ya da kanunla ilgili tüm meseleleri görmek üzere, yürütmenin yanında, işlevsel olarak yasama ve yargı faaliyetlerine benzer yetkilerle donatılmakta ve bu nedenle de bağımsızlıkları hassasiyetle korunmaktadır³.

Türk hukuk doktrininde, bağımsız idarî kurumlar ya da bağımsız idarî otoriteler adı ile anılan bu kurumlar⁴, bağımsız düzenleyici kurumlar (Independent regulatory agencies) adı altında ilk olarak ABD'de ortaya çıkmıştır. Nitekim bu terim, bu tip kurumların iki temel özelliğini vurgulamaktadır. Bunlar idarî bağımsızlık ve düzenleyicilik işlevidir⁵.

2 Bak. Braakman/Dutilh, 129 vd.

3 Bu tip kurumlara niçin ihtiyaç duyulduğu ve bunların olumlu ve olumsuz yönleri hakkında bak. Ulusoy, A.: Bağımsız İdarî Otoriteler, Ankara 2003, 5 vd, 31 vd.

4 Bak. Tan, T.: Bağımsız İdarî Otoriteler, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Ocak 2000, s. 3 vd.; Azrak, A.Ü.: Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdarî Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar (Tebliğ), Sempozyum kitapları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 5 Kasım 2001, s. 17 vd. Tebliğ ve bağımsız idarî otoriteler hakkındaki tartışmalar için bak. aynı eser, 30 vd.; Ulusoy, A.: Bağımsız İdarî Kurumlar, Damşay Der., 100/1999, s.3 vd.; Ardıyok, Ş.: Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara 2002, 177 vd.; Akıncı, M.: Bağımsız İdarî Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul 1999, 1 vd.; Ulusoy, Bağımsız İdarî Otoriteler, 1 vd; Ulusoy, A.: Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Kasım 1999, s.3 vd.

5 Bak. Ulusoy, Perşembe konferansı, 4; Tan, 4.

İdarî bağımsızlıktan hem organik hem de işlevsel bağımsızlık anlaşılmaktadır. Organik bağımsızlık genellikle kurul şeklinde teşekkül eden karar organının bağımsızlığının⁶ bazı statü güvenceleri ile korunması anlamına gelmektedir. İşlevsel bağımsızlık ise kurumun işlem ve eylemleri üzerinde bunları geçersiz kılacak şekilde başka bir idarî organın söz sahibi olmaması demektir. Bir başka deyişle, idarî bağımsızlığın gereği olarak bu tip kurumların organ ve işlevleri üzerinde siyasî iktidarın ve diğer yürütme organına dahil birimlerin denetimi bulunmamaktadır^{7 8}.

Düzenleyicilik ya da regülasyon işlevi ise bağımsız idarî otoritenin kendisine özgülenen alanda idarî bir organın yetkilerini aşacak şekilde gerektiğinde yasama benzeri, gerektiğinde ise yargı benzeri faaliyetlerde bulunabilmesidir. Böylece, bağımsız idarî otorite, kendine özgülenen alanı yasalarla belirlenen ve hedeflenen biçime sokmak hususunda geniş yetkilere sahip olmakta; kuralları uygulamanın ve yürütmenin ötesinde, yeni düzenleme getirebilmekte ve denetleme yapabilmektedir⁹.

Nitekim Türk Rekabet Kurumu da Türkiye'de bağımsız idarî otoritelerin ölçütlerini tam olarak karşılayan kurumlardan biridir^{10 11}. ABD'de rekabet meseleleri ile ilgilenen FTC de bağımsız idarî otorite niteliğini taşımaktadır.

6 "Yapısal olarak bağımsızlığın bir diğer yüzü, özellikle bu kurumların karar organlarını oluşturan kurulların üyelerinin statüsü açısından kendisini göstermektedir. Yani kurumun bağımsızlığı, kurumun karar organını oluşturan kurul üyelerinin bağımsızlığını sağlamakta önemli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır." Tan, 7.

7 Ulusoy, Danıştay Der., 5; Ardiyok, 180-181.

8 Bunun yanında bağımsız idarî otoritelerin mali açıdan bağımsız olmalarından da söz edilmektedir: "Düzenleyici kurumların bağımsızlığıyla ilgili ikinci parametreyi mali bağımsızlık oluşturur. Mali bağımsızlık, düzenleyici kurumların görevlerini yürütürken kullanacakları kaynakların yürütmenin hazırladığı bütçe kaynaklarına bağımlı olmaması, daha açık bir ifadeyle düzenleyici kurumların yürütmenin mali kusularına tabi olmaması anlamındadır." Ardiyok, 185.

9 "Regülasyon işlevi, belli bir faaliyete ilişkin olarak 'oyunun kurallarının belirlenmesi' (düzenleme), bu kurallara riayetın sağlanması (denetim) ve sektörü veya bir alanı dâzgün bir rekabet ortamına ve plüralist bir yapıya doğru sevk etme (yönlendirme) olarak tanımlanabilir." Ulusoy, Bağımsız İdarî Otoriteler, 21; kar. Ulusoy, Perşembe konferansı, 4.

10 Ulusoy, Danıştay Der., 9.; Akıncı, M., 252; Yılmaz, E.: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Usul ve İspat Sorunları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara Kasım 1999, s. 87; kar. s. 112. Türk hukukunda bağımsız idarî otoritelerin kriterlerini tam anlamıyla karşılayan Rekabet Kurumu ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) olmak üzere iki kurum bulunduğu; bunun dışında kalan benzer yapıya sahip kurumların, özellikle de Sermaye Piyasası Kurulunun "bağımsız idarî kurum benzeri" olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ulusoy, Danıştay Der., 9; kar. Tan, 4. Diğer bir görüşe göre ise, Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Rekabet Kurumu ve Tüketici Konseyi ile Tüketici Sorunları Hakem

Türkiye’de, Rekabet Kurumunun ana organı olan Rekabet Kurulu, rekabet ortamının ya da kısaca rekabetin, kanun koyucunun iradesi doğrultusunda biçimlenmesinde yasalarla çizilen sınırlar içinde regülasyon ya da düzenleyicilik işlevini üstlenmiş bulunmaktadır. Bir bakıma devlet, rekabetin ve piyasanın regülasyonunda kendisine düşen işi Rekabet Kurumu eliyle gerçekleştirmiş olmaktadır¹². Kurul, bir yandan son derece soyut düzenlenen rekabet kurallarının içini doldurmak; öte yandan tebliğler çıkarmak suretiyle mevcut rekabet kurallarını uygulamaktan öte, âdeta rekabet kuralları oluşturmaktadır. Rekabet Kurulu grup muafiyeti tanımak yoluyla bazı işlem ve eylemleri rekabete aykırılıktan kurtarabilirken (m.5); “hukukî geçerlilik” kazanabilmesi için, gerekli gördüğü birleşme veya devralmaları izne tâbi kılabilmektedir (m.7). Bunların dışında kalan konularda da Kurul, (doğal olarak Kanun’la çizilen sınırlar içinde) tebliğler çıkarabilir ve düzenlemeler yapabilir (m.27/f)¹³. Böylece âdeta, RKK anayasa hükmüne bürünmekte ve Rekabet Kurulu da bu anayasanın sözüne ve özüne bağlı kalmak suretiyle bir yasama faaliyeti yürütmektedir.

II. REKABET KURULU VE MAHKEMELERİN GÖREV ALANI

Rekabet Kurulunun düzenleme yetkisi yasama faaliyetine benzer özellikler taşıırken, özellikle denetim yetkisi de yargı faaliyetine benzer özellikler arz

Heyeti bağımsız idarî otorite niteliğindedir. Azrak, 22; kar. Tan, 4. Ülkemizdeki en eski bağımsız idarî otorite ise Sigorta Murakabe Kurulu’dur. Azrak, 22.

- 11 Bununla birlikte, Türk hukuku açısından bağımsız idarî otoritelerin, dolayısıyla Rekabet Kurumunun, idarî yapılanma içindeki yeri tartışmalıdır. Bir görüşe göre özellikle Rekabet Kurulu, temelleri Anayasa’nın özel hükümlerinde, bilhassa 167. maddesinde aranması gereken; ne tam olarak merkezden yönetim ne de tam olarak yerinden yönetim içinde yer alan kendine özgü yapısı olan bir bağımsız idarî otoritedir. Akıncı, M., 252. Diğer bir görüşe göre ise, bu otoriteler, yerinden yönetim kuruluşları arasında ve fakat yerinden yönetim kuruluşları içinde de yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında (bağımsız idarî kurum adıyla) üçüncü bir kategori olarak sınıflandırılabilir. Ulusoy, Damşay Der., 16; Ulusoy, Perşembe konferansı, 9.
- 12 Devletin yanında rekabet ve piyasanın regülasyonunda firmalarında önemli bir rolü vardır. dolayısıyla regülasyondan söz edildiğinde bunun yalnızca devlete mahsus bir anlam taşıdığı düşünülmemelidir. Bak. Türkkın, 1 vd. özellikle 109 vd.
- 13 Benzer şekilde Aslan, Türk hukuku, 403 vd.

etmektedir¹⁴. Hatta sahip olduğu yetkilerin genişliği, bağımsızlığı için gösterilen azamî çaba, araştırma yöntemleri, olayı değerlendirme tarzı (ön araştırma, soruşturma, duruşma, karar) gibi özellikleri açısından, Rekabet Kurumunun hukukî niteliği itibariyle yarı idarî, yarı yargısal kendine özgü bir kurum olduğu da ileri sürülmektedir¹⁵.

Rekabet Kurulu, bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamakla görevli ve yetkili kılınmıştır (RKK m.27/a). Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına karşı Danıştaya başvurulabilir (RKK m.55).

RKK'nın 56-59. maddelerinde ise RKK'ya aykırılıktan dolayı geçersiz olan anlaşma ve kararlara dayanarak yerine getirilen edimlerin geri istenmesi ve tazminat taleplerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu tür sorunların halli genel mahkemelerin görev alanına girer. Taraflar bu tür taleplerle adli yargı yoluna başvurduğunda, mahkemenin öncelikle talebin sebebi olan işlemin geçerli olup olmadığını incelemesi gerekir. Bu, mahkemenin/hukuk mahkemesinin davada öncelikle RKK'ya aykırılık olup olmadığını belirlemesi anlamına gelir.

14 "..... kanun Rekabet Kurulu kararlarına normal idare makamlarının kararlarından farklı özellikler tanınmıştır. İdarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tabi iken Rekabet Kurulumun sadece "nihai kararları" yargısal denetime tabidir. Kurulun aynen mahkemelerde olduğu gibi "ara kararları" da vardır. Bunun da dışında Kanun, Rekabet Kurulumun bazı kararları bakımından idari kararların icrailiği ilkesinden ayrılmış onları mahkeme kararlarına benzetmiştir." Aslan, Türk hukuku, 397.

15 Aslan, Türk hukuku, 395. "....., RTÜK dışında kalan BİO'ları (bağımsız idarî otoriteleri) düzenleyen mevzuat, yasak konması ya da yaptırım uygulanması gereken durumlarda bu kurulların güvenceli yargı usullerine uyması, kararları bu usullere uyararak, yani kendiliğinden araştırma yapmakla birlikte, ilgiliye dosya inceleme ve kendini savunma gibi hakların da tanınması suretiyle doğru ve tarafsızca karar vermesi olanağını yaratmıştır. Yarı yargısal (quasi-judicial) usuller niteliğini taşıyan bu usuller Türkiye'de bir türlü gerçekleştirilemeyen Genel İdari Usul yasalaştırmasının bir küçük modelini oluşturduğu için demokratik ve saydam bir idare hedefi doğrultusunda atılmış bir adım olarak görülmektedir." Azrak, 26-27. Buna karşın "Rekabet Kurumunun yargısal usullere en yakın usuller uygulaması onun yarı yargısal olduğu anlamına gelmez. Rekabet Kurulu yürütme erkine dahildir ve idari cihazın bir parçasıdır." Ulusoy, Danıştay Der., 7 vd. Rekabet Kurumunun Türk hukukunda yeni yeni örnekleri görülen bağımsız idarî otoritelerden biri olduğu ve bağımsız idarî otoritelere özgü özellikler gösterdiğini kabul etmek yerinde olacaktır. Nitekim aslında bu kurumların sahip olduğu regülasyon işlevi, yürütme yanında, yasama ya da yargı benzeri bir işlevi ifade etmektedir.

Hâl böyle olunca Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması ile görevli Rekabet Kurulu ile mahkemeler arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir.

A. Danıştay ve Yargıtayın Yaklaşımları

1. Danıştayın Yaklaşımı

Bilindiği gibi, Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı Danıştaya başvurulabilir¹⁶ (4971 sayılı Yasayla¹⁷ değişik RKK m.55/1).

Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 1999 tarihli bir kararında¹⁸ mahkemelerle Rekabet Kurulu arasındaki ilişki ile ilgili şu ifadelere yer vermiştir:

16 "Rekabet Kurulumun 13.08.1998 günlü, 78/601-111 sayılı tedbir kararının iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 10. Dairesi, 4054 sayılı Kanun m.55/1/ilk cümle hükmünün Anayasaya aykırılığı savıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur."

"Mahkemeye (10. daireye) göre, kanun koyucunun, uyumsuzluğun görülüp çözülmesinde hangi yargı düzeninin görevli ve yetkili bulunduğunu belirlemesi bu düzenlemenin uygun sonucu ise de; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.55/1/ilk cümlesi hükmünde olduğu gibi, Anayasanın yüksek mahkeme olarak tanımladığı, bu haliyle asli görevi, idari uyumsuzluklarda genel görevli olan idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının son inceleme yeri olarak idari yargı düzeninde içtihat birliği sağlamak olan Danıştayın çeşitli kanunlara serpiştirilecek düzenlemelerle, davaların ilk ve son derece mahkemesi haline getirilmesi, bu düzenlemenin Anayasa'ya uygun sonucu olmayıp, kamu yararı içermemekte ve Anayasa m.2'de belirtilen hukuk devleti ilkesine de aykırı düşmektedir."

"Mahkeme, Danıştayın görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa m.155'te atıfta bulunulan kanunun 2575 sayılı Kanun olduğunu belirterek, diğer kanunlarla Danıştaya çeşitli görevler yüklenmesini Anayasa m.155'e aykırı bulmuştur."

Mahkemeye göre, anılan nedenlerle, ilgili düzenleme, Anayasa m.9 ve m.142'ye de aykırıdır".

"..... Anayasa Mahkemesi, Anayasa m.9, m.142 ve m.155'i birlikte yorumlayarak, ilgili kurullarla, Danıştayın, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme yeri olduğu, kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağını belirtildiği; 2575 sayılı Danıştay Kanunu m.1 ve m.24 hükümlerinin de ilgili Anayasa hükümlerine paralel olduğu kanaatine varmıştır."

".....Anayasa Mahkemesi, ayrıca, Anayasa m.155'te atıfta bulunulan kanun kavramının sadece 2575 sayılı Kanunu değil, Danıştayın görev ve yetkileri ile ilgili her kanunu kapsayacak şekilde, geniş anlamda kullanılmış olduğu sonucuna varmış ve anılan nedenlerle, başvurunun reddine karar vermiştir." Anayasa Mahkemesi kararı, 22.12.1998, E: 1998/48, K:1998/85, RG 31.03.2000, Sa. 24006.

17 RG 01.08.2003.

18 YD İtiraz Nu: 1999/13 sayılı Karar. Aslan, Türk hukuku, 413-414'ten naklen.

"Danıştay Onuncu Daire kararında belirtildiği gibi: rekabetin bozulması ya da sınırlanmasına neden olduğu ileri sürülen hukukî işlem ya da davranışın bir yargılama faaliyetine konu olması, yargı yerince bu işlem veya davranışın yasaya aykırı olmadığı belirlenmesi halinde veya yargılamanın halen sürmesine karşın, davalı idarece ayrıca bir inceleme yapılmasına ve tedbir kararı verilmesine olanak bulunmamakta olup, aksi düşünce yargı kararının uygulama olanağının, niteliğinin, varlığının ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin 8.7.1997 tarih ve 625 sayılı kararıyla uyuşmazlık konusu sözleşmenin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna ve Borçlar Kanununa aykırı olmadığı gerekçesiyle anılan sözleşmenin feshi davasını reddetmiş olduğu, anılan sözleşmenin 'Yayın Esas ve Usullerini düzenleyen V. Kısımının 2. maddesinde yer alan hüküm dolayısıyla Türkiye Futbol Federasyonu ile Başbakanlık Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü arasında 6.8.1996 tarihinde imzalanan protokolün 25. maddesinde yer alan '1. Lig müsabakalarının televizyondan yayın hakkının Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.'ne ait olduğu ve bu şirket dışında hiçbir televizyon kuruluşunun stada ve saha içerisine sokulamayacağı' yolundaki düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onuncu Dairesinin 13.9.1996 günlü E:1996/7324 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması isteminin reddedildiği ve bu karara karşı yapılan itirazında Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 3.10.1996 günlü YD İtiraz No: 1996/331 sayılı kararıyla reddedilmiş olduğu dosyadaki belgelerden anlaşılmıştır".

"Soruşturma konusu olan sözleşmenin Rekabet Kanunu dahil kanunlara aykırı olmadığı yolunda kesinleşmiş yargı kararı bulunması, sözleşmeye dayanılarak hazırlanan protokolün iptali istemiyle açılan davada, yürütmenin durdurulması isteminin reddedilmesi ve bu yargılamanın halen devam ediyor olması dolayısıyla davalı idarece anılan sözleşmenin Rekabet Kanununa aykırı hükümler taşıdığı yolundaki saptamalara dayanarak yargı kararıyla hukuka uygun bulunan sözleşmeyi etkisiz kılacak biçimde tedbir kararı verme konusunda yetkisi bulunmamaktadır. Zira yargılama faaliyetinin amacı uyuşmazlığı gelecek için sona erdirmektir ve yargılama faaliyeti sonucunda verilen kesin hükümle birlikte davanın yeniden ele alınabilmesi olanağı ortadan kalkmış olur. Kesin hükmün ilişkin olduğu davadaki uyuşmazlığın hukuka uygun biçimde çözülmüş olduğu kabul edilmek zorunludur".

Danıştayın bu kararı ile Rekabet Kurulu ile mahkemeler arasındaki ilişkiyi iki noktadan incelediği görülmektedir.

a. Danıştaya göre, Rekabetin bozulması ya da sınırlandırılmasına neden olduğu ileri sürülen hukukî işlem ya da davranış, yargılama faaliyetine konu olursa artık Rekabet Kurulu tarafından bir inceleme yapılmasına ya da tedbir kararı verilmesine imkân yoktur. Zira *“aksi düşünce yargı kararının uygulama olanağının, niteliğinin, varlığının ortadan kaldırılması sonucunu doğurur”*.

Böylece rekabeti sınırlama tehlikesi taşıyan davranış ya da işlem, dava konusu yapıldığı takdirde Rekabet Kurulunun aynı konuda inceleme yapma ve karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Kurulun mahkemeye başvurulmadan önce inceleme ya da soruşturma başlatmış olması bu sonucu değiştirmez. Zira Danıştayın kararında böyle bir ayrım gidilmemiştir¹⁹.

Davanın açılmış olması yukarıdaki sonucun doğması için yeterlidir. Mahkeme henüz karar aşamasında olmasa da, dava derdest olduğu müddetçe Rekabet Kurulu yargılamanın sonucunu beklemek zorundadır. Aslan, Danıştay kararını, derdest davaların sonucunun idarece beklenmesi için herhangi bir yasal dayanak bulunmadığı noktasından eleştirmektedir²⁰.

b. Mahkemece hukuka uygunluk ya da aykırılık yönünde karar verilmesi hâlinde, Rekabet Kurulunun soruşturma yetkisi kesin hükmün kapsamında yer alan konularda sınırlandırılmış olup, bunun dışında kalan alanlarda soruşturma açılmasına ve karar verilmesine bir engel yoktur. Zira kesin hüküm, ilişkin olduğu davadaki uyumsuzluğun hukuka uygun biçimde çözülmüş olduğu anlamına gelir²¹.

Aynı kararda Danıştay kesin hükmün kapsamı dışında kalan konularda Kurulun yetkili olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: *“İtiraz edilen Onuncu Daire kararında belirtildiği şekilde bu konuda yargıya intikal etmiş, yargılaması devam eden veya kesin hükme bağlanmış bir kararın varlığı konusunda bir bilgi veya belge dosyada yer almamaktadır. Zira burada söz konusu olan davacı ile Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş. arasında yapılan sözleşmenin yasalara aykırı olup olmaması değil, sözleşmeyle elde edilen hâkim durumun 4054 sayılı yasanın 6. maddesinde belirtilen şekilde kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi amacıyla açılan soruşturma sırasında verilen tedbir karardır. Öte yandan açılan soruşturma dolayısıyla hazırlanan ön soruşturma raporunda ‘3 dakikalık haber amaçlı*

19 Aslan, Türk hukuku, 415.

20 Aslan, Türk hukuku, 415.

21 Kesin hüküm hakkında bak. Pekcantez/Atalay/Özekes, 471 vd; Alangoya, 542 vd.

görüntülerin' televizyon kanallarına farklı fiyatlardan satıldığı belirtilmiş bulunmaktadır".

2. Yargıtayın Yaklaşımı

Yargıtay da hukuk mahkemesi tarafından RKK'ya göre verilen bir kararın temyizi üzerine konu ile ilgili görüşlerini ifade etmek imkânı bulmuştur. Yargıtay 19. HD, 1999 tarihli kararında, hâkim durumun kötüye kullanılması iddiasıyla açılan bir tazminat davasında davacının Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığı araştırılmadan, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun ön mesele olarak beklenmesi gerekirken beklemeyerek davayı karara bağlamış olması nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Aynı kararda Yargıtay, hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle talep edilen tazminat hakkında karar verebilmesi için Rekabet Kurulu tarafından hâkim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerektiğini belirtmiştir²².

22 "Davacı vekili, davalı kurumun 4054 Sayılı Yasaya aykırı davranarak, sattığı üründe kendilerine rakiplerinden farklı fiyat uyguladığını, bu nedenle zarara uğradıklarını iddia ederek 82.221.229.0000-TL m'n tahsilini talep ve dava etmiştir."

"Davalı savunmasında, davacıya 1.1.1995 tarihinden beri sözleşmelere bağlı olarak mal satıldığını, satış fiyatının serbestçe belirlendiğini, kendilerine bağlı işletmelere gönderilen mal nedeniyle kesilen faturaların bilanço sistemi nedeniyle düzenlendiğini, bunun bir satış olarak nitelendirilemeyeceğini beyan ederek davanın reddini istemiştir."

"Mahkemece benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı işletmenin kendi bünyesindeki Bandırma müessesesine uyguladığı satış fiyatının 4054 Sayılı Yasa kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu nedenle anılan yasanın 6. maddesine aykırı davranılmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir."

"Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 57. maddesinde ifadesini bulan hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkindir."

"Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetilmediğinden tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kaldığı 'Rekabet Kurulu' tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir."

"Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafından anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir." 01.11.1999, E.:99/3350 K.:99/6364. Aynı yönde Yargıtay 19. Hukuk D., 03.01.2003 E.: 2002/2827 K.: 2002/7580 (bak. Sanlı, K.C.: Türk

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise 2000 tarihli bir kararında²³, diğer iddialarının yanında ileri sürülen RKK'ya aykırılık iddiasını da ele alan ve uyuşmazlık konusu sözleşmeyi RKK'nın 1. maddesine de aykırı bulan mahkeme kararını; "somut olayda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmadığı" gerekçesiyle de bozmuş, ancak RKK'ya aykırılık iddiasının bekletici mesele²⁴ edilmesi gerektiğinden söz etmemiştir. Bozma kararına karşı mahkemenin direnmesi üzerine, 11. Dairenin kararı aynı gerekçelerle Hukuk Genel Kurulu tarafından da isabetli görülmüştür²⁵.

Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003, s.257).

23 4.5.2000, E.: 2000/5999 K.:2000/3861.

24 19. Hukuk Dairesinin kararında sözü edilen ön sorunun bekletici sorun şeklinde anlaşılması gerekir. Aynı yönde, Gürzumar, O.B.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Der., Sa. 12, s.45 dn. 139a, www.rekabet.gov.tr/dergi.html (24.11.2004). Ön sorun, davanın devam edebilmesi ve karara bağlanabilmesi için çözümlenmesi gereken her sorunu, bu arada bekletici sorunu da kapsar. Bekletici sorun ise bir mahkemenin davadaki asıl sorun hakkında karar verebilmesi için başka bir mahkeme ya da organ tarafından çözümlenmesi gereken ön sorunlardır. Bak. Pekcanitez, H.: Bekletici Sorun, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der., 1980/1, s.249-275.

25 "Taraflar arasındaki 'karşılıklı açılmış, haksız çekişmenin önlenmesi, tazminat ve intifa hakkının kaldırılması' davasından dolayı yapılan yargılama sonunda;Yargıtay 11. hukuk Dairesi'nin 04/05/2000 gün ve 2000/599-3861 sayılı Hamiyle: (..... akaryakıt istasyonunda münhasıran davacı şirketin ürünlerinin satılmasını temin etmek üzere.....15 yıl süreli intifa hakkı tesis edildiğini,.....davacı tarafından büyük yatırımlar yapıldığını,davalının sözleşmeye aykırı olarak, rakip firmalara ait ürünleri sattığının belirlendiğini,..... "

"Davalı vekili cevap ve karşılık davasında,davacı-karşılık davalının olağan dışı imtiyaz ve gücü ile bayilik sözleşmesi kurulurken bertzin istasyonu ve tesisler üzerinde uzun süreli intifa hakkı kurulmasını şart koştuğunu, intifa hakkı sözleşmesinin tek nedeninin bayilik sözleşmesi olduğunu,.....işlemin muvazaalı olduğunu,.....sözleşmelerin zaten 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı ve geçersiz olduğunu belirterek.....davacı-karşılık davalı lehine tesis edilen intifa hakkının terkinine karar verilmesini istemiştir."

"Mahkemece,intifa sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu, öte yandan, petrol istasyonu sahiplerinin sınırlı sayıdaki ana dağıtım firmaları ile sözleşme yapmalarının zorunlu olup, güçlü durumdaki ana dağıtım şirketlerinin makul ve haklı gerekçeye dayanmayan tek yanlı şartlarını işleticilere kabul ettirebildikleri, bayilik sözleşmesi feshedilmesine rağmen uzun süre işleticinin kendi taşınmazından istifade edememesinin haksız ve adaletsiz olduğu, böyle bir sözleşmenin; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde belirtilen" "piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek" amacına da aykırı olduğu gerekçesi ileintifa hakkının terkinine karar verilmiştir. Karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir."

Bu kararın Hukuk Genel Kurulu ile 19. Daire arasında görüş ayrılığı olduğunu söylemek için henüz erkendir. Bunun yerine Hukuk Genel Kurulunun (ve 11. Hukuk Dairesinin) somut olaydaki RKK'ya aykırılık iddiasını ön mesele yapılacak ciddiyette görmediğinden söz etmek daha uygun olacaktır.

Bu nedenle bugün için Yargıtayın yaklaşımını 19. Dairenin kararı ışığında değerlendirmekte yarar vardır.

B. Doktrindeki Görüşler

Öz'e göre, RKK'ya aykırılıktan dolayı Rekabet Kurulundan önce mahkemeye başvurulduğu (dava açıldığı) takdirde, mahkemenin Kurul kararını bekletici mesele yapması yerinde olacaktır. Ancak mahkeme Kurul kararını bekletici sorun yapıp yapmamak konusunda serbesttir. Zira rekabete ilişkin durumlar (bu konuda yasal bir hüküm bulunmadığı için) bekletici mesele yapılması zorunlu olan durumlardan değildir.

Eğer bu nedenle mahkeme Kurul kararını beklemeden sorunu kendi çözümlenerek nihai kararını verirse, "Hukuk mahkemesinde görülen bir tazminat davası olup, bu davanın tarafları, Rekabet Kanununa aykırı fiili gerçekleştiren ve bu fiilden zarar gören teşebbüs veya teşebbüslerdir. Oysa aynı fiile ilişkin olarak verilmiş olan Rekabet Kurulu kararı aleyhine, Danıştay'da kararın iptali için dava açılması halinde, bu iptal davası, Rekabet Kanunu çerçevesinde aleyhine karar verilen tarafın, Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açmış olduğu bir dava olup, hukuk mahkemelerinde açılmış olan tazminat davası ile ne konusu ve ne de tarafları açısından aynı değildir. Dolayısıyla böyle bir olasılık karşısında, hukuk

".....bu sözleşmelerin imzalandığı yıllarda, Türkiye'de 9 adet ana akaryakat dağıtım firması olduğu, bunlardan biri olan davacının ise, bu alandaki pazar payının %6,8'ine sahip olduğu görülmektedir....."

".....Bu durumda mahkemece,davalının muvazaa iddiasında bulunamayacağı,, davalının sözleşmeyi açıkça ihlâl ettiği ve kötüniyetli olarak bu ihlâlini ısrarla sürdürdüğü,....., somut olayda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmadığı nazara alınarak,karşılık davanın ise reddine karar vermek gerekirken,(aksine) karar verilmesi doğru olmamıştır.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte,.....mahkemece önceki kararda direnilmiştir."

mahkemesince verilen kararın, Rekabet Kurulu ve Rekabet Kurulu kararının idari yargı denetimi yapacak olan idari yargı organı için bağlayıcı olmaması gerekir”.

Yine bu görüşe göre, hukuk mahkemesine Rekabet Kurulu kararından sonra başvurulması hâlinde ise, Rekabet Kanununda bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı için, iki ihtimalin varlığından söz edilebilir. İlk ihtimale göre, Kurul kararı kesin delil niteliğinde değerlendirilemezse de kuvvetli bir takdirî delil olarak görülebilir. İkinci ihtimale göre ise takdirî bir delil olarak dahi değerlendirilmeyebilir. Bu durumda mahkeme ile Kurulun birbirine çelişik kararlar vermesi mümkündür ki bu sorunun nasıl çözümleneceği de başlı başına bir sorun teşkil eder²⁶. Gerçekten de bir kere bu yol açılırsa Kurulun kararının mahkeme nezdinde değeri olmayacaktır ki, mahkeme tanıkların ifadesine başvurarak dahi kuruldaki farklı karar verebilecektir. Böyle bir sonucun adalet düşüncesi ile bağdaşmayacağı ise açıktır²⁷.

Gürzumar'a göre ise, Kurul kararının bekletici sorun yapılmasının, zorunlu bekletici sorunların pozitif hukukumuzda kanun hükümlerinde açıkça sayılanlarla sınırlı olması keyfiyetiyle bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir. Diğer yandan, bu sorunun zorunlu bekletici sorun yoluyla çözümlenmesi de uygun olmayabilir: *“....., 4054 sayılı Kanun'a, herhangi bir anlaşmanın, uyumlu eylemin veya teşebbüs birliği kararının rekabete aykırı olup olmadığı sorusuyla karşı karşıya kalan adli mahkemelerin bu konuyu Rekabet Kurulu'nun kararını almak üzere bekletici sorun yapmak zorunda olduğu şeklinde bir hüküm eklenmesi düşünülebilir ise de, böyle bir tercih yapılırken davaların süresi bakımından ortaya çıkacak sakıncaların gözardı edilmemesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir”²⁸. Zaten “Bir idari karar merciinin kararının bekletici sorun yapılarak konunun mahkeme tarafından bu idari merciye sorulması şeklindeki zorunluluk, esas itibarıyla, hukuk sistemimizin aşına olmadığı bir yöntemdir”. Bunun yerine, İsviçre hukukunda olduğu gibi, adli mahkemelerin, Kurulun resmî bilirkişiliğine başvurmasını zorunlu kılan bir hükmün Kanun'a eklenmesi daha isabetli olacaktır. “Bu durumda, Rekabet Kurulu, HUMK*

“.....direnme kararınınözel daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı.....bozulmasınakarar verildi.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.06.2001, E: 2001/11-426, K: 2001/481.

26 Öz, 188-189.

27 Keza yazar da bu duruma dikkat çekmektedir. Öz, 188-189.

28 Bu yönde bak. Öz, 188 dn. 83; İnan, N.: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s.597.

m.276/II hükmü anlamında bir resmi bilirkişi sıfatını kazanır ve teşebbüsler arası anlaşmaların rekabeti sınırlandırıp sınırlamadığı sorunuyla karşı karşıya kalan adli mahkemeler, Rekabet Kurulu'nun konuyla ilgili bilirkişi 'görüşleri'ni takdirli delil olarak değerlendirirler²⁹.

Sorunu yukarıdaki iki üst mahkeme kararıyla birlikte inceleyen Aslan ise, Danıştayın kararını derdest davaları da kapsamayı yönünden eleştirirken, kesinleşmiş mahkeme kararlarının Rekabet Kurumunu bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Aslan'a göre bu durum, Anayasanın 138. maddesi karşısında, idarî teşkilat içinde yer alan Rekabet Kurumunun mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına uymak zorunda olmasının doğal bir sonucudur³⁰. Anayasanın 138. maddesine göre, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." (AY. m.138/IV).

Aslan'a göre Yargıtayın yukarıdaki kararında getirdiği çözüm, Rekabet Kurulu ile mahkemeler arasındaki içtihat farklılığını önleyecek niteliktedir. Ayrıca teknik, iktisadî analizler gerektiren bu alanda uzman olan Kurumun kararının aranması mahkemelerin işini de kolaylaştıracaktır. Bununla birlikte, yürürlükte olan Kanun açısından mahkemelerin Kurul kararını bekletici mesele yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. "Yani Yargıtay mahkemenin kararını, Rekabet Kuruluna başvurmadığı ve kendi re'sen karar verdiği gerekçesiyle bozamaz. Bu nedenle Yargıtayın kararı amaca ve bizim görüşümüze uygun olmakla birlikte kanuna aykırıdır"³¹. Bu nedenle Aslan, RKK'ya aşağıdaki şekilde bir madde ilâve edilmesi gerektiğini ifade etmektedir: "Hukuk mahkemelerinin önüne, hali bu kanunun esasa ilişkin hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir ihtilâf geldiği takdirde, mahkeme Rekabet Kurumuna bu konuda bir soruşturma açmasını emreder. Kurum bu durumda soruşturma açmak ve kanundaki süreler içinde soruşturmayı tamamlamak zorundadır. Mahkeme soruşturmanın bitirilmesini bekletici mesele yapar ve davasını soruşturmanın sonucunu dikkate alarak sonuçlandırır"³².

Bugünkü düzenleme karşısında Aslan'a göre, aynı olayın aynı zamanda hem mahkeme hem de Kurulda görüşülmesi mümkündür. Eğer mahkemenin kararı

29 Gürzumar, 45-47.

30 Aslan, Türk hukuku, 415.

31 Aslan, Türk hukuku, 416.

32 Aslan, Türk hukuku, 418.

Kurulun kararından daha önce kesinleşirse, kesin hükmün kapsamına giren konularda Kurul, artık, mahkeme kararı ile bağlı olacaktır. Kurulun kararı mahkeme kararından önce kesinleşirse, bu takdirde de mahkemenin Kurul kararına uyması gerekir³³.

Yılmaz'a göre ise, mahkemeler tarafların menfaatini ön plânda tutarak kişisel menfaatlere göre karar verirken, Rekabet Kurulu, kamusal menfaati; yani rekabetin korunmasından doğacak yararları ön plânda tutmaktadır. Bundan dolayı, BK. m.53'e göre sorun çözümlenmelidir. BK: m.53'e göre; *"Hâkim, kusur olmadığına, yahut haksız fiil failinin temyiz kudretinin haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararı miktarının tayini hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez"*. Yılmaz'a göre, bu hükmün (kıyasen)³⁴ Kurul-mahkeme arasındaki ilişkiye uygulanması sonucu, *"Rekabet Kurulu Ticaret mahkemesi kararıyla bağlı değildir, aynı konuda bir soruşturma açabilir"*³⁵.

C. Görüşümüz

1. Danıştay ve Yargıtayın İçtihatlarının Eş Zamanlı Uygulanmasından Doğabilecek Sorunlar

Danıştaya göre rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıktan ötürü mahkemelere başvurulması durumunda, Rekabet Kurulunun soruşturma yapmaması ve karar vermemesi gerekir. Bu sonuç mahkemeye dava açılmasından önce yürütülen soruşturmalar için de geçerlidir.

Yargıtaya (özellikle 19 Hukuk Dairesine) göre ise Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırılıktan dolayı tazminat talebi ile dava açılması hâlinde, mahkemenin Rekabet Kurulunun kararını bekletici mesele yapması gerekmektedir. Eğer Rekabet Kurulunca henüz yürütülen bir soruşturma yoksa, davacıya Kurula

33 Aslan, Türk hukuku, 416.

34 Zira hükmü, hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasındaki ilişkiye ilişkin olduğu için doğrudan uygulanması düşünülemez.

35 Yılmaz, 116. Bu görüşün eleştirisi için bak. Aslan, Türk hukuku, 412-413.

başvurması için süre verilmelidir. Sonuç olarak, mahkemenin tazminata hükmedebilmesi için hukuka aykırılığın varlığını tespit eden bir Kurul kararının bulunması gerekmektedir.

Her iki içtihat da birbirinden bağımsız değerlendirildiğinde Rekabet Kurulu ile mahkeme kararları arasında ortaya çıkabilecek muhtemel çelişki ve uyumsuzlukları pratik açıdan önleyebilecek özelliktedir. Danıştaya göre rekabet hukukuna ilişkin uyumsuzluğun dava konusu olması hâlinde, Rekabet Kurulunun yetkisi sona ereceğinden birbirine çelişik kararların doğması ihtimali yoktur. Yargıtaya göre ise hukuk mahkemesi Rekabet Kurulunun kararını bekletici mesele yapacağı için, Kurul kararı ile mahkeme kararı arasında bir çelişki doğmayacaktır. Böylece gerek Danıştayın gerekse Yargıtayın yakın tarihli bu içtihatlarında Rekabet Kurulu ve mahkeme kararlarının birbirleriyle uyuşmamasından ortaya çıkabilecek sorunları farklı şekillerde ileriye dönük olarak çözümledikleri görülmektedir.

Ancak bu iki içtihat birlikte ele alındığında uygulamada önemli sorunlara yol açabilecektir. Durumu değişik ihtimallere göre şöyle izah etmek mümkündür:

Danıştayın görüşüne göre, taraflar önce hukuk mahkemesinde dava açarlarsa, Rekabet Kurulu bu konuda karar alamayacaktır. Hatta soruşturma dahi yürütemez. Bu ihtimalde, eğer Rekabet Kurulu yürüttüğü soruşturma çerçevesinde ilgililerden belge talep eder ya da arama yapmak isterse, idarenin hukuka aykırı eylemlerde bulunduğu gerekçesiyle ilgililerin idarî yargıda yürütmenin durdurulması, eyleme son verilmesi gibi taleplerde bulunmaları mümkündür. Yahut Kurulun bu taleplerini geri çevirebilirler. Kurulun bu durumda Rekabet Kanununda öngörülen tedbir ya da yaptırımlara başvurma imkânı yoktur. Olayı hukuk mahkemesi çözümlenecektir.

Hukuk mahkemesinin, sonuçta, tazminatın kabulü ya da reddine karar vermesi üzerine taraflarca temyize gidildiğinde ise Yargıtay mahkeme kararını, Rekabet Kurulu kararı bekletici mesele yapılmadığı için bozabilecektir. Dolayısıyla mahkeme bu karara direnmediği ya da itirazı reddedildiği takdirde, davacının Rekabet Kuruluna başvurmaya karar verecek ve Kurulun kararını bekleyecektir.

Böylece Kurul mahkeme kararını, mahkemede Kurul kararını beklemek zorunda kalacaktır. Yukarıdaki şekilde işleyecek süreç, hem rekabet ihlallerine müdahale edilmesini hem de adaletin gerçekleşmesini önemli ölçüde geciktirecektir.

Önce Rekabet Kuruluna başvurulup sonra mahkemeye dava açıldığı takdirde de sonuç değişmeyecektir. Mesele artık yargılama konusu olduğu için Kurul

soruşturmasına son verecek ya da soruşturmasını tamamlasa dahi nihai bir karar veremeyecektir. Yukarıda süreç bu ihtimalde de aynen yaşanacaktır.

2. Mahkeme Açısından Kurul Kararının Zorunlu Bekletici Sorun Yapılması

Teknik olarak bekletici sorun, bir mahkemenin davadaki asıl sorun hakkında karar verebilmesi için başka bir organ tarafından çözümlenmesi gereken ön sorunlardır. Kanun tarafından öngörüldüğü hâllerde, hukuk mahkemesinin bir meseleyi bekletici sorun yapması zorunludur. Zorunlu olarak bekletici sorun yapılması gereken hâllere AY. m.152/1 örnek verilebilir. Bu maddeye göre, *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde karamamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır"*³⁶. Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde ise hâkim meseleyi dilerse bekletici sorun yapar dilerse kendi inceleyerek karara bağlar. Nitekim mahkemenin bu yolla Kurul kararını bekletici sorun yapması mümkündür.

Yargıtayın kararı ve doktrindeki görüşler çerçevesinde ilk değerlendirilmesi gereken, Kurul kararının beklenmesinin zorunlu olup olmadığı; diğer bir deyişle burada kanundan kaynaklanan zorunlu bir bekletici sorunun bulunup bulunmadığıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre³⁷, RKK'da bu yönde açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle mahkemelerin Kurul kararını bekletici sorun yapması gerekmemektedir.

RKK'nın getirdiği sisteme göre, Kanunun ikinci kısmında yer alan danışıklı ilişkiler, muafiyet hükümleri, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar, menfi tespit kararı verme ve para cezasına hükmetme gibi rekabet hukuku ile ilgili konularda karar verme yetkisi Rekabet Kurulundadır (m.27). 4054 sayılı Kanunun beşinci kısmında ise, rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları ayrıca düzenlenmiştir. Burada teşebbüslerin Rekabet Kanununa aykırı olan işlem ve kararlarından doğan hukukî sonuçlar, tarafların iade borcu, tazminat talepleri, zararın tespiti ve ispat yüküne ilişkin kurallar getirilmiştir.

36 Başka örnekler için bak. Pekcantez/Atalay/Özekes, 340.

37 Aksi görüş ve bunun eleştirisi için bak. Gürzumar, 42.

RKK m.56-59'ta yer alan kuralların adli yargıya; mahkemelere hitap ettiği konusunda tereddüt yoktur. Gerçekten de Kurul, ne tarafların iade borcunun içerik ve niteliğini belirleyebilir ne de tazminatın varlığı ve miktarına hükmedilebilir.

Diğer yandan Kanunun genel gerekçesine göre; *"Ticari yaşamda faaliyet gösterenlerin her türü hakkının teminat altına alınması, ancak bağımsız faaliyet gösteren ve karar alabilme yeteneğine ve yetkisine sahip organların yardımıyla gerçekleştirilebilir. Ülkemizde serbest rekabetin gelişmesi ve bunun devamı bu özelliklere sahip Rekabet Kurumu tarafından gerçekleştirilecek, serbest ticaret ve girişim özgürlüğü bu şekilde teminat altına alınacaktır"*. Nitekim Kurulun görevleri yalnızca belirli somut bir olayı mevcut düzenlemeye göre bir şekilde çözüme bağlamak değil, bu çözümü rekabetin korunmasına ve gelişmesine yönelik bir bakış açısıyla bulmaktır. Rekabet Kurumu, serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde piyasaların teşekkülü ve gelişmesi için vardır (RKK m.20). Kanunun verdiği görevleri uyguladığı gibi, Kanunun uygulanmasını da gözetir (RKK.20). Rekabet Kurulu da, Kanun da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; gerekli hukuki tedbirleri almak, para cezasına hükmetmek, muafiyet ve menfi tespitle ilgili sorunları karara bağlamak vb. ile görevli ve yetkilidir (RKK m.27).

Tüm bu söylenenlere bakıldığında, Kanunun amacı, sistematigi ve ruhunun rekabetin korunması için Kurulu yetkilendirdiği ve görevlendirdiği sonucuna varılabilir. Kurulun bu görevi etkin şekilde yerine getirmesi için de Kanunun beşinci kısmı dışında tam bir sorumluluk ve yetkiye sahip olması gereklidir. Zira mahkemeler, RKK'nın mantığına hâkim olsalar bile, Kurulun yerine geçerek kural koyamayacakları için, yine de Kanun açısından istenmeyen bir durum doğacaktır. Gerçekten de Kurul, rekabet kurallarını sadece yürütücü değil, aynı zamanda geliştirici bir role sahiptir. Kanun koyucunun RKK'yı düzenlerken bir çok sahada özel hukuk ve kamu hukukunun yerleşik kavramlarından ayrılarak yeni bir hukuk disiplini getirdiği açıktır. Bu disiplini yürütmesi için de, ona kolayca adapte olabilecek; hatta varlık sebebi buna dayanan, klâsik hukuki kurumlardan ve yapılanmalardan ayrılan, kendine özgü yapısı ve yürütme, yargı ve hatta yasama benzeri yetkileri olan bir kurum oluşturulmuştur. Bu kurum, kuralların içini âdeta Anglo-Amerikan hukuku hâkimi gibi doldurmakla kalmayıp, yeni kurallar da koyabilmektedir. Öte yandan bunları yaparken AB mevzuat ve uygulamasını da göz ardı etmeden hareket etmesi gerekmektedir. Mahkemelerden RKK ile ilgili kararlarında bu geniş perspektifi yakalamalarını beklemek abartılı olur.

Bununla birlikte RKK, özellikle lâfzı (ve yine kanun koyucunun iradesi) açısından yorumlandığında yukarıdakilerle çelişen sonuçlara ulaşılabilir. Gerçekten de Kanun'da mahkemelerle Kurulun görev alanını düzenleyen ve birbirinden ayıran açık bir hüküm yoktur. Öte yandan Gürzumar'ın da ifade ettiği gibi, "RKK. m.59/1 hükümünün lâfzı"³⁸, rekabete aykırı bir uyumlu eylemden zarar gördüğü iddiasıyla, uyumlu eylem tarafı olan teşebbüslere m.57 ve m.58 hükümleri gereğince hukuk mahkemesinde tazminat davası açan bir kişinin davalıların eyleminin rekabeti sınırlayıcı (böylece de hukuka aykırı) olduğu şeklindeki iddiasının, bu mahkeme önünde kanıtlanacağı ve sözkonusu iddianın varit olup olmadığı bu mahkeme tarafından karara bağlanacağı kanun koyucu tarafından benimsendiği görüşünü güçlendirici bir ifadeye sahiptir".

Kanaatimize göre, mahkemeler, rekabet kurallarının uygulanmasında birinci plânda etkileyici, belirleyici ve Kurulun önünü kesici bir rol oynamamalıdır. Bu nedenle gerek doktrin ve uygulamadaki tartışmalara çözüm olacak gerekse RKK'yi kendi içinde daha tutarlı kılacak şekilde Kanun'a, adli mahkemelerce Kurul kararlarının bekletici sorun yapılmasına ilişkin bir hüküm eklenmelidir. Bunun için Aslan'ın önermiş olduğu hüküm örnek alınabilir. Böylelikle mahkemelerin Kurul kararlarına uygun şekilde uyuşmazlığı çözmesi yolu açılacak ve Kurul kararlarının takdirî delil olarak görülmesine neden olabilecek gerekçeler de ortadan kaldırılmış olacaktır.

Bu çözümün bazı muhtemel sakıncalarını burada ifade etmek gerekir. İlk olarak, mahkemelerin rekabet hukuku ile ilgili tüm uyuşmazlıkları bekletici sorun yapmaları, bunların Kurul tarafından incelenmesini gerektirecek ve Kurulun iş yükünü artıracaktır.

Diğer bir sakınca ise, mahkemelerin önüne gelen, rekabetle ya da piyasalarla ilgili hemen her davada RKK'ya aykırılık iddiasında bulunulması suretiyle davalıların uzatılmasıdır. Bunun için bekletici sorunla ilgili önerilen hükümde, AY. mad. 152/1'e benzer şekilde; mahkemenin, (kendiliğinden ya da) taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, bekletici sorun yoluna başvurmasının vurgulanması uygun olacaktır.

38 "Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer."

Bu çözümün üçüncü önemli sakıncası ise, Kurulun "de minimis" kuralı³⁹ gereğince normalde zaman ayırmasına gerek olmayan rekabet sınırlamalarını da incelemek zorunda kalabileceğidir⁴⁰. Çünkü bunlara Kurul tarafından müdahale edilmemesi, bir başka deyişle müdahale edilmesini gerektirmeyecek derecede önemsiz sınırlamalar olmaları, kişilerin bunlardan zarar görmeyeceği anlamına gelmez. Gerçekten de, de minimis kuralının kapsamına giren bir sınırlamadan zarar görenlerin de RKK. 57 vd.ına göre bu zararlarını tazmin ettirebilmeleri gerekir. Hâl böyle olunca rekabet üzerinde hissedilir derecede etkisi olmayan bu gibi sınırlamalardan zarar görenlerin dahi mahkemeye intikal eden uyuşmazlıklarının bekletici sorun olarak Kurula yansması tehlikesi doğacaktır. Bu sorunun giderilmesi için, önerilen düzenlemeye, ikinci bir fıkra olarak, Kurulun, önemine binaen soruşturma açılmasına gerek görmediği ve fakat rekabetin sınırlandırılması olarak değerlendirilebilecek durumların, mahkemece bilirkişilere sevk edilmesini isteyebilmesine imkân veren bir hüküm eklenmesi uygun olacaktır.

Bu özellikleri taşıyan bir hüküm RKK'ya ekleninceye kadar, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin yukarıdaki içtihadı doğrultusunda sorun çözümlenerek; mahkemelerin Kurul kararını zorunlu olarak bekletici sorun yapmaları (hukuken tartışılır olsa da) kanaatimizce isabetli olacaktır.

3. Kurul ve Mahkeme Kararlarının Birbiri Üzerindeki Etkisi

Yukarıda görüldüğü gibi, mahkemeyi bağlayıcı olacak şekilde Kurul kararının bekletici sorun yapılması rekabetin korunması açısından en ideal çözüm olarak görünmektedir. Mahkemelerle Kurul arasındaki ilişki açısından diğer bir önemli sorun, Kurul ve mahkeme kararlarının birbiri üzerindeki etkisidir.

39 Bak. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis) OJ 2001 C 368/13; Rodger/MacCulloch, 144; Lane, 71 vd; Power, 322 vd; Aslan, Türk hukuku, 99 vd; Arı, 133 vd.

40 AB rekabet hukukunda uygulanan de minimis kuralının, Türk hukukunda da -aslında açık bir kanunî dayanağı bulunmamasına rağmen- uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bak. Sanlı, 103; Aslan, Türk hukuku, 100. ".....olayın Salihli gibi 4054 sayılı Kanun'un uygulaması bakımından oldukça küçük bir bölgede gerçekleşmiş olması, dolayısıyla ilgili hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmadığı hususu da dikkate alınarak.....soruşturma açılmasına gerek olmadığına....." EMO, RK kararı, K. Sa.:53/384-44, K.T.:19.02.1998.

a. Kesinleşmiş Kurul Kararlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi

Mevcut düzenleme açısından doktrinde, Kurul kararlarının HUMK'da sınırlayıcı olarak sayılan kesin delillerden olmadığı ifade edilmektedir⁴¹. Böylece olunca mahkeme nezdindeki yargılamada Kurul kararı ancak takdirî delil olarak kullanılabilir. Hâlbuki bu sonuç, mahkemenin Kurul kararına rağmen rekabetin ihlâl edilmediğine karar verebilmesi anlamına gelirse⁴² önemli sakıncalara yol açacaktır. Kuşkusuz bu durum en başta adalet düşüncesini zedeleyecektir. Bu nedenle, herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak şekilde, RKK'ya, Kurulun kesinleşmiş kararlarının mahkemeleri bağlayıcı olduğuna dair bir hüküm eklenmesi uygun olacaktır.

Bu yolla, rekabetin özel hukuk hükümlerine göre korunması açısından da önemli mesafeler alınabileceğini düşünüyoruz. Zira Kurul kararının mahkemeyi bağlaması, tazminat davalarının sayısında da önemli artışlara neden olabilir. Bunun nedeni, dava açmanın Kurula başvuruya göre taşıdığı dezavantajlardır. Hiç kuşkusuz dava açma, beraberinde kaybetme riskini de getirmektedir. Öte yandan yargılama giderleri, avukatlık ücreti, davaya zaman ayırma gibi olumsuzluklar da buna eklenince, mahkeme nezdinde rekabetin sınırlandığını ileri sürmenin cazibesi azalmaktadır. Hâlbuki Kurula şikâyette bulunulması hâlinde tüm bu sakıncalar ortadan kalkmaktadır. Böylece –bir tahmin olarak- ülkemizde zaman içinde, teşebbüslerin faaliyetlerinden zarar görenlerin önce Kurula şikâyette bulunması ve Kurulun kararına göre dava açma riski ve sıkıntısını üstlenmeleri yolu benimsenecek görülmektedir. Böyle olunca, Kurulun rekabetin sınırlandığına dair kararına dayanarak (kaybetme riski taşımaksızın) tazminat davaları açılabilecektir. Bu da

41 Bak. İnan, Adli mahkemelerin rolü, 598; Gürzumar, 46.

42 "Buna karşın, herhangi bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı ön sorunuyla doğrudan ilgili bir konunun incelendiği bir davada, rekabet ihlalleri konusunda uzman tek resmi merci olan Rekabet Kurulu'nun uzmanlığından yararlanılmaksızın verilen bir adli mahkeme kararının, bu yüzden (HUMK m.428/5'de yer alan -ve Yargıtay tarafından da -istinaf mahkemelerinin yokluğu nedeniyle- geniş bir yorumu tabi tutularak delillerin takdirine de uygulanan temyiz sebebi anlamında) 'meselei maddîyenin takdirinde hata edilmiş olması' (maddî vakaların yanlış değerlendirilmiş olması) riskine daha açık bir karar oluşturabileceği söylenebilir." Gürzumar, 46.

tazminat davalarından rekabetin korunması noktasında beklenen faydalar açısından arzu edilir bir durumdur⁴³.

b. Kesinleşmiş Mahkeme Kararlarının Kurul Kararlarına Etkisi

Yargıtayın 1999 tarihli içtihadı doğrultusunda bugün için Kurul kararı zorunlu bekletici sorun olarak kabul edilirse, mahkeme ve Kurul kararları arasında çelişki olmayacaktır. Zira mahkeme Kurulun kararına göre hareket edecektir. Bu görüşe göre karşılaşılabilecek en önemli sorun, bir mahkeme kararı verilmiş ama bu karar temyiz edilmeden kesinleşmişse doğacaktır. Zira bu takdirde mahkemenin RKK'ya ilişkin kararı Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşecektir ve AY. m. 138/IV gereği Kurulu bağlayacaktır⁴⁴.

43 Yukarıda, Kurul kararının bekletici sorun yapılmasının davaların uzamasına neden olacağı görüşüne değinilmişti. Bununla birlikte görüldüğü gibi, mahkemeye başvurmadan önce şikâyet yoluyla Kurul kararını beklemenin önemli avantajları vardır. Bu nedenle, zaman içinde uygulamada zaten bu yönde bir gelişme olacağı ve ilgililerin dava açmadan önce, hiçbir riske girmeden Kurula başvurarak onun rekabetin sınırlandırılmasına karar vermesini bekleyeceği (yani bu bekleme süresini göze alacağı) ileri sürülebilir.

44 Nitekim Kurulun Fruko-Tamek bayilik sözleşmesi kararı bu açıdan kayda değerdir. Olayda, Fruko-Tamek'in ürettiği bazı meşrubatların Kadirli münhasır dağıtıcısı (Başbayii), söz konusu ürünlerin kendisinden değil de Adana'da bulunan çeşitli bayilerden satın alındığı ve bu yolla haksız kazanç elde edildiği gerekçesiyle mahkemeye başvurmuş ve mahkeme de (Asliye hukuk Mahkemesi) yetkili bayii dışındaki yerlerden alınan içeceklerin satışlarının durdurulması için ihtiyatî tedbir kararı vermişti. Kurul olayda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un caiz görmediği bir rekabetin sınırlanması (paralel ticaretin engellenmesi) bulunduğunu; ancak bu sınırlamanın mahkemenin tedbir kararı ile gerçekleştiğini ifade etti. Bu yüzden de "... her ne kadar 4054 sayılı Kanun açısından çelişkili bir durum mevcut olsa da, rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuran olayın yargı kararı doğrultusunda oluşmuş olmasından dolayı" ihtiyatî tedbir kararı üzerinde hukuka uygunluk açısından bir denetim yetkisi bulunmadığından bahisle şikâyetin reddine karar verdi. Kurul, kararına, Anayasanın 138/IV. maddesini ve RKK'nın ancak teşebbüslerin faaliyetleriyle rekabetin sınırlanması halinde uygulanacağı; ancak yargı yerlerinin ya da idarenin düzenleyici birimlerinin, teşebbüs niteliği haiz olmadan alacağı kararlar veya yapacağı işlemler dolayısıyla rekabet kısıtlanırsa, kanun hükümlerinin uygulanamayacağını gerekçe gösterdi. Bununla birlikte Kurulun bu değerlendirmesi, sadece ihtiyatî tedbir kararının hukuka aykırılığına ilişkin iddiaların Kurulun görevine girmediğini anlatmaktadır. Kurul, doğal olarak, mahkeme kararıyla doğan rekabet sınırlamalarında kendini yetkili görmemektedir. Diğer yandan söz konusu kararda Kurul, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesini de ayrıca incelemiş ve sözleşmede rekabete aykırı bir hüküm bulmamıştır. Öte yandan gerçekten de mahkemenin ihtiyatî tedbir kararına kadar olayda paralel ticaret gerçekleştiği için aslında fiilî olarak da rekabet sınırlanmış değildir. Bu yüzden Kurulun isabetli bir karar verdiği görülmektedir. Kadirli, RK kararı, K. Sa.: 00-25/258-140, K.T.: 04.07.2000.

Kurul kararını zorunlu bekletici sorun olarak görmeyen görüşlere göre ise mevcut düzenlemede mahkemeler, RKK ile ilgili sorunları Kurula gitmeden çözebilecektir. Hâliyle mahkeme kararları, zorunlu bekletici sorun gerekçesiyle bozulmayarak, Yargıtay denetimi sonrasında kesinleşmiş olacak ve Kurulu bağlayacaktır.

Her iki durumda da kesinleşmiş mahkeme kararlarının Kurul üzerindeki etkisi incelenmeye değerdir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, bir görüşe göre, bu durumda mahkeme kararı Kurulu bağlamaktadır⁴⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, mahkemenin kararına rağmen, tarafları ve konusu aynı olmadığı için, aynı rekabet vakası Kurul tarafından incelenebilir ve Kurul kararının temyizi ile Danıştayda görülebilir⁴⁶.

Hâlbuki Yılmaz'ın da ifade ettiği gibi, taraf çıkarlarını ön plânda tutan mahkemelerle kamusal çıkarları ön plânda tutan Kurul arasındaki ilişki BK. m. 53'ün kıyasen uygulanması ile çözümlenebilir⁴⁷.

BK. m.53, asıl itibarıyla, hukuk hâkiminin ceza hukuku kurallarıyla bağlı olmadığını düzenlemektedir⁴⁸. BK. m.53'ün Kurul ile mahkeme arasındaki ilişkilere kıyasen uygulanması, bu hükmün esasen hukuk ve ceza mahkemeleri arasındaki ilişkiyi düzenliyor olması ve Kurulun mahkeme olmaması nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁹.

Öncelikle Rekabet Kurulunu, yargılama faaliyeti açısından "mahkeme yerine organ" olarak görmek yanlış olmaz⁵⁰. Öte yandan BK. m.53 olmasaydı dahi hukuk ve ceza yargılamasının kendine özgü özelliklerden bu hükmün sonuçlarına ulaşılabilirdi. Zira bu hukuk mantığının bir gereği olmaktadır. Bunun gibi, aşağıdaki

45 Aslan, Türk hukuku, 415 vd.

46 Öz, 188-189.

47 Yılmaz, 116.

48 BK m.53 hakkında bak. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 711 vd; Oğuzman/Öz, 530 vd.

49 Aslan, Türk hukuku, 412-413.

50 Buna karşın: "İdari usul, yargılama usulü yanında ondan bağımsız olarak var olduğuna ve işlediğine göre Rekabet Kurulumuzun işlemlerini mahkemelerin işlemlerine benzetmenin ve hatta Rekabet Kurulumuzu bir mahkeme olarak nitelendirmeye teşebbüsün de hukukî değeri olmayacaktır. Bugün genel olarak kabul gören anlayışa göre Rekabet Kurulu bir 'bağımsız idari otorite'dir." Yılmaz, 87.

durumlarda, BK. m.53'ten kıyasen yararlanılmasa dahi hukuk mantığının bir gereği olarak varılan sonuçların değişmeyeceğini kabul etmek gerekir.

Mahkemelerin önüne rekabet hukuku ile ilgili sorunlar, RKK'ya aykırılıktan dolayı açılan tazminat davaları ya da herhangi bir davada RKK'ya aykırılığın da ileriye sürülmesi sonucu gelebilir. Her iki durumda da çözüm değişmeyecektir. Ancak aşağıda konumuz özellikle rekabet hukuku ile ilgili olduğu için RKK. m.56 vd.ına göre açılacak tazminat ve iade talebi içeren davalar açısından verilen kararların Kurul üzerindeki etkisi ele alınacaktır.

Bu açıdan mahkemenin kararını değişik ihtimallere göre incelemek gerekir.

aa. Mahkemenin tazminat talebini kabul kararı

Şayet mahkeme rekabete aykırı bir eylem ya da anlaşmanın varlığını tespit ederse, Rekabet Kurulunun bu vakıyı gerçekleştirmemiş kabul etmesi düşünülemez.

Şayet mahkemenin kararı davacıya tazminat ödenmesi (ya da iade borcu kapsamını belirleyici yönde) ise, bu tür bir karar, öncelikle rekabete aykırı bir anlaşma ya da eylemin ispatlanmış olduğu anlamına geleceği için, Kurulu bağlayıcıdır. Kurulun bu durumda ayrıca bir ihlâl soruşturması yapmaksızın, mahkeme kararına dayanarak para cezasına hükmetmesi mümkündür. Kuşkusuz ilgililer Danıştayda da artık Kurulun mahkeme kararına dayanarak ihlâlin varlığını kabul etmesinden dolayı iptal davası açamayacaklardır. Zira mahkeme kararı Kurulu olduğu kadar bir kesin hüküm olarak Danıştayı da bağlayacaktır. Ancak bunun dışındaki konular için (örneğin para cezasının takdiri) Danıştaya başvurulabilir.

bb. Mahkemenin tazminat talebini ret kararı

Mahkemenin, ihlâlin varlığına rağmen herhangi bir zararın doğmadığından tazminat talebini reddettiği durumlarda rekabete aykırılık tespit edildiği için bu karar Kurulu da bağlar.

Ancak rekabete aykırılığın ispatlanamamasından dolayı tazminatın reddi kararı Kurulu bağlamaz. Zira hukuk mahkemelerinde, kural olarak, taraflarca getirilme ilkesi vardır. Hâkim davacının sunmuş olduğu delillerden ihlâlin varlığına

kanaat getirmemiş olabilir. Böyle bir durumda davacının iddiasını ispatlamadaki yetenezsizliği ya da yetersizliği Kurulun müdahale imkânını engellememelidir.

Öte yandan mahkeme resen araştırma yapamaz. RKK'da teşebbüslerle etkin mücadele için getirilen önlemlerden yararlanamaz. Taraflardan; özellikle davada rekabeti ihlâl ettiği ileri sürülen davalı teşebbüslerden belge sunmalarını isteyemez. Teşebbüslerin iş yerinde inceleme yapamaz. Mahkeme m.56-59 açısından Kurul gibi yetkilerle donatılmamıştır. Dolayısıyla mahkemenin ihlâl araştırmasında Kurula göre daha dar imkânlar vardır. Bu sınırlı imkânlar çerçevesinde mahkemede ihlâlin varlığına ilişkin yeterli kanaat oluşmayabilir. Doğal olarak bu durumda tazminat talepleri hukuka aykırı bir durumun bulunmaması nedeniyle reddedilecektir. Hâlbuki Kurul geniş yetkilerle donatılmıştır ve bu iş için vardır. Pekâlâ Rekabet Kuruluna münhasır delil elde etme imkânlarından yararlanarak ve bunları kullanarak, aynı olayda rekabetin ihlâl edildiğine karar verebilir.

Somut olayın özelliğinden dolayı bu geniş yetkilerin yargılamaya ek bir katkı getiremeyeceği durumlarda, Kurulun mahkeme kararından ayrılan bir karar vermesi ise kararın Danıştay tarafından iptal edilmesini gerektirir. Örneğin, yukarıda Danıştaya intikal eden olayda olduğu gibi, belirli bir sözleşme hükmünün RKK'ya aykırı olmadığı yönünde verilen mahkeme kararı Kurulu bağlar. Bu durumda Kurulun tekrar inceleme yaparak sözleşme hükmünü rekabete aykırı bulması düşünülemez.

§ 9. UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI

I. GENEL OLARAK

Bir maddî hukuk kuralının hukukî sonuçlarını doğurması, bu hukuk kuralının esaslı unsurlarının somut olayda gerçekleşmesine bağlıdır ki usul hukukunda bu unsurların varlığını gösteren vakıalar (olaylar) koşul vakıalar olarak adlandırılırlar⁵¹. Dolayısıyla bir hukuk kuralının bir olaya uygulanması için varlığı aranan tüm şartlar gerçekleşmişse, ancak o hukuk kuralının öngördüğü hukukî sonuçlar doğar⁵².

51 Bak. Pekcanitez/Atalay/Özkes, 354 vd.; Atalay, Menfi vakıaların ispatı, 5. Bunlara unsur vakıaları (Umar/Yılmaz, s.1.) ya da maddî vakıalar da denilmektedir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.422; Kuru, 1967).

52 Umar/Yılmaz, 5.

Davada belirli bir maddî hukuk kuralının uygulanması ve dolayısıyla buna bağlı hukukî sonuçların doğmasını isteyen kişi, öncelikle bu kuralın koşul vakıalarının gerçekleştiğine hâkimî inandırmalıdır. İşte teknik anlamda ispat da, taraflarca iddia edilen talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olarak, iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan ikna (inandırma) faaliyetidir⁵³.

İspatın amacı, hâkimde iddia doğrultusunda karar vermesi için yeterince kanaat uyandırabilmektir. İspatın gerçekleşmiş sayılması için bazen hâkimde tam bir vicdanî kanaatin oluşması aranır⁵⁴. Bazen de hâkimin iddianın doğruluğu yönünde ağır basan kanaati yeterlidir. Bunlardan ilki tam ispat, ikincisi ise yaklaşık ispat olarak adlandırılır ve ispat ölçüsü kavramı altında toplanırlar⁵⁵. Bir davada bunlardan hangisinin söz konusu olduğu, hakkında ispat faaliyetinin yürütüldüğü, yani hukukî sonuçlarını doğurması istenen hukuk kuralına göre belirlenir⁵⁶. Hukukumuzda kural olarak, tam ispat ölçüsü kabul edilmiştir. Yaklaşık ispatın yeterli olabilmesi için ilgili hukuk kuralının dayandığı kanun hükmünde bunun açıkça ifade edilmiş olması gerekir. Örneğin, HUMK'un hâkimin reddine ilişkin 34. maddesine göre, ret nedeni sabit olmasa bile merci bunu muhtemel görürse ret isteğini kabul edebilir. Yine,

53 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 292-293; Umar/Yılmaz, 1-2.; "... dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir." Kuru, 1966; Kuru/Aslan/Yılmaz, 423. "İspat, bir olayın ya da olgunun varlığı veya yokluğu konusunda yargıcın kanaat sahibi olmasına yönelik bir faaliyetir; ispat bir ikna ameliyesidir." Edis, S.; Medenî hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. basım, Ankara 1997, s.361; "...vakıaların vuku bulduğu veya vuku bulmadığı hususunda hâkimde bir kanaat oluşturulması faaliyetine ispat denir." Alangoya, H.Y.: Medenî Usul hukuku Esasları, 3. bası, İstanbul 2003, s.320; "hukukî bir terim olarak ispat .., bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hakimce re'sen gözetilecek olan, talebin konusu ile ilgili olarak uygulanacak bir hukuk normunun koşul vakıalarını karşulamaya elverişli olan somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hakimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma (ikna) faaliyetidir." Atalay, Menfi vakıaların ispatı, 5.

54 Bununla birlikte tam vicdanî kanaatin varlığından söz edildiğinde matematiksel anlamda yüz de yüz bir kesinlik kastedilmemektedir. Burada önemli olan iddia edilen vakıanın gerçek olduğu konusunda hâkimde kesinlik sınırında bir kanaat oluşması, yani aksi yönde makul hiçbir şüphenin bulunmaması hâlidir. Pekcanitez/Atalay/Özekes, 383; Atalay, O.: Emare İspatı, Manisa Barosu Der., 70/1999, s. 7-22.

55 Kavram hakkında geniş bilgi için bak. Yıldırım, M.K.: Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 39-74.

56 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 382-383; Alangoya, 323; Atalay, Menfi vakıaların ispatı, 37.

"Mahkeme haricindeki ikrarı tespit edecek delail ve emare mevcut ise hakim buna binaen hüküm verebilir" (HUMK m.236)⁵⁷.

Kanunun yaklaşık ispatı caiz gördüğü durumların ortak özelliği, bunların koşul vakıalarının ispatının güç ya da imkânsız olmasıdır. Bu yüzden bu gibi durumlarda koşul vakıaların varlığı kanaatini uyandıracak bazı emare ya da belirtilerden yararlanmak suretiyle hâkim nezdinde vakıayı ihtimal derecesinde gösterme ya da kısmen doğrulama yeterli görülmüştür⁵⁸.

Doktrinde emarelere dayalı olarak yapılan ispat, emare ispatı ya da dolaylı ispat olarak adlandırılmaktadır⁵⁹. Doğrudan ispat, doğrudan doğruya koşul vakıalara yönelen ispat faaliyeti iken, dolaylı ispat ya da emare ispatı, koşul vakıalar yerine bunlara komşu vakıaların ispatlanması yoluyla hâkimde koşul vakıaların varlığına dair kanaat uyandırma faaliyetidir. Bir başka tanıma göre ise, emare ispatı, uygulanacak normdaki koşul vakıaya yabancı çevre vakıaların ispatlanması yoluyla, hayat tecrübesi kurallarına dayanılarak, hukukî sonuç bakımından önem arz eden vakıanın ispatlanmasına ilişkin faaliyettir⁶⁰. Dolayısıyla emare de, tecrübe kuralları aracılığıyla, kendilerinden uyumsuzluğa uygulanacak hukuk normunun koşul vakıası hakkında sonuç çıkarılabilen komşu vakıalardır⁶¹.

Emare ispatında tecrübe kurallarına göre koşul vakıanın varlığı kanaatini uyandıracak emare vakıaları ortaya konur ve bunlardan emare sonucuna ulaşılmak istenir. Hâkim tarafından, ileri sürülen tüm emareler hayat tecrübelerine göre birbirini destekler ve tutarlı bulunursa emare sonucuna ulaşılmış olur. Eğer hâkim emare sonucunun koşul vakıanın gerçekleştiğini gösterdiğine kanaat getirirse bu durumda dava için önemli olan koşul vakıa ispatlanmış olur⁶². Yani hukuk kuralının koşul vakıaları a ve b, hukukî sonuç da c ise; d,e ve f emare vakıalarının ispatından doğan g sonucu, a ve b'nin gerçekleştiğine kanaat getirmeye imkân verdiği takdirde artık c hukukî sonucunun doğduğu kabul edilir.

57 Ayrıntılı bilgi ve daha fazla örnek için bak. Konuralp, H.: İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, 34 vd.

58 Konuralp, 29; Taşpınar, S.: Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağıtılmasındaki Rolü, AÜHFİD, 1-4/1996, s.534-573; özellikle 540-541.

59 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 385; Alangoya, 322; Yıldırım, 120; Atalay, Emare ispatı, 9.

60 Atalay, Emare ispatı, 9.

61 Üstündağ, S.: Medenî Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. baskı, İstanbul 2000, s. 621; Atalay, Emare ispatı, 8-9; kar. Konuralp, 29.

62 Bak. Atalay, Emare ispatı, 10; Yıldırım, 120 vd.

Emare ispatı ilk görünüş ispatı ve basit emare ispatı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Alman hukukunda geliştirilmiş bir kavram olan İlk görünüş ispatı⁶³, aksini kabul etmek için özel sebepler bulunmadığı sürece, doğruluğu konusunda hayat tecrübelerine göre genel bir kanaat bulunan komşu vakıaların ispatlanması üzerine, bunlardan koşul vakıaların tamamının gerçekleşmiş olduğu sonucunu çıkarmaya imkân verir⁶⁴. İlk görünüş ispatının konusu emareler, tam kanaati tek başına sağlayabilecek güçteki hayat tecrübesi kurallarıdır⁶⁵ ve bunlarda emare vakıa ile koşul vakıa arasında oldukça sıkı bir sebep sonuç ilişkisi ilk bakışta kurulabilmektedir⁶⁶. Bu yüzden ilk görünüş ispatına kuvvetli emare ispatı da denilmektedir⁶⁷. Aslında Alman hukukunda geliştirilen bir kavram olan ilk görünüş ispatı ile fiilî karine kavramı arasında temelde bir fark yoktur⁶⁸. Fiilî karinelere de hâkim, tecrübe kurallarından yola çıkarak varlığı bilinen bir vakıadan varlığı tartışmalı olan bir vakıa hakkında sonuç çıkarmaktadır⁶⁹. Örneğin evli kadının bekâr erkeklerle gezmesi, kan koca arasında şiddetli geçimsizlik olduğuna karine olarak gösterilebilir⁷⁰. Nitekim evli kadının bekâr erkeklerle gezmesi, aynı zamanda, hayat tecrübelerine göre şiddetli geçimsizliğin varlığı kanaatinin uyanmasına ilk bakışta imkân veren bir emare vakıasıdır. Bu nedenle fiilî karinelere temel teşkil eden vakıalar ilk görünüş ispatının konusunu oluşturabilirler.

Tüm bu nedenlerle, zayıf tecrübe kurallarına dayanan basit emare ispatının aksine, ilk görünüş ispatı hâkimde tam kanaat uyandırmaya elverişlidir ve dolaylı bir ispat türü olan ilk görünüş ispatına, yaklaşık ispatın yanı sıra, tam ispatın arandığı durumlarda da başvurulabilir⁷¹.

Emare ispatına sadece ispat güçlüğü ya da imkânsızlığı olan durumlarda değil, doğrudan ispatın emare ispatına göre daha zor olduğu durumlarda da

63 Ayrıntılı bilgi için bak. Yıldırım, 124-138; Keser, L: İlk Görünüş ispatı, Prof.Dr. Mahmut Tefik Birsnel'e Armağan, s.221 vd.

64 Atalay, Emare ispatı, 11-12,

65 Üstündağ, 622; Atalay, Emare ispatı, 11.

66 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 386.

67 Atalay, Emare ispatı, 14; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 386.

68 Atalay, Emare ispatı, 14.

69 Kuru, 2006; Kuru/Arslan/Yılmaz, 429-430; Umar/Yılmaz, 165-166; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 368; Atalay, Emare ispatı, 14; Taşpınar, 536.

70 Kuru, 2006; Kuru/Arslan/Yılmaz, 429-430.

71 Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bak. Yıldırım, 124 vd; Atalay, Emare ispatı, 11 vd.

başvurulabilir. İspat imkânsızlığı emare ispatı için bir ön koşul değildir⁷². Hatta taraflar iddialarını ispatlamak için koşul vakıalarla emare vakıalarını birlikte ileri sürebilirler⁷³.

İspat, ispat araçları kullanılarak yapılır. Usul hukukunda ispat araçları ile deliller kastedilir. Deliller kesin ve takdirî olmak üzere ikiye ayrılırlar. Taraflarca hazırlama ilkesinin esas olduğu hukuk davalarında hâkim kesin delillerle bağlıdır. Yani bu delillerin varlığı hâlinde iddianın ispatlanmış olduğu yönünde hâkimde yeterli kanaatin olduğu kabul edilir. Takdirî deliller ise ancak hâkimin serbest değerlendirmesine göre bu kanaate ulaşılması sonucunu doğurabilir. Ceza yargılamasında ise kural, delillerin serbestçe değerlendirilmesidir.

Emareler ispat aracı değil, ispat konusu oldukları için bunların kesin ya da takdirî delil oldukları söylenemez⁷⁴. Koşul vakıalar gibi emare vakıaları da kesin ya da takdirî delillerle ispatlanabilir.

İspat ile ilgili önemli kavramlardan birisi de ispat yüküdür. İspat yükü, belli somut bir vakıanın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani belirsiz kalması yüzünden hâkimin aleyhte bir karar ile karşılaşma tehlikesidir⁷⁵. *“..ispat yüküne ilişkin kurallar, bir somut vakıa iddiasının ispatsız veya belirsiz kalması durumunda, yani hakimin iddia edilen vakıanın varlığı ya da yokluğu konusunda kanaat edinemediği durumda hangi taraf aleyhine karar verileceği sorusuna cevap vererek, belirsizlik halinin aşılmasına hizmet eden ve dolayısıyla maddî meseledeki belirsizliğe rağmen hukukî mesele hakkında hakime bir yönde karar verme yükümlülüğü yükleyen maddî hukuka ilişkin kurallardır”*⁷⁶. İspat yüküne ilişkin genel kural MK. m.6'da yer alır. Buna göre, *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlamakla yükümlüdür”*.

72 Atalay, Emare ispatı, 11; kar. Taşpınar, 540-541, Konuralp, 29.

73 Yıldırım, 123.

74 Kar. Konuralp, 29. Konuralp'a göre, emareler, bir iddianın doğrulanması konusunda kanaat edinmeye elverişli olan ve fakat temsili niteliği itibarıyla iddia edilen vakıayı ancak ihtimal derecesinde veya kısmen doğrulayabilen ispat araçlarıdır. Ancak doktrinde baskın görüşe göre emareler ispat aracı yani delil değil, vakıalardır ve bu nedenle ispat konusu olabilirler. Yıldırım, 121 ve dn. 72'de anılan yazarlar; Pekcantez/Atalay/Özekes, 319; Atalay, Emare İspatı, 11.

75 İspat yükü hakkında bak. Umar/Yılmaz, 1 vd; Kuru, 1972 vd; Pekcantez/Atalay/Özekes, 369 vd; Kuru/Arslan/ Yılmaz, 425 vd; Alangoya, 329 vd.

76 Pekcantez/Atalay/Özekes, 370-371; Atalay, Menfi vakıaların ispatı, 9.

Taraflardan birinin, dayandığı somut vakıa iddiasının doğruluğuna dair hâkimde yeterince kanaat uyandıramamış olması, o somut vakıanın yokluğu anlamına gelmez. Sadece vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği belirsiz kalır⁷⁷. Bununla birlikte meseleyi çözmek zorunda olan hâkim, vakıanın belirsiz kalmasından dolayı ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine karar verir. Bu nedenle ispat yüküne dayanan karar aslında somut vakıanın (örneğin, rekabet ihlâlinin) gerçekleşmiş olup olmadığına ilişkin bir karar değildir⁷⁸. Unutmamak gerekir ki vakıanın varlığı kadar yokluğu hakkında da hâkimde yeterli kanaat uyanırsa artık ispat yükü sorunu söz konusu olmaz⁷⁹. Örneğin, rekabetin sınırlanmadığı davalı tarafından (karşı ya da aksini ispat faaliyeti ile) ispatlanmışsa ve bu nedenle tazminat talebi reddedilmişse, artık mahkeme kararının ispat yüküne dayandığından söz edilemez.

Medenî usul hukukunda kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla hâkim koşul vakıaları karşılayan somut vakıaların varlığını kendiliğinden araştıramaz, tarafların getirdiği vakıalara göre talep sonucunu inceleyerek karar verir. Aynı zamanda iddia edilen vakıaların ispatı için bizzat delil ikame edemez, taraflarca hazırlama ilkesine göre delillerin ikamesi (gösterilmesi) taraflara aittir. Ancak hâkim, taraflara belli bir delili hatırlatmamak kaydıyla, olayın aydınlanması için (yeni ya da daha fazla) delil ikamesini isteyebilir⁸⁰. Ceza muhakemesinde ise kendiliğinden (resen) araştırma ilkesi geçerlidir⁸¹. İstisnâî durumlarda medenî usul hukukunda da kendiliğinden araştırma ilkesi kabul edilmiştir. Ancak medenî yargılamada bu ilkenin uygulanabilmesi için kanunda açık bir hüküm bulunması gerekir⁸².

77 Umar/Yılmaz, 2-3.

78 Ancak bu durum mahkeme kararının esasa ilişkin bir karar olmadığı anlamına gelmez. İspat yüküne dayanan karar da kesinleşmesi halinde maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder ve bu karara karşı ancak şartları varsa yargılamamın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Atalay, Menfi vakıaların ispatı, s.10 dn.34.

79 Umar/Yılmaz, 4.

80 Bu konuda bak. Pekcanutez/Atalay/Özkes, 387 vd. ; Kuru/Arslan/Yılmaz, 407-408.

81 Bu konuda bak. Kunter, N/Yenisey, F.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri, 12. baskı, İstanbul 2002, Nr. 14 vd; Öztürk, B/Erdem, M.R/Özbek,V.Ö.: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. baskı, Ankara 2003, Nr.121 vd.; Yurtcan,E.: Ceza Yargılaması Hukuku, 9. baskı, İstanbul 2002, § 12, I.

82 Kuru/Arslan/Yılmaz, 409-410. Örneğin, MK. m.184, m.160.

II. UYUMLU EYLEMLERDE İSPATIN ÖZELİKLERİ

Unutmamak gerekir ki, ispata ilişkin kurallardan söz edildiğinde mahkemeler nezdinde yürütülen bir yargılama faaliyetinin var olduğu düşünülür. Örneğin, adli ya da idarî mahkemelerin bir uyuşmazlığı çözmesi noktasında ispat akla gelir.

Rekabet Kurulu ise bir mahkeme değildir. Aynı şey Komisyon için de geçerlidir. Ancak Komisyonda yürütülen karar süreci ispata ilişkin kavramlarla açıklanmaktadır. Bunun iki nedeninin olduğu söylenebilir.

İlki Komisyonun yürüttüğü faaliyetin ispata ilişkin ifadeler kullanılarak açıklanmasının daha kolay olmasıdır. Bu anlamda Komisyonunun ispat yükünden ya da aranan ispat ölçüsünden söz edildiğinde bunların teknik anlamda kullanıldığı söylenemez. Keza burada hâkime yönelik bir ikna faaliyeti de yoktur. Bu nedenle de ispattan söz edildiğinde günlük dildeki anlamı ön plâna çıkar. Nitekim Kurulun soruşturma faaliyeti için de, idarî bir organ olma yönü dikkate alındığında, aynı kanaate varmak gerekir. Zira bir belediye bir işyerine kapatma cezası verirken nasıl ki öncelikle hukuka aykırı durumun varlığına kanaat getiriyor, bir başka deyişle bunu tespit ediyorsa, Kurul da rekabet ihlallerinde bu şekilde hareket etmektedir. Bu yüzden teknik anlamda bir ispat söz konusu olmaz. Ancak ispata ilişkin kavramları kullanarak Kurul ya da Komisyonun ne zaman karar vermesi gerektiğini, ne zaman ikna olmuş olacağını belirlemek kolay olmaktadır.

Bu bakış açısıyla ispattan söz edildiğinde, Kurul ya da Komisyonun ihlâlin var olup olmadığına kanaat getirmesi faaliyeti; ispat ölçüsüyle de Kurul ya da Komisyonun ihlâlin varlığı için ulaşması gereken kanaat derecesi kastedilmiş olur.

İkinci olarak, rekabetin ihlâl edildiğinin ispatı, ispat yükü ve ispat ölçüsünden söz edilirken, bunlar teknik anlamları ile kullanılmaktadır. Bu yapılırken Kurul ya da Komisyon kararına karşı mahkemelere başvurulduğundan hareket edilmektedir. Bilindiği gibi, ilgililer Kurul ya da Komisyon kararının iptali için mahkemelere (İDM, ATAD ve Türk hukuku için Danıştaya⁸³) başvurabilirler. Mahkeme nezdindeki

83 Kurul kararının Danıştay nezdindeki temyizinde usul ya da esas yönünden iptal edilmesi mümkündür. Bu anlamda idarî işlem olan Kurul kararının, yetki, şekil, neden, konu ya da amaç açısından hukuka uygunluğu incelenecektir. Genel olarak idarî yargı hakkında bak. Gözübüyük, Ş.: *Yönetim Hukuku*, 11. bası, Ankara 1998, s. 314 vd; Genel olarak Kurul kararının iptalini gerektiren nedenler için bak. Aslan, *Türk hukuku*, 482.

"Uyuşmazlık konusu olayda Rekabet Kurulu'nun 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararı, birden fazla kişisel iradenin bulunmasını ve konunun müzakere edilmesini gerektiren bir kolektif

yargılama faaliyetinde de rekabet otoriteleri taraf gibi algılanarak ihlâlin varlığını ispat etmek zorundadırlar. Böylece ispat ölçüsünden söz edildiğinde kavram teknik anlamıyla kullanılmakta ve mahkemenin ihlâlin varlığına kanaat getirmesi için aradığı kanaat derecesini göstermektedir.

Keza rekabet otoriteleri için aslında ispat yükünden de söz edilemez. Çünkü gerek Komisyon gerekse Kurulun rekabet hukukundan doğan görevlerini yürütürken taraf sıfatı yoktur. Bir başka deyişle, Kurul görevini yaparken tarafsız davranmaktadır. Kurulun kendiliğinden ya da şikâyet üzerine harekete geçmiş olması bu sonucu değiştirmez. Tıpkı yukarıdaki gibi, burada da ispat yükünden söz edilirken mahkeme aşamasında hâkimin önünde vakıaların kimin tarafından ispat edileceğinden hareket edilmektedir.

Dolayısıyla ispata ilişkin kavramların kullanılmasının nedenlerinden olan bu ikinci şıkta, rekabet otoritesinin kararının iptal edilmemesi için mahkemenin arayacağı standartlardan yola çıkarak açıklamalar getirilmektedir.

Bu nedenle, aşağıda ispata ilişkin kullanılan teknik ifadelerin, bu genel yaklaşım doğrultusunda anlaşılması gerekir.

işlem olması dikkate alınarak, sonradan tebliğ edilse bile esas kurul kararının tebliği tarihinde karşı oy yazılarının tebliğ edilmemesinin esası etkileyen bir sakatlık olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.”

“Buna karşın iptal edilen Kurul Kararı karşı oy yazıları da eklenerek Rekabet Kurulu Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmiştir”.

“Bu durum karşısında, Kurulca, verildiği tarih itibarıyla yürürlüğe girecek, yeni bir karar verilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, karşı oy yazılarının sonradan tebliğ edildiği bilindiği halde işlemin ‘kollektif işlem’ olması gözönüne alınarak verilen iptal kararı gerekçesi ve iptal edilen kararın ortadan kalktığı dikkate alınmadan, iptal edilen kararın karşı oy gerekçelerinin eklenerek Kurul Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemektedir.... Açıklanan nedenlerle, işlemin iptaline....” Danıştay 10. D., E.:2002/3686 K.:2003/5292, Danıştay Kararları Der., Yıl:2, 4/2004, s. 299-303.

A. Uyumlu Eylemlerde İspat Araçları

Uyumlu eylemlerin ispatı için her türlü delile başvurulabilir. Bunlar öncelikle medenî usul hukukunda kullanılan delillerdir. Ancak bunların rekabet hukukunun niteliğine uygun düştüğü oranda uygulanması gerekir⁸⁴.

RKK sadece maddî hukuk kurallarından oluşan bir kanun değildir. İçinde Kurulun faaliyetlerinde izleyeceği usule ilişkin düzenlemeler de vardır. Özellikle RKK'nın dördüncü kısmı, Kurulun inceleme ve araştırmalarında tâbi olduğu usule ilişkindir.

Bu kısımda yer alan 47. maddenin son fıkrasında deliller açısından şu kural getirilmiştir: *“Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler”*. Böylece deliller açısından rekabet hukuku ile medenî usul hukuku arasında bir ilişki kurulmuştur. Öte yandan rekabet hukukunda ceza yargılamasının delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve kendiliğinden araştırma ilkelerinin uygulanması gereği açıktır.

Kurulun bir ihlâlin varlığına karar verebilmesi için bu ihlâlin gerçekleştiğine kanaat getirmesi lâzımdır. Bu kanaat noktasına ulaşamazsa ihlâlin gerçekleşmediğini kabul etmek gerekir. Hukuk yargılamasında kesin deliller denilen bazı delillerin varlığı hâlinde bu kanaat noktasına ulaşıldığı kabul edilir. Taktirî delil denilen diğer delil türleri ise ancak hâkimin değerlendirmesine göre bu kanaate ulaşılması sonucunu doğurur. Ceza yargılamasında ve idarî yargılamada ise delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kuraldır. Hâkim resen araştırma yapar ve delillerin kendisinde bıraktığı olumlu ya da olumsuz kanaate göre karar verir. Kurul

84 *“Öte yandan, delil çeşitleri bakımından olan atfî da “rekabet hukukuna uyduğu oranda kıyasen” şeklinde algılamak gerekir. Çünkü, örneğin yemin delilinin nasıl kullanılacağı tereddüt yaratabilir. Yemin, tarafın tarafa teklif ettiği yemin ile hâkimin tarafa teklif ettiği yemin olmak üzere ikiye ayrılır. Tarafın tarafa teklif ettiği yemin, davadaki iki taraf sistemine uygundur, oysa; yukarıda da ifade edildiği üzere Rekabet Kurulu'nun uyguladığı usulde, iki taraf (davacı ve davalı) yoktur. Hâkimin tarafa teklif ettiği yeminde ise iki şartın gerçekleşmesi gerekir: iddia edilen husus kesin delillerle ispat edilememiş olmalı ve gösterilen deliller, hüküm verilmesi bakımından yeterli derecede kanaat oluşturmamalıdır (HUMK m.356). Böyle bir durumda Rekabet Kurulu'nun 'Rekabet Kanunu'na aykırı hareket etmediğinize Allahınız ve namusunuz üzerine yemin eder misiniz' (HUMK m.339'a göre yemin formülü budur) diyebileceğini şahsen pek düşünemiyorum....”* Yılmaz, Perşembe Konferansları, 102-103.

da delilleri serbestçe takdir eder⁸⁵. Gerçekten de rekabet hukukunda, medenî yargılamadaki gibi kesin-takdirî delil ayrımı olduğu söylenemez. Yılmaz yukarıdaki hükmü yorumlarken, kanun koyucunun HUMK'a yaptığı atfın, medenî yargılamadaki delil sistemine değil, delil çeşitlerine olduğunu ifade etmektedir⁸⁶.

Öte yandan RKK'nın delillerin toplanması ve tarafların bilgilendirilmesi başlığını taşıyan 44. maddenin birinci fıkrasına göre; *"Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu kanunun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Belirtilen bu süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler"*.

Hâliyle Kurul "her türlü bilgi ve delili" ispat faaliyetinde kullanabilir. Kurulu bu konuda ancak ceza yargılamasının, tüm usullerde de geçerli olduğu kabul edilen "hukuk dışı yollarla delil elde edilememesi ilkesi" bağlar⁸⁷.

Bilindiği gibi, hukukî niteliği açısından uyumlu eylemler haksız fiillerdendir. Kesin-takdirî delil ayrımı olan medenî yargılama hukukunda da haksız fiillerin tanık vb. her türlü delille ispatı mümkündür⁸⁸. Dolayısıyla bu hususta delil serbestisi geçerli olup, uyumlu eylemler açısından 44 ve 47. maddeler birbiriyle uyum içindedir.

Uyumlu eylemler için de yazılı delillerin ispat gücü yüksektir. Nitekim belirli bir vakianın varlığı hakkında yazılı belgelere ulaşıldığında, rekabet otoritesinin işi kolaylaşır. Bunun aksini iddia eden teşebbüsün, sadece yazılı delillerle savunmada bulunması öngörülme de, bu iddiayı başka bir yolla çürütmesi imkânı güçtür⁸⁹.

85 Bu konuda ve rekabet hukukunda uygulanan usul ve ilkeler hakkında bak. Uyanık, P.: Rekabet Hukuku Açısından Delil, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, 1 vd.

86 Yılmaz, 102. Öte yandan bu delillerin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi ile ilgili olarak bak. Yılmaz, 102 vd.

87 Yılmaz, 101.

88 Kuru/Arslan/Yılmaz, 472, 478; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 413.

89 Bak ve kar. Joshua, J.M.: Proof in Contested EEC Competition Cases, A Comparison with the Rules of Evidence in Common Law, EL Rev. 12/1987, s. 351.

B. Uyumlu Eylemlerde İspatın Türü

Uyumlu eylemlere hem doğrudan hem de dolaylı ispat (emare ispatı) yoluyla ulaşılması mümkündür⁹⁰. Nitekim örneğin, toplanan belgelerde bağlantının varlığına ve bağlantıya dayanarak eylemlerde bulunulduğuna dair açık ifadeler yer aldığı takdirde doğrudan ispat gerçekleşmiş olur. Tarafların uyumlu eylemlerin varlığını ikrar ettiği durumlarda ise artık uyumlu eylemlerin ispatına gerek kalmaz.

AB rekabet hukukunda da Komisyona, doğrudan doğruya uyumlu eylemlerin varlığını ortaya koyan vakıaları gösteren deliller (direct evidence) ya da bu vakıaların mevcudiyetini gösterecek komşu vakıaları ortaya koyacak deliller (circumstantial evidence) ikame etmek suretiyle ispat faaliyetini tamamlama imkânı tanınmaktadır. "Circumstantial Evidence" (Indirect Evidence) doğrudan doğruya koşul vakıaların varlığını ispat etmeyen ancak sonuçta kendisinden o vakıanın gerçekleşmiş olduğu kanaatine varılabilen delilleri ifade eder⁹¹. Ünal Tekinalp tarafından "*hal ve şartlar delili*" olarak anılan "circumstantial evidence", doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiş ve hemen hemen her olgunun ispat faaliyetinde kullanılmasına olanak sağlayabileceği ve bu yüzden haksız sonuçlara sebebiyet verebileceği iddia edilmiştir⁹².

AB hukukunda bu yolla yürütülen ispat faaliyetinin hukukumuzdaki karşılığı emarelere dayalı ispat (Indizienbeweis) olmaktadır.

Uyumlu eylemlerin emarelerle ispat edilebileceği konusunda doktrin ve mahkemelerde tam bir mutabakat vardır⁹³.

C. Uyumlu Eylemlerde İspat Ölçüsü

Usul hukuku doktrinindeki genel kanaate göre, bir meselenin ispatında emarelerden yararlanılmasına imkân tanınıyorsa, bu hususta ispat ölçüsü de düşürülmüş olur. Yani dolaylı ispat faaliyetinin caiz olduğu ve doğrudan ispatın

90 Bak. Goyder, 105.

91 Oxford Dictionary of Law, 75.

92 Bak. Tekinalp, Ü., (Tekinalp/Tekinalp), § 28 Nr.23; Korah, bu eleştirileri, ATAD'ın özellikle Boya kararında ispat açısından izlediği yaklaşıma karşı yöneltmektedir. Korah, Concerted Practices, 220 vd.

imkânsıza yakın güç olduğu durumlarda ispat ölçüsü kanun koyucu tarafından düşürülmüş olmaktadır. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, emarelerle de hâkimde tam kanaat uyandırılması, dolayısıyla tam ispat ölçüsüne ulaşılması mümkündür. Özellikle ilk görünüş ispatı sağlayan kuvvetli emarelerin varlığı hâlinde hâkimde tam kanaat oluşabilir⁹⁴.

Uyumlu eylemlerin emarelerle ispatının caiz görülmesinin nedeni, bunların doğrudan doğruya ispatında karşılaşılan güçlüklerdir. Bununla birlikte sadece emare ispatının mümkün olmasından hareketle ispat ölçüsü hakkında kanaate varmak isabetli olmaz.

1. Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler İçin Aranan İspat Ölçüsü

Bir şeyin ispat edildiğinin kabulü için, her şeyden önce, onunla ilgili hükmün aradığı kanaat derecesine ulaşılması gerekir. ATA m.81 vd.ında ise ispat hukukuna ilişkin herhangi bir hükme rastlanmamaktadır.

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, usul hukuku açısından tam ispat kuralı, yaklaşık ispatsa istisna niteliği taşır. Bu nedenle açıkça belirtilmediği sürece, kanunun bir ilişkinin ispatında tam kanaati aradığı kabul edilir. ATA'da ispat kurallarına ilişkin bir hükmün yer almaması bu anlamda antlaşma taraflarının ispat ölçüsünü düşürme niyeti taşımadıkları şeklinde yorumlanabilir

Bununla birlikte, ATA'nın çok uluslu bir antlaşma olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla üye devletlerin suskun kalarak ispat ölçüsü konusunda anlaşmış olduğunu söylemek doğru olmaz.

Öte yandan antlaşma taraflarının rekabet hukuku (kuralları) konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye gitmeme genel eğilimi taşıdığı bir gerçektir. ATA m.81 ve 82 çerçevesinde temel konular ele alınmış, mahkemeler ve Komisyona rekabet kurallarının oluşumunda oldukça geniş bir hareket alanı sağlanmıştır. Bu bakımdan, mahkemeler ve Komisyon, ATA m.81 vd.nin genel çerçevesine bağlı kalmak kaydıyla, rekabet hukuku ile ilgili tüm problemlerde çözüm getirici olmaktadır. Hatta yetkilerinin genişliği ve antlaşma hükümlerinin oldukça soyut olması dolayısıyla bu kurumlar kural koyucu rolü de üstlenmektedir.

93 Bak. Chang, 111; Emmerich, in: Dausen, § 1 Rn. 88.

Bu nedenle, sessiz kalmak suretiyle, antlaşma taraflarının rekabet hukukunda ispat ölçüsüne ilişkin bir kural getirdiklerini söylemek doğru olmaz. Bu konu gerçekten de tamamıyla içtihadı bırakılmıştır.

Yargısal içtihadı bakıldığında ise, AB rekabet hukukunda ispat ölçüsünün yüksek tutulduğu söylenebilir⁹⁵.

Nitekim Şeker karteli kararında uyumlu eylemlerin ispatı için, Komisyon tarafından ortaya konan vakıaların "sadece uyumlu eylemlerin varlığıyla makul olarak izah edilebilir" olması aranmıştır⁹⁶.

Cram/Rheinzink kararında Divan, emarelerin uyumlu eylemlerden başka bir izahının varlığı hâlinde, Komisyonun ispat faaliyetini yeterli ölçüde kesin ve tutarlı bulmamıştır⁹⁷.

Musique Diffusion davasında tetkik hâkimi Slynn, ispat faaliyeti sonunda uyumlu eylemlerin varlığının makul derecede (reasonable) gösterilmesini, aksi takdirde ispatın güvenilmez (unsafe) ve yetersiz (insufficiently) kalabileceğini ifade ederken⁹⁸; Continental Can davasının tetkik hâkimi Roemer, ispatın "eleştirilemez temellere" (unassailable foundation) dayanmasından söz etmiştir⁹⁹ ki bu ifade diğerlerinden daha yüksek bir ispat ölçüsünü ima etmektedir¹⁰⁰.

Doktrinde bu ve buna benzer kararlardan hareketle, mahkemelerin AB rekabet hukukunda ispat ölçüsünü "makul bir şüphenin ötesine" (proof beyond reasonable doubt) çektiği kabul edilmektedir. Nitekim bu anlayış doktrinde de kabul görmekte ve

94 Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bak. Yıldırım, 124 vd; Atalay, Emare ispatı, 11 vd.

95 Aynı yönde, Joshua, 323; Green, N.: Evidence and Proof in E.C. Competition Cases, in: Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law, ed. by Slot, P.J./ McDonnell, A., London 1993, s. 142-143.

96 "....., it is necessary to consider whether the conduct which the Commission alleges and regards as a constituent part of the concerted practice can only reasonably be explained by the existence of a concerted action." Suiker Unie and others v Commission, Cases C-40-48, 50, 54-56, 111 ve 114/73 ECR 1975, 1663 vd.

97 "....., it is sufficientto prove circumstanceswhich another explanation of the facts to be substituted for the one adopted by the contested decision." ".....the Commission has not produced sufficiently precise and coherent proof to justify the view that the parallel behaviour of the two undertakings in question was the result of concerted action by them." Cie Royale Asturienne des Mines (CRAM) and Rheinzink v. Commission, Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679.

98 Musique Diffusion Française v. Commission, Cases 100-103/80, ECR 1983, 1825.

99 Continental Can v. Commission, Case 6/72, ECR 1973, 215.

100 Bak. Green, 139.

uyumlu eylemlerin varlığı hususunda yeterli kanaate ulaşılmış sayılabilmesi için, ispat faaliyeti sonunda artık "aksi yönde ciddi ya da makul bir şüphenin kalmaması" aranmaktadır¹⁰¹.

Birebir çevirisiyle; "makul şüphenin ötesinde ispat", Anglo-Amerikan hukukunda kullanılan bir ispat ölçüsüdür.

Hukuk sistemlerinin genelinde olduğu gibi, bu hukuk ailesinin iki büyük temsilcisi İngiliz ve Amerikan hukuklarında da ispat ölçüsü (standart of proof), hukuk ve ceza davalarına göre değişir. Hukuk davalarında ihtimaller dengesi (balance of probabilities) gözetilir¹⁰² ki, bunlarda, iddiasının doğruluğuna hâkimi daha fazla ikna eden taraf lehine hüküm verilmesi beklenir. Bu durumda ispat ölçüsü asıl itibariyle ağır basan ihtimale (preponderance of probability) dayandırılmış olmaktadır. Yani makul bir insanın bu ihtimalle kanaate varabileceği noktada hâkimin de kani olduğu kabul edilmektedir¹⁰³.

Ceza davalarında ise "makul şüphenin ötesinde ispat" aranır¹⁰⁴. Bunun için jürinin suçun sanık tarafından işlediğine emin olacak derecede ikna edilmesi gerekir¹⁰⁵. Aksi takdirde şüpheden sanık yararlanır ve hakkında şüphe bulunan husus onun lehine sonuçlandırılır¹⁰⁶.

İşte AB rekabet hukukunun ispat kurallarını Common Law hukukuyla karşılaştırmalı olarak inceleyen Joshua, rekabet hukukunda makul şüphenin ötesinde ispatın aranması ile bu kuralların cezaî niteliği arasında bir bağlantı

101 "Zumindest dürfen 'ernsthafte Zweifel' am Indizienbeweis nicht bestehen bleiben." Chang, 113; "It is necessary to establish a degree of certainty that goes beyond any reasonable doubt." (Tetkik hâkimi Darmon) A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; ECR 1993, I-1307; ayrıca bak. Zimmer, 483 vd.

102 Joshua, 301; Oxford Dictionary of Law, 442;

103 Bak. Yıldırım, 42 ve da 77'de anılan yazarlar.

104 Joshua, 329, 330; Oxford Dictionary of Law, 361.

105 Oxford Dictionary of Law, 361-362; "Kat'ı surette ispat; bir hususun her türlü şüphesi bertaraf edecek şekilde ispatı", "proof beyond reasonable doubt" maddesi, Ovacık, 258.

106 Oxford Dictionary of Law, 361-362; Zira şüpheden sanık yararlanır ilkesi sadece beraat kararı verilmesi ile ilgili değildir. Örneğin, suçun işlendiği anlaşılma ile birlikte, ağırlatıcı bir sebebin var olup olmadığı hususunda şüpheye düşülürse, bu sebebin gerçekleşmediği kabul edilir. Kunter/Yenisey, Nr. 327; Yurtcan, §12, IV. Nitekim Yargıtay'a göre de, (hırsızlık suçuna eksik teşebbüste) çalınan eşyanın kıymetinin belirlenememesi halinde pek hafif kıymette olduğu kabul edilmelidir. 6. Ceza D., 30.10.1985 T., E.10714/K.10524, YKD, 4/1987, s. 635.

görmektedir¹⁰⁷. Nitekim Green de bunu destekler şekilde, rekabet hukukunun niteliği itibariyle ceza hukukuna yakınlığı ve ceza yargılamasının ispata ilişkin kurallarının bu noktada etkililiği üzerinde durmaktadır. Green'e göre, AB rekabet hukuku, ceza hukuksal ya da en azından yarı-ceza hukuksal bir nitelik taşımaktadır¹⁰⁸.

Keza aynı bakış açısıyla, uyumlu eylemlerin olmadığına ilişkin ciddi bir şüphenin varlığı hâlinde, doktrinde, ceza hukukunun "in dubio pro reo" (şüpheden sanık yararlanır) ilkesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁹.

Rekabet hukukları içinde bu ayrım, en iyi Amerikan rekabet hukukunun uygulamasında görülür. Zira Amerikan hukukunda Adalet Bakanlığı ve FTC'nin Sherman Kanunu ile ilgili iki farklı dava açma imkânı vardır. İhlâlin varlığı ile ilgili mahkemeler nezdinde ceza (criminal prosecution) ya da hukuk davası (civil suit) açılabilir. Buna göre de ispat ölçüsü değişebilmektedir. Şöyle ki; eğer ceza davası açılırsa iş birliğinin varlığının "makul bir şüphenin ötesinde" olduğunun ispatlanması gerekir. Hukuk davalarında ise iş birliğinin ağır basan ihtimal olduğunun gösterilmesi yeterlidir¹¹⁰. Ceza davalarında aranan ispat ölçüsü daha yüksek olduğu için uygulamada hukuk davası açılmasının tercih edildiği kaydedilmektedir¹¹¹.

Görüldüğü gibi, "aksi yönde makul bir şüphenin olmaması", "ağır basan ihtimalden" daha yüksek bir ispat ölçüsüdür. Sonuç itibariyle, AB rekabet hukukunda ispat ölçüsü yüksek tutularak, ağır basan ihtimalden fazlası aranmıştır.

Dolayısıyla teşebbüslerin uyumlu eylemler içinde olduğunda şüpheler varsa rekabete aykırılığa hükmedilemez. Ancak bunun için şüphenin makul olması gerekir. Gerçekçi ya da makul olmayan tahmin ve kurgulara dayanan iddialar dinlenmez. Özellikle danışıklılığın varlığına yorumlanabilecek açık ifadeler içeren belgeler mevcutsa, bunların çok daha ciddi ve kurgusal olmayan açıklamalarla çürütülmesi gerekir¹¹².

107 Joshua, 315 vd, özellikle 321 vd.

108 Green, 128 vd, ayrıca 143.

109 Chang, 113; ayrıca bu konuda bak. Daig, 230 vd.

110 Scaletta/Cameron, 92-93; Corley/Reed/Shedd, 691.

111 Scaletta/Cameron, 92-93; Corley/Reed/ Shedd, 691.

112 Joshua, 323, 351.

2. Türk hukukunda Uyumlu Eylemler İçin Aranan İspat Ölçüsü

Yukarıda ifade edildiği gibi Türk (medenî usul) hukukunda tam ispat kuralı, yaklaşık ispatsa istisnadır. Yaklaşık ispatın mevcudiyeti için kanunda bu yönde bir hüküm bulunması gerekir.

RKK'da uyumlu eylemlerde ispat ölçüsünün düşürüldüğüne ilişkin bir hüküm yoktur. Aslında Kanunda ispat ölçüsünden söz edilmediğini söylemek daha doğru olur.

Bununla birlikte 4. maddede, doktrinde "uyumlu eylemler karinesi" olarak anılan bir karine¹¹³ getirilmiştir. Bu karinede rekabetin bozulduğu piyasalardakine "benzer" rekabet şartlarından söz edilmiştir. Ancak bununla ispat ölçüsünü belirlemenin amaçlandığı söylenemez. Daha doğrusu bu ifade ispat ölçüsü ile ilgili değildir.

Bunun aksine, 4. maddede getirilen karine, uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilmesi için tam kanaatin arandığına yorumlanmalıdır. Kanunî karinelere¹¹⁴, karine temelini dayandığı vakıaların ispatlanmasıyla, asıl (yani hakkında karine bulunan) normun öngördüğü hukukî sonucunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Böylece asıl normun koşul vakıalarını ispata gerek kalmaksızın istenen hukukî sonuca ulaşabilmektedir¹¹⁵. Uyumlu eylemler karinesinde de, teşebbüslerin eylemlerinden yola çıkılarak, bağlantının varlığını ispatlamaya (ve nedensellik bağına ortaya koymaya) gerek olmaksızın, uyumlu eylemin gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır. Bir başka deyişle bu hüküm, rekabetin sınırlandığı piyasalara benzer vakıaların görüldüğü piyasalarda, uyumlu eylemin varlığı kanaatine kanun gereği ulaşmayı sağlamaktadır. Bu nedenle usul hukuku kavramlarıyla açıklamak gerekirse, uyumlu eylemde kanun koyucu ispat ölçüsünü düşürmemiş, bir karine getirmek suretiyle ispat güçlüklerini aşmayı amaçlamıştır¹¹⁶.

113 "Karine, belli bir olaydan, belli olmayan diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur." Kuru, 2006; Kuru/Arslan/Yılmaz, 429.

114 "Bunlar, belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır." Kuru, 2012. Uyumlu eylemler karinesi de hâliyle kanunî bir karinedir.

115 Umar/Yılmaz, 165 vd, 168, 170; Atalay, Menfi vakıaların ispatı, 46 vd.

116 Nitekim kanunla karineler getirilmesinin bir amacı da ispat güçlüğüne hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılmasıdır. Pekcanitez/Atalay/Özkes, 368.

Bir başka deyişle, Türk rekabet hukukunda, uyumlu eylemlerin ispatında tam kanaatin aranmasından vazgeçilmemiş; ancak belirli bazı emarelerin varlığı hâlinde kanunî bir karine olarak uyumlu eylemlerin varlığı kabul edilmiştir. Böylece hem emare ispatının önü kesilmemiş, hem de ispat ölçüsü yüksek tutulmuştur.

Acaba Türk ve AB rekabet hukukunun uyumlu eylemler için öngördüğü ispat ölçüsü arasında fark var mıdır?

Türk-İsviçre (Medenî usul) hukukunda tam ve yaklaşık ispatta aranan kanaatin derecesi hakkında farklı görüşler vardır¹¹⁷. Bu nokta gözden kaçırılmamakla birlikte, "kuvvetle muhtemel görme"nin tam ispat olarak kabul edilmediği¹¹⁸ ve tam ispatın varlığı için kesinlik sınırındaki ihtimal; yaklaşık ispatın varlığı içinse ağır basan ihtimal derecesinin arandığı¹¹⁹ söylenebilir.

Öte yandan tam ispatın varlığı için aranan kesinlik sınırındaki ihtimal, %100 bir kesinliği anlatmamakta; vakianın doğruluğu hususunda aksi yönde hiçbir makul şüphenin olmaması anlamına gelmektedir¹²⁰. Bu bakımdan, Türk rekabet hukukunda aranan ispat ölçüsünün, en azından¹²¹, medenî usul hukukunda aranan ispat ölçüsünden daha düşük tutulmadığı söylenebilir.

117 Bu konuda bak. Yıldırım, 39 vd, özellikle 39-40; Atalay, Menfi vakaların ispatı, 39 vd.

118 Bu konuda bilgi için bak. Yıldırım, 40.

119 Pekcanitez/Atalay/Özekes, 383; İsviçre hukukunda aynı yöndeki görüş için bak. Yıldırım, 39 ve aynı sayfada dn. 47.

120 İsviçre hukukunda bu yöndeki görüş için bak. Yıldırım, 39 ve aynı sayfada dn. 47; "Tam ispattamakul ve kabul edilebilir bir şüphesinin olmaması gerekir. Ancak burada hâkimi inandırmak faaliyeti, matematiksel bir kesinlik, örneğin yüzde yüz inanmak şeklinde anlaşılmamalıdır." Pekcanitez/Atalay/Özekes, 383.

121 Zira, rekabet hukuku çok disiplinli bir hukuk dalı olduğuna göre, Türk hukuku açısından da, ceza hukukunda aranan ispat ölçüsü ağırlıklı bir değerlendirmeye gidilebilir. Türk ceza yargılamasında aranan ispat ölçüsü hakkında ise aşağıdaki ifadeler bir fikir verebilir: "Hâkim sübut bakımından bir kanaata varamazsa, yani şüphesini %100 yenemezse, o hususu sabit olmamış addedecek ve sabit olmamanın sonuçlarına karar verecektir. Bu prensip ceza mahkemesinde şüpheden sanık faydalanır..... şeklinde ifade edilmektedir." Kunter/Yenisey, Nr. 327; ".....ceza muhakemesi sonunda fiilin sanık tarafından işlendiği %100 belliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verilecektir." Öztürk/Erdem/Özbek, 153-153. "Bellilik..... mutlak veya nisbi olur. Muhakeme hukukundaki bellilik nisbidir.Muhakeme hukukundaki bellilik, sübut konusunda kanaatten başka bir şey değildir. Görülüyor kibellilikte 'kuvvetli imkan' demek olan ihtimal,.....ceza sahasında süje bakımından değil, sadece obje bakımındandır. Süje, objektif de denilen maddî hakikati aradığına tamamen inanacak, kuvvetli ve makul de olsa, hilafını imkânsız kabul etmediğine göre, ihtimal ile yetinemeyecektir." Kunter/Yenisey, Nr. 326. Hiç şüphesiz, Türk hukukunda ceza ve medenî usul hukuku açısından aranan ispat ölçüleri

Kanaatimize göre, rekabet hukukumuz ve özellikle konumuz itibarıyla uyumlu eylemler açısından, tam ispattan söz edildiğinde, ihlâlin gerçekleştiği hususunda aksi yönde hiçbir makul şüphenin olmaması anlaşılmalıdır.

Şu hâlde, Türk rekabet hukukunun uyumlu eylemler için aradığı ispat ölçüsü, AB hukukunun aradığından farklı değildir. Böylece gerek Türk gerekse AB rekabet hukukunda uyumlu eylemlerde ispat ölçüsünün hem eşit hem de ağır basan ihtimalden yüksek tutulduğu görülmektedir¹²².

D. Uyumlu Eylemlerde İspat Yükü

Uyumlu eylemlerde ispat yükü rekabet otoritelerindedir¹²³. Komisyon ve Kurulun, kararın iptali için açılan davada, uyumlu eylemlerin varlığını ispatlaması gerekir.

Bir başka deyişle Komisyon ve Kurul, mahkemelerde uyumlu eylemlerin gerçekleştiğine ilişkin tam kanaat uyanıncaya kadar ispat faaliyetine devam edeceklerdir. Aksi takdirde ispat yüküne dayanan bir kararla karşılaşma tehlikesi altındadırlar. Yani uyumlu eylemin varlığına ilişkin kararın iptal edilebilir.

Keza ispat yükü Komisyon ve Kurulda olduğu için, davacı teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat etmeleri beklenmez. İptal gerekçesi olarak, sadece, kararın hukuka aykırı ve isabetli olmadığına dayanmalar yeterli¹²⁴.

arasında tatminkâr bir karşılaştırma yapmak, bu komuya hasredilmiş ayrıntılı bir çalışmayı gerektirip, çalışmamızın kapsam ve amacını aşmaktadır.

122 Aksi yönde bak. Power, 318.

123 "In any national or Community proceedings for the application of Articles 81 and 82 of the Treaty, the burden of proving an infringement of Article 81/I or of Article 82 of the Treaty shall rest on the party or the authority alleging the infringement. The undertaking or association of undertakings claiming the benefit of Article 81/III of the Treaty shall bear the burden of proving that the conditions of that paragraph are fulfilled." 1.5.2004 tarihinde yürürlüğe giren 2003/1 sayılı Tüzüğün (Council Regulation on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty, No:1/2003, OJ L No 1, 04.01.2003, p.1-25) yukarıda orijinali verilen 2. maddesi ile, rekabet hükümlerinin ihlâl edildiğini ispat yükünün Komisyonunda olduğu açıkça düzenlenmiştir. Muafiyetin varlığını gerektiren nedenlerin gerçekleştiğini ispat yükü ise teşebbüslere yüklenmiştir. Öte yandan anılan madde ile, ATA m.81 ve 82'nin üye devletler nezdinde uygulanması hâli için de ispat yükü millî rekabet otoritelerindedir. Keza ihlâlin varlığından zarar görenlerin açtıkları tazminat vb. davalarda da ispat yükü davacıdadır. Aslında burada ispat yükünü ilişkin genel anlayıştan ayrılma olmaması ve (ihlâlin ya da hakkın varlığını) iddia edene ispat yükü yüklenmiştir.

Nitekim Pioneer kararında tetkik hâkimliği yapan Slynn'in ifadelerinden, uyumlu eylemlerde ispat yükü ve aksini ispatla ilgili AB uygulamasını şu şekilde toparlamak mümkündür¹²⁵: Uyumlu eylemlerin varlığına dayanan Komisyon kararı temyiz edilmesi hâlinde, kural olarak ve ilk plânda, kararın hukuka uygun olmadığını ispat yükü teşebbüslere düşer. Ancak diğer taraftan, Komisyonun kararını dayandırdığı vakıalar hukuka ya da yasaya aykırılık sonucunu çıkarmaya elverişli değilse (daha doğrusu bu sonucu garanti etmiyor ya da şüpheli bırakıyorsa), temyiz eden teşebbüsler tarafından herhangi bir delil ileri sürülmesine dahi sırf bu nedenle karar bozulabilir. Bu açıdan temyiz incelemesinde, ilk önce Komisyonun ispat hususunda ciddi bir şüpheye yer bırakmayacak derecede emare vakıalarını ispatlaması gerekmekte; bunun başarılması hâlinde ispat faaliyeti başarılı olarak tamamlanmış olmakta; bir başka deyişle ispat bu noktada gerçekleşmiş olmakta ve artık teşebbüslerden bunun aksini ispat etmeleri beklenmektedir.

III. İSPAT AÇISINDAN PARALEL DAVRANIŞLAR VE BAĞLANTI

Uyumlu eylemlerin koşul vakıaları; bağlantı, paralel davranış ve paralel davranışların bağlantıya istinat etmesi yani bunların arasındaki nedensellik bağıdır. Ayrıca bu yolla rekabetin sınırlanmış ya da sınırlanabilecek olduğunu veyahut da teşebbüslerin rekabeti sınırlama amacı ile hareket ettiğini göstermek gerekir.

Teşebbüsler arasındaki herhangi bir ilişkinin bağlantı niteliğinde olduğunu ortaya koymak oldukça güçtür. Zira bu ilişkinin paralel politikalara yol açıp açmayacağı çoğu zaman netleştirilemez. Bu yüzden teşebbüslerin paralel davranışları görülmeden önce, aralarında buna dayanak olabilecek bir yakınlaşmanın olduğunu ispatlamak güç olmaktadır. Bunun esaslı istisnası belirli durumlarda gerçekleşen bilgi alışverişleridir.

Bilindiği gibi maddî hukuk açısından önce bağlantı gerçekleşmekte bunu takiben de paralel davranışlar görülmektedir. İspat açısından ise âdeta bu ikisi yer değiştirmektedir. Önce paralel davranışlar gösterilmekte daha sonra bunlara neden olabilecek bir bağlantı aranmaktadır.

124 Joshua, 320, 351.

125 Musique Diffusion Française v. Commission, Cases 100-103/80, ECR 1983, 1825.

Bunun nedeni uyumlu eylemlerde bağlantının tespitinin güçlüğüdür ve genellikle teşebbüslerin uyumlu eylemler içinde olduğunun pazarda paralel davranışlar görülmeye başladıktan sonra anlaşılmasıdır. Gerçekten de teşebbüslerin herhangi bir ilişkisinin bağlantı düzeyine ulaşip ulaşmadığının paralel davranışlardan önce anlaşılması güçtür. Bir başka deyişle teşebbüsler arasındaki herhangi bir ilişkinin paralel davranışlara neden olacağını, bu davranışlar görülmeden önce ikna edecek derecede ortaya koyan somut olaylar çok azdır. Öte yandan uyumlu eylemlerde teşebbüslerin arasındaki ilişkinin gizlilik üzerine kurulu olduğu unutulmamalıdır.

İşte uyumlu eylemler de zaten bu gibi durumları kapsasın diye vardır. Hâliyle bağlantının ispat açısından sergilediği güçlük uyumlu eylemlerin doğal bir özelliğidir. Çoğu durumda bağlantının bağlantı olduğu, paralel davranışlardan sonra anlaşılabilir.

A. İspat Açısından Paralel Davranışlar

1. Genel Olarak

a. Paralel Davranışların Uyumlu Eylemlerin İspatında Rolü

Görüldüğü gibi, paralel davranışlarla uyumlu eylemler eş anlamlı kavramlar değildir. Bunun bir başka anlamı da paralel davranışların teşebbüslerin arasındaki bağlantının dışında başka nedenleri de olabileceğidir.

Bu nedenle paralel davranışların varlığı ispatlanınca uyumlu eylemler ispatlanmış olmaz. Paralel davranışlar gösterilerek aslında uyumlu eylemlerin sadece bir koşul vakıası (eylem) doğrudan doğruya ortaya konabilir.

Ancak uyumlu eylemlerin ispatında paralel davranışların önemi bundan daha büyüktür. Zira teşebbüslerin paralel uygulamaları genellikle rekabeti ortadan kaldırır ve iş birliği görünümünü doğurur. Hâliyle pazarda uyumlu eylemlerin olduğu izlenimi uyandırır. Bir başka deyişle uyumlu eylemlerin varlığına emare teşkil eder. Bu emarenin niteliği ya da gücü durumuna göre basit ya da kuvvetli olabilir.

Paralel davranışların uyumlu eylemlerin ispatında oynadığı rol özellikle pazarın yapısına bağlı olarak değişebilmektedir. Çok sayıda rakibin faaliyet

gösterdiği piyasalarda paralel davranışlar uyumlu eylemlerin varlığına kuvvetli bir emare teşkil eder. Zira bu pazarlarda teşebbüslerin arasında bir anlaşma¹²⁶ ya da bağlantı olmaksızın paralel politikalar izlenmesi ihtimali oldukça düşüktür. Teşebbüslerin sayısı fazladır ve teşebbüslerin bireysel kararları diğer teşebbüsleri büyük oranda etkilemez. Öte yandan bu gibi pazarlarda aynı nedenle teşebbüsler arasında tesadüfi olarak bir politika benzerliği ya da paralelligi gerçekleştiği iddiası da sönük kalır.

Hâlbuki özellikle homojen bir ürünün söz konusu olduğu az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda, paralel davranışlar ilk bakışta bir uyumlu eylemin varlığını gösteren kuvvetli emareler olarak görülmezler. Zira bu tür pazarlarda şeffaflık daha fazladır ve her bir teşebbüsün pazar payı ve kazancı, bir diğerinin izlediği politikadan önemli ölçüde etkilenmektedir. Bu yüzden teşebbüslerin arasında oligopole özgü paralelliklerin görülmesi ihtimali yüksektir.

Denilebilir ki paralel davranışlarla uyumlu eylemlere ulaşılmasının önündeki en büyük engel oligopole özgü paralelliklerdir. Zira bir paralel davranış, oligopole özgü paralellik olarak nitelendirildiğinde, uyumlu eylemlerden başka bir nedene dayandırılmış olur. Piyasaların çoğunlukla oligopol yapı arz ettiği dikkate alınırsa bu iddianın uyumlu eylemlerin ispatındaki olumsuz etkisi açığa çıkar.

Oligopole özgü paralellikler sorunu rekabet hukukunun önemli sorunlarından biridir. Uyumlu eylemler gibi paralellik bilincinin taşındığı oligopole özgü paralelliklerin rekabet hukuku karşısındaki konumu; niçin uyumlu eylemler gibi yasak görülmediği maddî hukuk açısından tartışılmaya devam etmektedir¹²⁷. Öte yandan bunların, paralel davranışların ispat gücü; dolayısıyla uyumlu eylemlerin ispatı üzerindeki etkileri de konuyu uyumlu eylemler açısından cazip hâle getirmektedir.

126 Unutmamak gerekir ki, pazarda belirli yönde hareket edilmesi için yapılan anlaşmaların sonucu olarak da paralel davranışlar görülecektir. Böylece paralel davranışlara neden olarak, teşebbüslerin arasındaki bir anlaşma gösterilebildiği durumlarda artık uyumlu eylemler gündeme gelmeyecektir.

127 Oligopolistik pazar yapısından kaynaklanan rekabet açısından olumsuz durumlara çözüm arayışları, bir yandan da hâkim durumun kötüye kullanılması (ATA m.82 ve RKK m.6) üzerinden yürütülmektedir. Bak. Ulmer, 37 vd; Aslan, 229 vd; Çelen, A: Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 1 vd.; Ayrıca birleşme veya devralmalar açısından bak. Etter, 103 vd.

b. Oligopole özgü paralelliklere ilişkin Doktrindeki görüşlerin ispat açısından doğurduğu sonuçlar

Doktrindeki hâkim görüşe göre oligopole özgü paralellikler rekabet hukukuna aykırı olmamakla birlikte, iş birliğinin¹²⁸ ve uyumlu eylemlerin ispatında kullanılabilirler.

Kaysen'e göre başarılı bir danışıklı ilişkinin varlığı iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar, öncelikle tüm teşebbüsler için ortak ulaşılabilir hedeflerin belirlenmiş olması; örneğin, paralel bir fiyat tespiti ve ikinci olarak da ortak hedefle uyumlu olmayan (ya da bu hedefe aykırı olan) tüm eylemlerden kaçınılması gerekliliği. Oligopolistik bağımlılık durumunda, teşebbüsler eylemlerini aralarında bir iletişim sistemi olmaksızın birbirine bağımlı kılabilirlerse de, bu iki şartın tam olarak gerçekleştiği söylenemez. Hâlâ hedefin tam olarak adı konmamış ve sakıncalı eylemler belirlenmemiştir. Buna rağmen her teşebbüs, oligopolistik bağımlılıktan dolayı, kendi özel pazar politikalarını üretmek yerine, bir diğerine (özellikle de fiyat liderine) bağımlı politikalar izleyerek paralel davranışlara neden olabilir. Ancak pazarın sürekli değişen şartları, karşılıklı güvensizlik ve iletişim eksikliği karşısında uzun dönem tekdüze sürecektir bir paralellik olası değildir. Bu nedenle Kaysen'e göre, eğer pazarda yüksek derecede bir belirliliğe dayanan uzun dönemli tekdüze paralel davranışlar varsa, minimum düzeyde bir fikirlerin buluşması ve böyle bir buluşmanın gerçekleştiğine dair az bir bilgi teşebbüslerin "anlaşma için anlaşmış" ortaya koymak için yeterlidir. Dolayısıyla bu durumda, Kaysen'e göre oligopole özgü paralelliklerin varlığı hâlinde kısa süreli ve minimum düzeyde de olsa (anlamı) açık bir haberleşmenin (explicit communication) (yani bağlantının) ortaya konulması iş birliğinin varlığı için yeterli olacaktır¹²⁹.

Bu açıdan paralel davranışlar başka emare vakıaları ile desteklenmedikçe uyumlu eylemlerin varlığını göstermezler. Gerçekten de oligopole özgü paralelliklerin pazanın doğurduğu karşılıklı bağımlılığın bir neticesi olarak gören hâkim görüşe göre, paralel davranışlar tek başına uyumlu eylemlerin ispatı için yeterli görülmemektedir¹³⁰.

128 "Combination and Conspiracy"

129 Kaysen, C.: Collusion under the Sherman Act, Quarterly Journal of Economics, 65/1951, 268-269.

130 Turner, 658; Chang, 89, 113, 152; Lane, 55; Jones, 277; van Gerven/Varona, 576 vd.

Buna karşın oligopole özgü paralellikleri caiz görmeyen görüşlerin, (teoride ya da pratikte) gizli iş birliği için anlaşmanın varlığını aramaması, dolayısıyla gizli iş birliğini Sherman Kanununun uygulanması için zorunlu görmemesi paralel davranışların ispat gücünü çok yükseltir. Nitekim ispat hukuku açısından bunun sonucu, oligopol piyasalarda;

-birbirine paralel davranışların

-teşebbüslerin, rakiplerinin de aynı politikalara bağlandığının farkında olduğunun (bilinçlilik) ve de

-pazar sonuçlarının gösterilmesi ile ihlâlin varlığına hükmedilebilmesidir¹³¹. Böylece bir bakıma yalnızca bilinçli paralel davranışın varlığı rekabetin sınırlanması sonucunu doğuruyorsa ispat açısından yeterli olmaktadır. Hâliyle paralellik bilincinin taşınmadığı paralel davranışlar dışındaki tüm paralellikler, ister uyumlu eylem isterse oligopolistik bağımlılığa dayansın, ispat açısından aynı değerde tutulmaktadır.

Posner ise, oligopolde paralel davranışın rekabeti sınırlayıcı etkisi araştırılırken, önceden belirlenmiş bazı pazar şartlarının somut olayda görülmesi üzerine örtülü danışıklılığın varlığının kabul edilmesi ve geleneksel gizli iş birliği anlayışından doğan ispat güçlüklerinin böylece aşılması görüşündedir¹³².

Witter ise başlangıçta, oligopole özgü paralelliklerin varlığının, uyumlu eylemlerin ispatı için yeterli olacağı izlenimini doğurmakla birlikte, paralel davranışların varlığı hâlinde rekabetin sınırlandırıldığının ispatlanmasını aramaktadır ki, bunun anlamı paralel davranışların sonucu olarak ortaya çıkan fiyatın, yalnızca iş birliği (yani aslında bilinçli olarak rekabetten vazgeçme) ile açıklanabilmesidir. Bu noktadaki ispat güçlüklerini aşmak için Witter, ispat yüküne ilişkin kurallarla bir çözüm aramaktadır. Yazara göre, dar bir oligopolün bulunduğu durumlarda gözlenen paralel davranışlar hâlinde de katılımcıların iş birliği stratejisi güttüğü kabul edilebilir. Böylece mevcut fiyatın rekabetçi fiyat olduğunu iddia eden teşebbüsler bunu ispat yükü altına girmektedirler. Örneğin, teşebbüsler yükselen maliyetlerin paralel artışları haklı kıldığını ispatlayarak uyumlu eylemlerin sonuçlarından kurtulabilirler. Ancak, yazar tarafından bu sonuç, adli mahkemelerde yürütülen davalara hasredilmektedir. Yani, tazminat talebi ile açılan bir davada, dar oligopolün

131 Bak. Conant, M.: Conscious Parallel Action in Restraint of Trade, Minnesota Law Rev, 38/1954, s. 797 vd.

varlığı hâlinde dahi, pazarda görülen paralel davranışlar uyumlu eylemlere karine kabul edilecek ve bunun aksinin ispatı teşebbüslere yüklenecektir. İdarî otoriteler tarafından yürütülen soruşturma faaliyetinde ise, "in dubio pro reo" ilkesi gereği, aynı çözüm isabetli olmayacaktır. Burada idarî otoritenin, oligopolistlerin hukuka aykırı davrandığını (tam olarak) ispat etmesi gerekir¹³³.

Tüm bilinçli paralel davranışların rekabete aykırı görülerek yasak kapsamına sokulması, bir diğerini taklit suretiyle gerçekleştiren paralel davranışlara da bu yolla müdahale edilebileceği tehlikesi ile isabetli görülmemektedir¹³⁴.

Taklitte paralel politikaların takip edilmesi, dar oligopollerde sıkça rastlanan bir durumdur. Özellikle ürünün homojen olduğu dar oligopollerde teşebbüsler, içlerinden birinin kâr getirici yeni bir uygulamasını mümkün olan en kısa zamanda taklit etme eğilimi taşır. Böylece pazar payında bir kayıpla karşılaşma riski azalır¹³⁵. Özellikle, nispeten küçük teşebbüsler piyasada hâkim ya da baskın durumda olan ve daha düşük maliyetlere sahip firmanın fiyat politikalarını takip etmektedirler ki bu durum fiyat önderliği (price leadership, Preisführerschaft) adı altında oligopolde paralel davranışın özel bir durumu olarak anılmaktadır¹³⁶. Bununla birlikte birden çok büyük firma varsa, bunlar pazarda sırayla da fiyat önderi konumuna geçebilirler.

Teşebbüslerin arasında bir anlaşma ya da uyuşma yerine taklit etmelere dayanan bu gibi davranışlar oligopole özgü paralelliğin bir türü olarak yasak kabul edilmezler.

Buna karşın oligopole özgü paralelliği de yasak kapsamına alan görüşler açısından bu sonuç tartışmalıdır. Zira fiyat önderliğinde de teşebbüsler, neticede rekabeti sınırlandıracak bir paralellik içine girdiklerinin, iş birliğine katıldıklarının bilincindedirler¹³⁷.

Yukarıda değinildiği gibi, maddî hukuk açısından, oligopole özgü paralelliğin oluşumu için zorunlu olarak bağlantının varlığı gerekmemektedir. Hâlbuki bağlantı, eylem (ya da paralel davranışların) yanında uyumlu eylemlerin varlığı için zorunlu bir unsurdur. Dolayısıyla bunlarda paralellik, oligopolistik bağımlılık nedeniyle piyasa

132 Posner, R.: *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, London 1976, 42, 55 vd.

133 Bak. Witter, 55 vd; 229 vd.

134 Chang, 98.

135 Turner, 664.

136 Bu konuda bak. Höfer, 108 vd; Yüksel, 48 vd.; ayrıca bak. yuk. § 4, IV, A, 2, bb.

yapısından kaynaklanıp bağlantıya dayanmadığı için uyumlu eylemler olarak nitelendirilemez. Oligopole özgü paralellikler böylece maddî hukuk açısından m.4 ve 81'de yer alan danişikli ilişkilerin kapsamında olmadığı gibi, oligopole özgü paralelliklerin ispatlanması da uyumlu eylemlerin olduğunu göstermez.

Bununla birlikte ister dar ister geniş oligopolde olsun, teşebbüslerin bağlantıya geçmesinden doğan paralel davranışlar uyumlu eylemlere neden olurlar. Bunda şüphe yoktur¹³⁸. Bu yüzden paralel davranışlar, uyumlu eylemlerin varlığı için bir emare teşkil ederler. Doktrinde hâkim görüşe göre bilinçli paralel davranış tek başına uyumlu eylemlerin varlığını ortaya koyacak derecede "ciddi" bir emare değildir. Başka emarelerle desteklenmesi gerekir. Bununla birlikte paralel davranışın ispat gücünü piyasanın özelliklerine göre ayırarak ele almak gerekir. Geniş oligopolde ya da polipolde bilinçli paralellikler ilk görünüş ispatı sağlayacak derecede güçlü bir emare olarak kabul edilmeli ve bunun aksini ispat yükü teşebbüslere yüklenmelidir. Dar oligopollerde ise, kural olarak, paralel davranışlar uyumlu eylemler için ancak basit emare niteliğindedir ve emare sonucuna ulaşılması için bunların başka emarelerle desteklenmesi gerekir.

Aşağıda Amerikan, Türk ve AB rekabet otoritelerinin ve mahkemelerinin paralel davranışlara yaklaşımları ortaya konulacaktır.

2. Amerikan Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

a. Paralel Davranışların İş birliğinin İspatı İçin Yetersiz Görülmesi

Amerikan rekabet hukuku uygulamasında paralel davranışların niteliğine ilişkin tartışmaların FTC'nin 1948 tarihli iç yönergesinden sonra yoğunlaştığı görülmektedir. Bu belgede FTC, birden çok teşebbüsün, tümünün benzer tarzda hareket edeceği düşüncesi ve bilgisi içinde paralel eylem seyri izlemesini anlaşma olarak değerlendirdi¹³⁹. Böylece FTC açıkça teşebbüsler arasındaki paralel

137 Bak. Chang, 265.

138 Bak. Akıncı, 170.

139 ".....when a number of enterprises follow a parallel course of action in the knowledge and contemplation of the fact that all are acting alike, they have, in effect, formed an agreement....the obvious fact (is) that the economic effect of identical prices achieved through conscious parallel action is the same as that of similar prices achieved through overt collusion....." Bak. The

davranışları gizli iş birliği içine koymuş oldu. Özellikle oligopol pazarlarda görülen bilinçli paralel davranış; teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını bilinçli olarak takip etmelerinden dolayı yönerge kapsamına giriyordu ki bu tür davranış grupları Amerikan hukukunda "bilinçli paralellik doktrini" (conscious parallelism) adı altında toplandı. FTC bu sonuca varırken paralel davranışların ekonomik etkilerinden hareket etmiştir. FTC'ye göre oligopole özgü paralelliklerdeki tekdüze fiyat uygulamaları ile açık (overt) danışıklılığa dayanan paralel fiyat uygulamaları arasında ekonomik etkileri açısından bir fark bulunmamaktadır. Nitekim bu anlayışın doktrinde de taraftar bulunduğu yukarıda değinildi. Kuşkusuz rekabet üzerine sonuçlarından hareket ederek teşebbüs davranışlarının değerlendirilmesi Amerikan hukuku açısından gizli iş birliğinin unsurlarından (özellikle de anlaşma unsurundan) gerçekte (fiili olarak) vazgeçilmesi anlamına gelmekteydi.

Bununla birlikte Yüksek mahkeme, bazen anlaşma yerine uyumlu eylemleri koymakla birlikte, gizli iş birliğinin anlaşma unsurundan vazgeçmemiştir. Bir başka deyişle Yüksek mahkemenin ağır basan eğilimi ya da içtihadı, gizli iş birliği durumlarında herhangi bir şekilde gerçekleşen bir irade uyuşmasının varlığının şart olduğudur.

Bu nedenle Yüksek mahkemenin genel yaklaşımı, oligopole özgü paralelliklerin Sherman Kanununa aykırı olmadığı gibi, bir iradî uyuşmaya dayandığı gösterilmedikçe gizli iş birliğinin ispatı için de yeterli olmadığıdır. Nitekim Paramount kararında Yüksek mahkeme aşağıdaki ifadelere yer vererek FTC ve bu yöndeki doktrinin görüşlerini reddetmiş oldu: *"... yargısal sorun, davalıların davranışının bağımsız bir karardan mı yoksa açık ya da örtülü bir anlaşmadan mı doğduğudur. Doğrusu, teşebbüs davranışı, varlığından bir anlaşmanın varlığı çıkarılabilecek bir hâl ve şartlar delilidir.Fakat yüksek mahkemenin, paralel teşebbüs davranışlarının ispatının kâfi derecede bir anlaşmanın varlığını ispatladığını ya da başka bir deyişle böyle davranışların bizzat kendisinin Sherman Kanununa aykırı olduğunu kabul ettiği vaki değildir. Oligopole özgü paralellik (hâl ve şartlar delili) geleneksel yargısal tavrı içinde ağır ağır gizli iş birliğine doğru yol alıyor olabilir, ancak bunlar henüz tam olarak Sherman Kanunu anlamında gizli iş birliği olarak algılanmamaktadır"*¹⁴⁰.

Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, National Report, Washington D.C. 1955, Supp.: Antitrust Developments 1955-1968, 1968.

140 Theatre Enterprises, Inc v. Paramount Film Distributing Corp., 346 US 537, 540-541 (1954).

Nitekim Paramount kararından sonraki bir çok kararda da Amerikan uygulamasında aynı görüş sürdürülmüştür. Moore kararında sadece paralelliğin varlığı anlaşma olarak görülmezken¹⁴¹; Delawsre kararında, oligopole özgü paralelliğin gizli iş birliğinin ispatı için gerekli yasal standardı sağlamadığı ifade edilmiştir¹⁴². Wincester kararında da mahkeme, paralelliğin tek başına gizli iş birliğinin varlığı için yeterli olmadığını tekrarlamıştır¹⁴³.

Böylece Amerikan rekabet hukukunda emare ile ispat caiz görülerek, paralel davranışlar, destekleyici başka emarelerle birlikte iş birliğinin ispatında kullanılmaktadır.

Paralel davranışların yanında aranan bu emareler¹⁴⁴ ya da faktörler¹⁴⁵ ise Amerikan hukukunda artı faktörler (plus factors) olarak anılmaktadır¹⁴⁶. Bu artı faktörler, gizli iş birliğinin ispatının esas delilini oluşturan paralel davranışların yanında yer alır ve bu paralelliğin gizli iş birliği olarak değerlendirilmesine hizmet ederler¹⁴⁷.

b. Artı Faktörler Anlayışı

Artı faktörler, orta derecede, makul bir kişinin, teşebbüslerin davranışlarındaki paralelliği, bir anlaşmanın¹⁴⁸ sonucu olarak görmesine imkân veren her türlü emare,

141 Moore v Jas. H. Matthews and Co., 473 F. 2d 328, 330 (9th Cir. 1973).

142 Delawsre Valley Marine Supply Co. v American Tobacco Co., 297 F 2d 199, 202 (3d Cir. 1961)

143 Winchester Theatre Co. v Paramount Film Distributing Corp., 324 F. 2d 652, 653 (1st Cir. 1963)

144 Chang, 101.

145 Diekmann, 96.

146 Sullivan, 317 vd; Arceda/Kaplow, 279.

147 Bak. Arceda/Kaplow, 279; Sullivan, 317.

148 Daha önce değinildiği gibi, anlaşma gizli iş birliğinin bir unsurudur. Tıpkı (Türk hukukunda) bağlantı için olduğu gibi, Amerikan hukukunda da anlaşmanın ya da nyuşmanın varlığını ortaya koymak ihlâlin varlığı için zorunludur. Paralel davranışlar gizli iş birliğinin eylem (overt act) unsurunu karşılayabildiği için, bu faktörler sayesinde gizli iş birliğinin anlaşma unsuruna ulaşılmaya çalışılmaktadır.

yorum ve analizdir¹⁴⁹. Nitekim artı faktörlerin maddî ve ekonomik nitelikte olması mümkündür¹⁵⁰.

aa. Maddî ve ekonomik artı faktörler

Paralel davranışlarla, özellikle de oligopole özgü paralelliklerle birlikte bulduklarında gizli iş birliğinin ispatlanmış sayılmasına imkân veren artı faktörlerin neler olabileceği, büyük ölçüde söz konusu olayın somut özelliklerine bağlıdır¹⁵¹. Bunlar çok çeşitli olabileceği gibi her artı faktörün somut olaydaki ispat gücü birbirinden farklı olabilir¹⁵². Örneğin, C-O-Two Fire Equip Co v. US kararında, (rakipler arasındaki) düzenli haberleşme, ürünlerin standartlaştırılması, bir de artan talebe rağmen fiyatların ortaklaşa yükseltilmesi paralel davranışın gizli iş birliğine dayandığını gösteren artı faktörler olarak görülmüştür¹⁵³.

Nitekim teşebbüslerin paralel davranışlarının ulaştığı yoğunluk derecesi bir artı faktör olarak görülür. Teşebbüslerin ilişkilerinin düzeyi burada yoğunluğun derecesini belirlemektedir. Örneğin teşebbüslerin yalnızca fiyat üzerinde paralel politikalar izlemeleri ile (bunun yanında) diğer işletme konularında da paralellikler gözlenmesi arasında bir yoğunluk farkı bulunur. Teşebbüslerin faaliyetlerini paralelleştirdikleri alan genişledikçe, o derece paralel davranıştan gizli iş birliğine bir kaymadan söz edilebilir. Yine paralel davranışların görülme süresi, bu sürenin uzunluğu ve kısalığı da önemli bir artı faktör olabilir.

Özellikle teşebbüslerden birinin ya da birkaçının politikasındaki bir değişikliğe diğerlerinin uyumu sürecinin ne kadar zaman aldığı önemli bir artı faktördür. Teşebbüslerden birinin politika değişikliğinin akabinde diğer teşebbüslerin hızlı bir şekilde politika değişikliklerine gitmeleri hâlinde aralarında gizli iş birliğinin varlığından söz edilebilir. Fiyatı paralellik gösteren ürünün homojen olup olmadığı da bir artı faktör olabilir.

149 Bak ve kar. Sullivan, 319.

150 Bak. Monti, G.: Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly?, or Enforceable Competition?, World Competition, 19/1996, s.65-66

151 Chang, 99-100.

152 Oppenheim/Weston/McCarthy, 205.

153 C-O-Two Fire Equip Co. v United States, 197 F 2d 489, 497 (9th Cir. 1952) cert. denied 344 US 892, 73 S.Ct 211, 97 L.E. 690 (1952).

bb. Yorum ölçütü olarak işlev gören artı faktörler

Paralel davranışların görüldüğü her davada yeterince artı faktör elde edilmeyebilir. İşte özellikle maddî nitelikteki artı faktörlerin bulunamadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda devreye yorum ölçütü olarak işlev gören¹⁵⁴ iki artı faktör girer ki bunlar Venzie kararında formüle edilmiştir:

-teşebbüslerin eylemlerinin bireysel olarak düşünüldüğünde kendi ticarî çıkarlarına aykırı olması¹⁵⁵ ve/veya

-anlaşmak için tatmin edici, inandırıcı bir motivasyonun (gerekçe ya da nedenin) varlığı¹⁵⁶

Böylece çeşitli artı faktörler paralel davranışlarla birleştiğinde, bunlardan teşebbüslerin paralel kararlarının kendi çıkarıyla çeliştiği sonucu çıkarılabiliyorsa ya da bunların anlaşmaya dayandığını gösteren tatmin edici bir gerekçe bulunuyorsa gizli iş birliğinin varlığına kanaat getirilebilecektir¹⁵⁷.

Nitekim Milgram kararında, film dağıtıcısı teşebbüsler davacı sinemaya, filmin ilk gösterim hakkını vermeyi reddediyorlardı. Hâlbuki davacı diğer sinemalara göre çok daha yüksek bir gösterim ücreti ödemeyi öneriyordu. Aynı ayrı düşünüldüğünde teşebbüslerin bu teklifi reddetmeleri kendi çıkarlarına ters düşüyordu. Ret politikası ancak, teşebbüslerin tümünün, diğerlerinin de bu teklifi reddedeceği bilgisi içinde hareket etmeleri hâlinde anlam kazanıyordu. Sonuçta teşebbüslerin arasında gizli iş birliğinin olduğuna kanaat getirildi¹⁵⁸.

Artı faktörler altında toplanan¹⁵⁹ ve emare¹⁶⁰ ya da ekonomik delil¹⁶¹ olarak nitelendirilebilen bu tip yorum ölçütlerinin¹⁶² artı faktörlere olan gereksinimi azaltıcı

154 Chang, 101.

155 “...contrary to their own normal business interests.” Goyder, 98.

156 “-A showing of acts by defendant in contradiction of their own economic interests; and -satisfactory demonstration of a motivation to enter an agreement.” Venzie Corp. v United States Mineral Products Corp., 521 F2d 1309, 1314 (3d Cir. 1975).

157 Turner, 681.

158 Milgram v Loew’s Inc., 192 F2d 579, 583(3d Cir. 1952).

159 “Some ‘plus factor’, in addition to mere parallelism, is generally required to permit an inference of conspiracy.Such ‘plus factors’ may consist of a showing that the paralel action taken was contrary to defendants’ own economic interests and that the evidence demonstrated a motivation to enter into a conspiracy.” Oppenheim/Weston/McCarthy, 205; ayrıca bak Chang, 101; Kekevi,

etkisi vardır¹⁶³. Nitekim Milgram kararında iyi bir icabın toplu olarak reddediilmesine makul bir (rasyonel ya da ekonomik) açıklamanın getirilememesi üzerine, teşebbüslerin kendi çıkarlarına aykırı davranması gizli iş birliğine hükmedilmesine gerekçe olmuştur.

Teşebbüslerin kendi çıkarlarına aykırı davranışlarından söz edildiğinde, bu davranış ya da politikadan beklenen çıkarın rakiplerin davranışlarına bağlanmış olması anlaşılmalıdır. Yani ayrı ayrı düşünüldüğünde teşebbüslerin çıkarına aykırı politikalar, ancak ortak bir uygulama takip edildiğinde kazanç getirici olmaktadır. Bir başka deyişle, rakipler arasında yeterli derecede iş birliğinin yokluğunda, böyle bir davranışa girişilmesi ve bundan kazanç umulması beklenemez.

Interstate Circuit kararında, sekiz film üreticisi teşebbüs güçlü bir sinemanın talepleri doğrultusunda diğer sinemalara ilk gösterim hakkı vermeyi reddediyordu. Mahkemeye göre, ret politikasının kazanç getirici olması ancak tüm teşebbüslerin paralel şekilde hareket etmesi ile mümkündür. Aksi takdirde sinemaların, arzi reddeden firmayla ilişkilerini keserek, diğer teşebbüslerden film temin etmesi tehlikesi vardı. Bu da önemli bir işletme (ve müşteri) kaybı anlamına gelecekti¹⁶⁴. Böylece mahkeme teşebbüslerin davranışlarını ancak gizli iş birliği ile açıklanabilir gördü¹⁶⁵.

Amerikan hukukundaki ikinci ölçüte göre, paralel davranışların yanında teşebbüslerin anlaşmaları için ikna edici bir ekonomik neden (economic motiv) gösterilebilirse gizli iş birliğine hükmedilebilir. Bu ikna edici neden, örneğin, aşırı arza rağmen fiyatların yüksek tutulması olabilir¹⁶⁶ ki bu aynı zamanda pazardaki düşük ekonomik performansın (poor economic performance) da göstergesi sayılır¹⁶⁷.

Ancak ispat açısından, piyasadaki aşırı fiyat artışları, arzın talebe rağmen artmaması vb. gibi ekonomik analiz ve yorumların ispat hukukunda kullanılması çok

G.: Kolaylaştırıcı Eylemler Bağlamında Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Der. 8/2001, s. 28.

160 Chang, 101.

161 Bak. Monti, s.65-66; ayrıca bak. Kekevi, 28.

162 Chang, 101; Höfer, 280; bak. Ulmer, 32 vd.

163 Sullivan, 319.

164 Areeda/Kaplow, 282.

165 Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 US 208 (1939).

166 Bak. United States v FMC Corp., 306 F Supp. 1106 (E.D. Pa. 1969).

çeşitli ve farklı ekonomik değerlendirmelerin varlığı nedeniyle tereddütü bir konudur¹⁶⁸.

Maddî nitelikteki artı faktörlerin yokluğunda bu gibi yorum ölçütleri özellikle oligopolistik bağımlılıkta yetersiz kalmaktadır. Hatta birbirine bağımlılığın bir sonucu olarak teşebbüsler, aralarında bir anlaşma olmadan da kendi ekonomik çıkarlarıyla tam tamına örtüşmeyen kararlar alabilirler. Bunun temel nedeni, teşebbüslerin, rakiplerinin tepkisinden çekinmesidir. Örneğin, buna kapasitesi olmasına rağmen iki teşebbüsün birbirinin bölgesine müdahalede bulunmaması, böyle bir müdahale hâlinde kıyasıya bir rekabetle karşılaşma korkusundan doğabilir¹⁶⁹.

3. Avrupa Birliği Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

ATAD, Boya kararında paralel davranışların uyumlu eylemler olarak nitelenemeyeceğini açıkça ifade etmiştir¹⁷⁰.

Bununla birlikte Boya kararından paralel davranışların ispat açısından değerine ilişkin doğrudan bir yargı çıkarmak güçtür. Zira bu kararda paralel davranışların yanında, teşebbüslerin görüştüğü ve yazıştığı tespit edildi. Ayrıca farklı üretim ve maliyet yapıları, talebin esnekliği ve pazar evreleri ile ilgili ihlâlin varlığını destekleyecek bir çok başka emareler göz önüne alındı. Böylece Boya kararında maddî ve ekonomik nitelikli bir çok emare kullanılmış oldu. Öte yandan millî pazarlarla birlikte üreticilerin sayısı açısından ilgili pazar dar oligopol olarak görülmedi¹⁷¹.

167 Bak. Areeda/Kaplow, 283.

168 Bak. Marx, T.: Zum Nachweis aufeinander abgestimmten Verhaltens, BB., 7/1978, s. 332; Areeda/Kaplow, 283.

169 Bak. Areeda/Kaplow, 280 dn. 54.

170 "Although parallel behaviour may not by itself be identified with a concerted practice,...." ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

171 Örneğin; "In fact, from the number of producers concerned it is not possible to say that the european market in dyestuffs is, in the strict sense, an oligopoly in which price competition could no longer play a substantial role." ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

Bununla birlikte, Boya ve akabinde Şeker karteli kararlarında Divan, rakiplerinin mevcut ya da öngörülebilir tavırlarına teşebbüslerin kendilerini akıllıca bir tutumla adapte etmelerini caiz gördü.

Böylece teşebbüslerin birbirlerinin politikalarını yakın bir gözlem altında tuttuğu dar oligopol pazarlarda görülen oligopole özgü paralelliklerin uyumlu eylemler için yeterli bir ispat sağlayamayacağı görüşü Boya ve Şeker karteli kararlarında kendine uygun bir zemin bulmuş oldu.

Öte yandan ATAD Boya ve akabinde Şeker karteli kararlarında gerek dar gerekse geniş oligopollerde görülen paralel davranışların uyumlu eylemlerin ispatı açısından değerlendirilmesinde yalnızca teşebbüslerin sayısının dikkate alınmadığını ortaya koyan genel bir ölçüt kabul etti ki bu ölçüt pazarın normal şartlarına ya da normal pazar şartlarına uygunsuzluk ölçütüdür. Bu ölçüte göre, teşebbüslerin davranışları, pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açıcı bir özellik taşıdığı takdirde uyumlu eylemler ispatlanmış olacaktır. Nitekim her iki karar da pazarın hangi şartlarının bu değerlendirmede önem taşıdığı noktasında yol gösterici ifadeler taşır; pazarın türü ve hacmi (büyüklüğü), teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri, ürünün tip ve özellikleri bu noktada incelenmeye değer hususlardır¹⁷². Bu inceleme, piyasanın oligopol bir piyasa olup olmadığı, teşebbüslerin sayılarını ve pazar güçlerini ve ürünün niteliği gereği piyasada oluşabilecek farklılıkları açığa çıkarır; teşebbüsler arası bir paralel davranışın uyumlu eylem olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında önemli ipuçları verir.

Nitekim ATAD Şeker karteli kararında, tek tek davaları incelemeye geçmeden önce davaların incelenmesinde gerekli gördüğü iki genel çıkarıma yer vermiştir. Bunlardan birisi uyumlu eylemlere ilişkindir. Diğer ise Birlik örgütlenmesinin şeker piyasasındaki rekabet üzerine olan etkisidir. Bu bölümde Avrupa Birliği mevzuatının şeker piyasasında rekabete imkân tanıyıp tanımadığı ya da ne ölçüde tanıdığı incelenmiştir¹⁷³. Gerçekten Şeker karteli kararının kayda değer bir diğer özelliği,

172 *Suiker Unie and others v Commission, Cases C-40-48, 50, 54-56, 111, 114/73 ECR 1975, 1663, 1916.*

173 Karar tarihindeki ilgili mevzuat için bak. *Dashwood/Guy/Laddie/Leigh, 480 vd.*

karşılaşılan her olayda söz konusu (ilgili) pazarın özelliklerinin araştırılması gereğinin altının çizilmiş olmasıdır¹⁷⁴.

Öte yandan yine aynı ölçüt gereğince pazarın yapısının taşıdığı önemle bağlantılı olarak, paralel davranışların ispat açısından değeri de değişebilecektir. Zira pazarın normal (olağan) şartları ne denli rekabete uygun ortam sağlıyorsa paralel davranışlar o denli azalır. Pazar şartlarının sınırlı bir rekabet ortamı sağladığı durumlarda ise o oranda paralel davranışlar artmaya başlar. Zira rekabet *"mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce karar verilebilmesini sağlayan yarıdır"* (RKK m.3). Teşebbüslerin ekonomik karar verebilme özgürlüklerinin devlet ya da pazarın özellikleri gibi dışsal (teşebbüslerden kaynaklanmayan) etkenlerle kısıtlandığı ölçüde davranışlar birbirine benzemeye ve giderek yeknesaklaşmaya başlar.

Bir başka deyişle, pazarın normal şartlarının bir gereği ya da sonucu olarak AB hukukunda da pazarın yapısı, pazarın hâlihazırdaki durumu emarelerin değerlendirilmesinde ya da ispat faaliyetinde önemli bir rol oynar. Her emare farklı pazar hâl ve şartları ve pazar yapısına göre farklı ele alınır ve değerlendirilir¹⁷⁵. Bu açıdan uyumlu eylemlerin ispatında AB hukukunda da pazarın dar ya da geniş oligopol olması önemli rol oynar¹⁷⁶. Geniş oligopollerde dar oligopollere nazaran daha yoğun bir rekabet beklenir. Zira rakiplerin sayısındaki çokluk her bir teşebbüsün fiyat politikasında diğerlerinden bağımsız hareket etmesi imkânını artırır. Bu yüzden alıcı ve satıcı sayısının yüksek olduğu pazarlarda oligopole özgü paralelliklerin görülmesi ihtimali düşüktür. Doktrinde bu tür pazarlarda paralel davranışların ispat açısından değerine kuşkulu yaklaşılmasının bir diğer nedeni, paralelliğin tamamen tesadüfi olması ihtimalinin varlığıdır¹⁷⁷. Ancak bu ihtimalin düşüklüğü karşısında, uyumlu eylemlere işaret eden, örneğin, davranışların zamansal açıdan yakın aralıklarla paralelleştirilmesi gibi birkaç emarenin varlığı ispatın sağlanmış kabul edilmesi için yeterli görülmektedir¹⁷⁸. Aynı şekilde geniş oligopollerde paralel davranışların süreklilik göstermesi, bir başka deyişle hatırı sayılır bir zaman boyunca (örneğin fiyatlarda görülen) yeknesaklık ispat açısından

174 Suiker Unie and others v Commission, Cases C-40-48, 50, 54-56,111, 114/73 ECR 1975, 1663, 1916.

175 Chang, 140.

176 Bak. Sanlı, 154 dn. 71.

177 Chang, 141; Marx, 332.

yeterlidir. Böylece geniş oligopollerde, bir bakıma, paralel davranışların görülmesi ile birlikte gerekli ispat düzeyine de ulaşılmış olmaktadır. Bu açıdan geniş oligopollerde paralel davranışlar uyumlu eylemlerin varlığına kuvvetli emare teşkil ederler¹⁷⁹.

Öte yandan geniş oligopollerde paralel davranışların sağlanmasının güçlüğü, beraberinde teşebbüslerin "açık verme" ihtimalini de yükseltmektedir. Çünkü bu pazarlarda teşebbüslerin birlikte hareket etmesi için düzenli ve sık aralıklarla bir araya gelinmesi gerekir¹⁸⁰. Hâliyle bağlantıya ilişkin emare ve delil bulma ihtimali yükseldiği gibi, pazarın normal şartlarına uygunsuz bir yapının varlığı da daha kolay gösterilebilir. Bunun için paralel davranışların içinde gerçekleştiği ekonomik çevre ve şartlar (ekonomik bağlam, economic context)¹⁸¹, yani pazarın yapısı ve büyüklüğü, teşebbüslerin sayısı ve gücü, ürünün tipi ve özellikleri ile ilgili; endüstriyel yapı, üretim kapasiteleri, giriş engelleri, çıktı maliyetleri, verimlilik, hammadde kapasitesi, ürünün ikame edilebilirlik durumu, patent ve lisans hakları, ticarî uygulamalar, fiyat ve talebe ilişkin göstergeler kullanılabilir¹⁸².

178 Chang, 140.

179 Chang, 118. "Although parallel behaviour may not by itself be identified with a concerted practice, it may however amount to strong evidence of such a practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market..." ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.

180 Joshua, 332.

181 Mahkemelerin, teşebbüslerin ilişkilerini, içinde gerçekleştiği ekonomik bağlama göre değerlendirdiği durumlarda da (Bak. NV IAZ International Belgium and others v. Commission, Cases 96-102, 104, 105, 108, 110/82, ECR 1983, II-3369; ayrıca bak. Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm, Case 56/65, ECR 1966, 235; Brasserie De Haecht v. Wilkin Janssen, Case 23/67, ECR 1967, 407; Delimitis v. Henninger Bräu AG, Case C-234/89, ECR 1991, I-935.) pazarın normal şartlarına uygunsuz bir durumun olup olmadığı araştırıldığı kabul edilmelidir.

182 Doktrinde uyumlu eylemlerin ve gizli iş birliğinin ispatında kullanılan emare ve deliller arasında bir ayrım yapılmaksızın bunların tümü, maddî (tangible) ve ekonomik (economic/business) deliller olarak ikiye ayrılabilir. Maddî delillerle daha çok bağlantının varlığına ilişkin emare ve deliller kastedilirken; ekonomik delillerle, kendisinden uyumlu eylemlerin ya da gizli iş birliğinin varlığının çıkartıldığı, her türlü delil, emare, yorum ölçütleri, ekonomik analiz ve incelemeler kastedilebilmektedir. Bak ve kar. Monti, 65-66; Joshua, 334, ayrıca bak. Kekevi, 28. Nitekim Joshua, yukarıda sayılan vakıaları ekonomik deliller (economic evidence) başlığı altında incelemektedir. Hâlbuki bunlar pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütünün emare vakıaları niteliğindedir. Böylece yukarıdaki emare vakıaları ile emare sonucuna yani pazarın normal şartlarına uygunsuzluğun olduğuna ulaşılır. Zira bu ölçüt, hukukî açıdan fiilî bir karine olup, ilk görünüş ispatına yol açan kuvvetli bir emare özelliği gösterir. Fiilî karinelerle ilk görünüş ispatı arasındaki ilişkiye daha önce ispatın genel özellikleri açıklanırken değinilmişti.

Görüldüğü gibi, geniş oligopollerde bağlantının varlığını gösteren emarelerin bulunmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda, pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütünün yardımıyla paralel davranışlardan uyumlu eylemlere varılabilmektedir. Dar oligopollerde ise oligopolistik bağımlılık, ekonomik analiz ve değerlendirmelerle paralelliklerden uyumlu eylemlere varılmasının önünde büyük bir engeldir¹⁸³. Bir başka deyişle oligopole özgü paralellikler, bağlantı ya da bağlantıya işaret eden emareler gösterilmedikçe ispat açısından yetersiz kalır¹⁸⁴.

Nitekim Kâğıt Hamuru kararında¹⁸⁵ Komisyon, paralel fiyat artışlarının yanında bağlantıya ilişkin yeterli emare bulamamış; pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütünden hareketle ihlâlin varlığına hükmetmiştir. Komisyon için, ilgili pazarda çok sayıda teşebbüsün bulunması, üretim ve nakliye maliyetlerinin farklı olmasına rağmen uzun süre normalden yüksek ve paralel seyreden fiyatlar uyumlu eylemlerin ispatı için yeterli olmuştur. Bu olayda Komisyon pazarda oligopolistik bağımlılığın olmadığından hareket etmiştir. ATAD ise aynı olayda pazar oligopolistik bağımlılığa elverişli görmüş ve bu nedenle Komisyonun kararını bozmuştur¹⁸⁶.

Uyumlu eylemler için zamansal boyut, yani paralel davranışların çok hızlı gerçekleşip gerçekleşmediği önemli bir emaredir¹⁸⁷. Bununla birlikte az sayıda teşebbüsün bulunması, bunların birbirlerinin davranışlarından haberdar olma

Bu durum bir örnekle şu şekilde açıklanabilir: Gerçek (ya da fiili) çıktı maliyetleri, verimlilik ve giriş engelleri (emare vakıaları) ; "ilgili pazarın yapısı ve büyüklüğü, teşebbüslerin sayısı ve gücü, ürün tipi ve özellikleri" bakımından görülmesi beklenen (teorik) çıktı maliyetleri, verimlilik ve giriş engellerinden sapma gösteriyorsa, pazarın normal şartlarına uygunsuzluğun olduğu sonucuna (emare sonucu) ulaşılabilir. Pazardaki fiili çıktı maliyetleri, verimlilik ya da giriş engellerini gösteren, yazılı belgeler, dokümanlar, tanık beyanları, keşif, hatta bunların doğruluğuna dair yemin vb.leri ise işte bu emare vakıalarını gösteren delillerdir.

183 Chang, 118.

184 "The situation prevailing in this case seems to have been more characteristic of that which could give rise to what is known in economic theory as 'barometric price leadership' (1). This does not remove from undertakings the ability to 'determine independently the policy which (they intend) to adopt on the common market'. Under such circumstances, parallel pricing behaviour in an oligopoly producing homogeneous goods will not be in itself sufficient evidence of a concerted practice. However, sufficient evidence may result from parallel pricing in combination with other indications, such as contacts between undertakings on desirable price changes prior to price changes, or the exchange of information which reinforces contacts to this kind." Zinc Producer Group, OJ 1984 L 220/27.

185 Wood Pulp, OJ 1985 L85/1.

186 A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; ECR 1993, I-1307.

süresini de kısıltacaktır. Yine de burada da, tüketici üzerinden gerçekleşen ve bu nedenle caiz olduğunda şüphe olmayan bilgi akışına göre çok kısa bir zaman içinde rakip davranışları hakkında bilgi edinilmiş olması şüphe uyandırıcı bir durumdur¹⁸⁸.

4. Türk Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

a. Oligopole Özgü Paralellikler

Turkcell/Telsim olayı, Kurula; Telsim¹⁸⁹ ile Turkcell¹⁹⁰'in uyumlu eylemler içinde buldukları ve hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası ile intikal etmiştir. Rekabet kurallarına aykırılık iddiası ile yapılan başvuruda bu iki firmanın telefon görüşmelerinin bedelini benzer şekilde belirledikleri ve eş zamanlı artırdıkları, şebeke dışı aramalarda zorluk çıkardıkları, abonelerine indirimli fiyatla sattıkları cep telefonlarının diğer firmanın sim kartına uygun olmadığı ve böylece tüketiciyi o firma tarafından sunulan hizmete bağladıkları ileri sürülmüştü.

Kurul yaptığı araştırma neticesinde, iddia konusu vakıaların varlığını tespit etti. Bununla birlikte kamu müdahalesi altında, imtiyaz sözleşmesi aracılığıyla görülen hizmet, fiyat rekabeti için dar bir alan bırakıyor; buna rağmen fiyatlar arasında farklılık bulunuyordu. Öte yandan GSM sisteminin işleyişinden kaynaklanan zorunluluklar eş zamanlı fiyat ayarlamaları yapılmasını gerektiriyordu. *“Operatörlerin şebeke içi görüşmelerde sadece kendi altyapılarını kullanmaları, şebeke içine ve dışına farklı fiyat uygulanmasının doğal kabul edilmesi gerektiği sonucunu”* ortaya koymaktaydı.

Kurul, teşebbüsler arasında uyumlu eylem teşkil edecek bir bilinçli paralel davranışın gerçekleşmediğine ve oligopolistik pazarın özelliklerinden kaynaklanan; firmaların birbirlerinin hareketlerini dikkate almak zorunluluğuna değinerek hukuka aykırılık iddiasını reddetti¹⁹¹.

187 Marx, 332; Chang, 143.

188 Bak. yuk. § 4, III, B, 1.

189 Telsim Mobil Telekomünikasyon AŞ.

190 Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ.

191 K.Sa.: 99-57/614-391 K.T.: 14.12.1999.

Kurulun istikrarlı uygulaması da bu yöndedir. "Her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerinden bağımsız olarak fiyatlarını paralel olarak artırdıklarını ortaya koymakta ise de pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi bir zorunluğu gerekli kılması ,..... (ve diğer sebeplerle)....., bu artışların, bir uyumlu eylem neticesinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır"¹⁹².

Görüldüğü gibi, Kurul paralel davranışların uyumlu eylemlerin ispatındaki önemini kabul etmekte birlikte, oligopolistik bağımlılığa dayanan paralel davranışları yasak kapsamında görmemektedir. Böylece paralel davranışlarla oligopole özgü paralelliklerin ispat gücü arasında fark doğmaktadır. Paralel davranışlar uyumlu eylemlerin ispatı için (Kurulun ifadesiyle) "önemli deliller"ken -ki bu ifadenin kuvvetli emarelerdir şeklinde anlaşılması uygun olur-, oligopole özgü paralellikler uyumlu eylemlerin varlığına ancak basit emare olabilirler.

Paralel davranışların ispat gücü bu ikisi arasında pazarın özelliklerine göre farklılık gösterebilecektir. Nitekim oligopolistik bağımlılığın şiddetini belirleyen bu özellikler, karara göre, şöyle sıralanabilir:

- teşebbüslerin sayısı
- ürünün homojen olup olmadığı
- pazarın şeffaflığı (haberleşmenin kolay olup olmadığı) ve
- teşebbüslerin birbirine yakın güçte olup olmadıkları.

b. Uyumlu Eylemler Karinesi

Paralel davranışların oligopolistik bağımlılıktan dolayı uyumlu eylemlerin ispatında yetersiz kalması, teşebbüslerin arasındaki bağlantının ise ispatındaki güçlükler, Amerikan hukukunda artı faktörler, Avrupa Birliğinde ise pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütü ile aşılmaya çalışılmıştır.

Türk hukukunda ise, bu sorunla bizzat kanun koyucu ilgilenmiş ve uyumlu eylemlerin ispatında paralel davranışlardan yola çıkarak uyumlu eylemlere

192 Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, RK kararı, K. Sa.: 00-24/255-138, K. T.: 27.06.2000.

varılmasını sağlayan bir karine getirmiştir ki bu karine, uyumlu eylemler karinesi olarak adlandırılmaktadır¹⁹³.

RKK m.4/IV'e göre; *"Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin bozulduğu, engellendiği veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder"*.

Söz konusu karineye göre, bir anlaşmanın, yani taraflar arasında bir irade uyuşmasının "ispatlanamadığı" durumlarda, pazarın fiilî durumundan hareket edilmek suretiyle teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karar verilebilecektir.

Buna karar verecek organ Rekabet Kuruludur. Kurulun karine çerçevesindeki değerlendirmesi esas itibarıyla bir karşılaştırma faaliyetidir. İlgili pazardaki fiilî durum, rekabetin sınırlanmış olduğu "farazi" "ilgili" pazarla kıyaslanacak ve teşebbüslerin eylemleri arasında bir benzerlik bulunduğu takdirde uyumlu eylemlerin gerçekleştiği kabul edilecektir.

Kanun koyucunun ifadesine göre bu olaylar piyasada normalde görülmeyecek şekilde gerçekleşen "fiyat değişimleri, arz-talep dengesindeki aksaklıklar ve bölge sınırlamaları"dır. Tüm bunlar esas itibarıyla piyasanın normal işlemediğinin, rekabetin sınırlandırıldığının belirtileri ya da emareleridir. Bu emarelerden yola çıkarak, teşebbüslerin arasında bağlantının bulunduğu ve bağlantı ile de bunlar arasında nedensellik bağı bulunduğu kabul edilerek uyumlu eylemlerin gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır. Böylece karine sayesinde, piyasada "normalde" görülmeyecek bu vakıalarla uyumlu eylemler ispatlanmış olmaktadır.

Normalden kasıt burada, *teşebbüslerin rekabet içinde olmaları hâlinde piyasada görülecek olan şartlardır*. Bir başka deyişle, "normal"; teşebbüslerin rekabet içinde oldukları bir ortamda varlığı beklenen fiyat, arz-talep ilişkisi ve benzerlerini ifade etmektedir. Bu durumda normal fiyat ya da arz-talep dengesi belirlenirken ilgili pazarın özellikleri ön plâna çıkmaktadır.

Bu nedenle karşılaştırma yapılırken herhangi bir pazarın değil ilgili pazarın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle *aynı pazarda aynı şartlar altında*

193 Bak. Aslan, Türk hukuku, 85 vd.; Nitekim bizzat Kanun koyucu da RKK m.59'um gerekçesinde, 4. maddedeki karineyi uyumlu eylemler karinesi olarak adlandırmıştır.

teşebbüsler rekabet içinde hareket etselerdi görüleceği varsayılan rekabet şartları pazarn normal şartları olmaktadır. Bu yüzden "normal pazar şartlarından" söz etmektense "(ilgili) pazarn¹⁹⁴ normal şartlarından" söz etmek daha uygun olur.

Uyumlu eylemler karinesini düzenleyen RKK m.4/III'e göre, aşağıdaki üç durum açısından ilgili pazar, rekabetin sınırlandığı piyasalara benzerlik gösteriyorsa, bu pazarda rekabetin uyumlu eylemler yoluyla sınırlandığı kabul edilir. Bu üç durum:

-piyasadaki fiyat ilişkileri

-arz ve talep dengesi veya

-teşebbüslerin faaliyet bölgeleri açısından pazarn normal şartlarına aykırılıklardır.

Bir başka deyişle, ilgili pazarda, rekabetin sınırlandığı pazarlarda olduğu gibi fiyat hareketi, arz-talep ilişkisi veya bölge paylaşımı oluyorsa karine sonucuna ulaşılabacaktır.

Karineye dayanılabilmesi için, teşebbüslerin pazarda öyle eylemlere girişmiş (ya da öyle pazar politikaları uygulamış) olmaları gerekir ki bunların "sonucunda", fiyatın ya da arz-talep ilişkisinin normal sayılamayacak bir seyri olmalıdır.

Bu açıdan "rekabetin sınırlandığı piyasalara benzerlik" emare sonucunu doğuran emare vakıaları (eylemler) kısaca şu şekilde ifade edilebilir:

-(normalde görülemeyecek) fiyat değişimleri sonucunun emare vakıaları olarak; paralel fiyat artışlarına gidilmesi, fiyatın yakın aralıklarla artırılması ya da düşürülmesi, fiyatın eş zamanlı olarak artırılması, fiyatın aynı ya da benzer oranda artırılması, hatta benzer taksitlendirme ve ödeme usulleri uygulanması vb.,

-arz-talep ilişkisinin emare vakıaları olarak; görülmesi beklenen arz-talep ilişkisinden sapan eş ya da yakın zamanlı kapasite azaltma ya da üretimi düşürme, piyasaya mal arzında eş zamanlı kısıtlamaya gitme ya da daha geniş bir ifadeyle çıktıların kontrolü vb.,

-faaliyet bölgeleri ile ilgili olarak; belirli bölgeler için karşılıklı olarak bayilik taleplerinin reddi, belirli bölgelere karşılıklı olarak aynı ya da eş zamanlı arzın

194 İlgili Pazar (Relevant market, Relevant Markt) kavramı hakkında bak. Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition Law, OJ 1997 C 372/5; Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1) Rn. 203 vd; Eilmansberger, in: Streinz, vor Art. 81 Rn. 31 vd; Schröter, in: Schröter/Jakop/Mederer, Art. 81 Abs.1 Rn. 129 vd.

reddedilmesi ya da (müşteri bazında bölge paylaşımı dahilinde) belirli müşterilerin alım taleplerinin karşılıklı olarak geri çevrilmesi, bir diğerinin bölgesi dahilindeki bayilik taleplerinin reddi, buraya arzın yapılmaması ya da buralardan gelen alım taleplerinin geri çevrilmesi ya da bu bölgeye bölgedeki rakip teşebbüs eliyle arzın yapılması gibi.

Görüldüğü gibi tüm bu durumlarda ya da tüm bu emare vakıalarında teşebbüslerin eş ya da yakın zamanlı ya da karşılıklı paralel davranışları söz konusudur. Teşebbüslerin tümü fiyatı artırmakta ya da fiyat değişikliğine gitmekte, üretimi azaltmakta ya da artırmakta, veyahutta bir diğerine rekabetin olmadığı ya da azaldığı bir bölge sağlamaktadır.

Bu nedenle de uyumlu eylemler karinesi, paralel davranışları uyumlu eylem kabul etmeye yönelik bir karinedir. Bir başka deyişle piyasa şartlarına uygun olmayan sonuçlar doğuran paralel davranışların bir bağlantıya dayandığı kabul edilmektedir. Hâliyle karine sayesinde, bağlantıyla paralel davranışlar arasında nedensellik bağının olduğunu da ispatlamaya gerek kalmamaktadır.

Uyumlu eylemler karinesi, kanunî bir karinedir. AB rekabet hukukundaki pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütünün Türk hukukundaki karşılığıdır. Gerçekten de bu ikisi arasında birisinin kanunda düzenlenmiş olması dışında esaslı bir fark yoktur. Hatta pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütü rahatlıkla fiilî bir karine olarak nitelendirilebilir ve bu nedenle Türk hukukunda AB rekabet hukukunun fiilî karinesinin yasalaştığını söyleyebilir.

5. Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İspatla İlgili Bazı Özel Durumlar

a. Riskin Azaltılması

ATAD, Boya ve akabinde Şeker karteli kararında uyumlu eylemleri, pazardaki belirsizliği ortadan kaldıran¹⁹⁵ ve böylece "rekabetin risklerine karşı" bilinçli olarak ikame edilen (rekabetin risklerinin yerine geçen) bir iş birliği şekli¹⁹⁶ olarak gördü.

195 "By means of these advance announcements the various undertaking eliminated all uncertainty between them as to their future conduct and, in doing so, also eliminated a large part of the risk usually inherent in any independent change of conduct on one or several markets." ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619 ; "The Documents....show that the applicants contacted each other and that they in fact pursued the aim of removing in advance any uncertainty as to the future conduct of their competitors." Suiker Unie and others v Commission, Case C-40-48, 50, 54-56,111, 114/73 ECR

Kurul da Maya kararında, uyumlu eylemler yoluyla "(piyasada rekabet edilmesini sağlayan) belirsizliğin" azaltılması ve pazarın şeffaf hâle getirilmesinden söz etmiştir¹⁹⁷.

Maddî açıdan gerçekten de uyumlu eylemler, piyasadaki belirsizliği hafifleterek ve pazarı şeffaflaştırarak rekabetin risklerini azaltmaya yönelmişlerdir¹⁹⁸. Nitekim bunu pazarın yapısı vb. nedenlerle riskin azaldığı durumlardan ayırmak için, uyumlu eylemlerde yapay olarak riskin azaltılmasından (künftliche Risikoverminderung) söz edilmektedir¹⁹⁹.

Yapay olarak riskin azaltılması, teşebbüslerin arasındaki iş birliğinin, rekabetin risklerinde yapay bir azalma sağlaması ya da bir başka deyişle iş birliğinin rekabete bağlı riskleri azaltması ya da daraltması olarak ifade edilebilir²⁰⁰.

Rekabetin risklerinin azaltılmasının uyumlu eylemlerin ispatındaki rolünün ise ayrıca sorgulanması gerekir. Buradaki sorun, asıl itibarıyla, paralel davranışların görüldüğü bir piyasada, rekabetin risklerinin azaldığının ispatlanması hâlinde, uyumlu eylemlerin ispatlanmış sayılıp sayılamayacağı sorunudur.

Aslında riskin azaltılması, riskin tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelmez. Hatta hukuken korunmuş ve ihlâli yaptırıma bağlanmış olmamaları, uyumlu eylemler ve anlaşmaları daha baştan riskli ilişkiler yapar. Zira bu gibi ilişkilerde, değişen şartlara göre kartelden "sıkılan" bir teşebbüsün, daha kârlı gördüğü bir politikayı benimseyerek iş birliğine son verme ihtimali hemen her zaman vardır²⁰¹.

Öte yandan (uyumlu eylemlerde dahil) danışıklı ilişkilerle sağlanan yapay şeffaflık ve gelecek davranışlara ilişkin belirlilik, rekabetin risklerinde bir azalmaya

1975, 1663; bak. Musique Diffusion Française v. Commission, Cases 100-103/80, ECR 1983, 1825.

196 ".....knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition." ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619; aynı yönde Suiker Unie and others v Commission, Cases C-40-48, 50, 54-56,111, 114/73, ECR 1975, 1663; bak. Musique Diffusion Française v Commission, Cases 100-103/80, ECR 1983, 1825.

197 Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, RK kararı, K. Sa.: 00-24/255-138, K. T.: 27.06.2000.

198 İş birliği (combination and conspiracy) için de aynı yönde bak. Hay, Agreement, 128.

199 Ulmer, P.: Anmerkung zum "Teerfarben"-Urteil des EuGH, AWD 1972, s. 474; Sauter, H.: Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen (§ 25 GWB), Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, 66/1973, s. 686; Lübbert, 61; Chang, 79.

200 Marx, 334.

yol açar. Bununla birlikte, rekabetin risklerinde görülen her azalma, rekabete aykırı ve bir danışıklı ilişkiye dayanıyor görülemez²⁰². Zira daha doğru ve isabetli kararlar verebilmeleri için teşebbüslerin rekabetin risklerinin azalmasında yararları vardır. Böylece rakiplerinin davranışları hakkında elde edilen ön bilgilerin sağladığı belirlilik ve şeffaflığın getirisi, teşebbüslerin pazardaki konumlarını sağlamlaştırma olmaktadır²⁰³. Özellikle paralel davranışlar rekabetin risklerini azaltma fonksiyonu da görür. Bu konuya oligopolistik bağımlılık incelenirken değinildi. Nitekim Axter'e göre bir teşebbüsün rekabetin risklerini azaltma çabası yalnızca caiz değil, aynı zamanda sağlam politikalar üretmek için zorunludur da²⁰⁴. Bu nedenle paralel davranışlarla birlikte riskin azaltılmış olması sonucu ispatı sağlamaz. Rekabet hukuku, bu noktada, pazarda rekabet riskinin azaltılıp azaltılmadığı ile değil; hangi araç, yol ya da yöntemlerle azaltıldığı ile ilgilenmektedir²⁰⁵.

Buna karşın, rekabetin risklerinin ve piyasadaki belirsizliğin, rakiplerin politikalarının bağlantı dışındaki bir yolla öğrenilerek giderilmesi durumunda, "doğal olarak" rekabetin risklerinin azalmasından söz edilebilir. Örneğin, teşebbüslerin kendi çaba ve yöntemleriyle, piyasa araştırmaları yaparak rakiplerinin fiyat vb pazar politikalarını öğrenmelerinde bir sakınca yoktur. Daha önce değinildiği gibi, önemli olan buradaki bilgi akışının ne şekilde gerçekleştiğidir. Örneğin, pazara yansdıktan sonra rakiplerinin fiyatını öğrenen bir teşebbüsün, buna benzer politikalar benimsemesi hâlinde, rekabetin risklerini "yapay olarak" azalttığından söz edilemez.

b. Kendi Çıkarlarına Aykırı Davranma

Doktrinde, Avrupa Birliği hukuku için de, kendi ekonomik çıkarlarına aykırı davranmanın paralel davranışın ispat gücünü artıran bir ölçüt olduğu kabul edilmektedir²⁰⁶.

201 Höfer, 254-255.

202 Höfer, 254; Hefermehl, W.: Risikobeschränkung durch abgestimmte Verhaltensweisen, BB., 1972, 1469 vd. ; Ulmer, 14, 25; Sauter, 686.

203 Bak. Höfer, 254; Hefermehl, 1469 vd., 1471-1472; Ulmer, 14, 25; Sauter, 686.

204 Axter, 616 vd.

205 Kar. Hay, Agreement, 128.

206 Ulmer, 32 vd; Eilmansberger, in: Streinz, Art. 81 Rn. 21; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 33; in Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (EG), Art. 85 Abs.1-A, Rn. 131; Emmerich, in: Dausers, § 1, Rn. 88.

Türk hukuku için de aynı kanaate varmak gerekir. Şu hâlde kendi çıkarlarına aykırı davranma ölçütünün mantığı ve ne anlama geldiği üzerinde durmakta yarar vardır.

Bilindiği gibi, uyumlu eylemlerin ispatı için en önemli emare paralel davranışlar olmaktadır. Paralel davranışlar, pazarda normalde varlığı beklenen çeşitlilik yerine, birbirine benzer davranışların görülmesidir. Böylece bu benzerliğin, bir bağlantının sonucu olduğunu söylemek kolaylaşır.

Paralelliğin nedeni ya da hedefi, neticede, çeşitlilikle elde edilemeyecek kazancın elde edilmesi; kârın artması, mevcut pazar konumunun korunması ya da pazar payının azalmasının önlenmesi gibi çıkarlardır. Yani teşebbüsler, paralelliğin kendilerine çıkar sağlayacağı düşüncesinden hareketle davranışlarını paralelleştirirler. Paralel davranışlar sonucunda kazanç gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin, bu sonuç, teşebbüslerin başlangıçtaki paralellik kararlarının gerekçesini etkilememektedir. Her bir teşebbüs, diğer teşebbüslerin benzer davranışları sonucu, piyasada oluşan lehlerine yeni durumdan kazanç elde etmek ya da çıkar sağlamak için paralel bir politika izlemeye karar vermektedir.

Hâliyle bu kazanç, paralel davranışların görülmesi (ya da paralel politikaların izlenmesi) hâlinde elde edilecek bir kazançtır. Teşebbüslerin birbiri ardınca politikalarını paralelleştirmediği durumlarda paralellik kazancı gerçekleşmez. Bu açıdan paralel davranışlar, her bir teşebbüsün tek başına uyguladığında kendisine kazanç getirmesi beklenmeyen davranışlardır. Bunların kazanç getirmesi için birlikte uygulanması gerekir. Bir başka deyişle A, B, C ve D'nin bulunduğu bir pazarda, A'nın fiyatını %20 artırmısından kazanç elde edebilmesi (hatta bundan dolayı pazar payını kaybetme riskini göze alabilmesi), diğerlerinin de fiyatlarını artırmalarına bağlıdır. Yoksa A için, yeni politikasında başarısızlık ve pazar payında önemli kayıplarla karşılaşma riski söz konusudur.

Paralel davranışların bu özelliği, ispat aşamasında da kullanılmaktadır. Daha önce Amerikan hukukuna ilişkin olarak da ifade edildiği gibi, paralel davranışlar, tek tek teşebbüslerin bireysel çıkarları ile bağdaşmayacak nitelikte görülüyorsa, durum iş birliğinin varlığına işaret eder. Bu açıdan kendi çıkarına aykırı davranma, genel bir ifadeyle, *ekonomik yaşamdaki normal, dürüst ve orta vasıftaki bir teşebbüs için cazip ve kaçınılmayacak görülen sözleşme teklifleri vb. iş fırsatlarının tüm rakiplerce*

*toplu şekilde geri çevrilmesidir. Bu anlamda kendi çıkarlarına aykırılık ölçütü, ayrımcılık ve boykot türü uygulamalarda kullanılmaya daha elverişlidir*²⁰⁷.

Son olarak, buraya; kendi çıkarlarına aykırılık ölçütünün uyumlu eylemlerin ispatında fazla fayda sağlamayacağı, zira danışıklılıktan doğan çıkarla bireysel çıkan ikna edici şekilde birbirinden ayırmanın pratikte güçlük arz edeceğinin bazı yazarlarca ifade edildiğini ekleyelim²⁰⁸.

B. İspat Açısından Bağlantı

İspat açısından bakıldığında da, paralel davranışlar yalnızca uyumlu eylemlere hasredilemez. Zira anlaşmaların ya da birlik kararlarının sonucunda da pazarda paralel davranışlar görülebilir. Bununla birlikte paralel davranışlar, bir anlaşmanın ya da kararın ispatlanmadığı durumlarda özel bir önem kazanır.

İspat açısından anlaşmanın varlığı, teşebbüslerin irade beyanlarının uyuştuğunun gösterilmesi ile mümkündür. Bu uyuşma, rekabeti sınırlayan ya da sınırlayabilecek olan konu üzerinde sağlanmış olmalıdır²⁰⁹. Eğer bu yönde bir uyuşma gösterilemezse anlaşmadan söz edilemez. Aksine böyle bir uyuşma ispatlandığında ise, artık uyumlu eylemlerin araştırılması gerekmez.

Paralel davranışların varlığına rağmen, teşebbüslerin anlaşığına kanaat getirilemezse, bu sefer aralarında bir yakınlaşma süreci yaşanıp yaşanmadığı araştırılacaktır²¹⁰. Bu araştırma sonunda teşebbüslerin paralel davranışlarda

207 Kar. Höfer, 280-281.

208 Höfer, 280-281.

209 Teşebbüsler rekabeti sınırlama niyetiyle hareket etmemiş olsalar da, anlaşmaları doğrudan ya da dolaylı olarak böyle bir sonuç doğurabilecekse, ortada rekabeti sınırlama amacı taşıyan bir anlaşma vardır. Çünkü rekabeti sınırlama amacının olup olmadığı, tarafların niyetine göre değil, anlaşmanın konusuna göre belirlenecektir.

210 “Önaraştırma sonucunda Kurum raportörleri tarafından hazırlanan Önaraştırma Raporu Kurul'a intikal etmiş olup, raporda özetle; fiyat paralelliği uygulamasının incelendiği, ancak taraflar arasında akdedilmiş açık bir fiyat anlaşmasına rastlanmadığı, elde edilen delillerin fiyat birlikteliğinin anlaşma yoluyla yürütüldüğünü dolaylı olarak ispata da yeterli olmadığı, dolayısıyla fiyat paralelliği iddiasının ancak uyumlu eylem karinesine dayandırılabilceği,”
“Söz konusu uyumlu eylem, tüm fabrikaların katıldığı fiyat anlaşmalarının bir parçası, bu anlaşmaların Batıçim ve Çimentaş açısından İzmir merkezi ve yakın çevresinde etkili bir sonuç doğurmasını sağlamaya yönelik eylemlerdir. Dolayısıyla, fiyatların tespiti konusunda anlaşmaların varlığı ortaya konulduktan sonra, uyumlu eylem iddiasının üzerinde ayrıca

bulunacak kadar yakınlaştığı anlaşılırsa uyumlu eylemler ispatlanmış olacaktır. Bir başka deyişle paralel davranışların teşebbüslerin arasındaki bağlantıdan doğduğu ispatlandığında uyumlu eylemler ispatlanmış olur.

Bununla birlikte, teşebbüslerin bağlantı içinde olduğunu ortaya koymak oldukça güçtür. İşte paralel davranışlar bu noktada önem kazanır ve *varlıkları bile çoğu zaman bir yakınlaşmanın olduğuna işaret eder*. Bu yüzden bu kanaati güçlendirecek, ek bazı emarelerin bulunması ile uyumlu eylemlere ulaşılabilir. Bu ek emareler teşebbüslerin bağlantı içinde olduklarına dair emarelerdir.

Görülüyor ki uyumlu eylemlerde emareler özellikle bağlantının ispatında kolaylık sağlamaktadır. Bunlar çoğu zaman paralel davranışların yanında ek emare olarak yer almakta, böylelikle uyumlu eylemlerin varlığına ulaşılmaktadır. Bununla birlikte paralel davranışların yanında bağlantının varlığını doğrudan ispatlayan ya da paralel davranışlar olmasa da uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilebilecek bazı durumlarda vardır ki bunlarda bağlantının yani yakınlaşma sürecinin yaşandığı büyük ölçüde ortaya konabilmiştir. Bu nedenle uyumlu eylemlerin ispatı açısından paralel davranışlarla ilişkisine göre bağlantı türleri üçe ayrılabilir:

- paralel davranışların yanında ek emare olarak kullanılan,
- paralel davranışlarla birlikte olduğunda uyumlu eylemi doğrudan ispatlayan,
- paralel davranışlar olmadan da uyumlu eylemin varlığına ulaşmaya imkân veren bağlantı türleri.

Aşağıda bağlantıya ilişkin incelenen bazı özel durumların bu üç kategoriden hangisine girebileceğine de değinilecektir. Yukarıda maddî hukuk düzeyinde bağlantı incelenirken, bağlantının özel durumları başlığı altında bilgi değişimleri, tavsiyeler ve kamuya yönelik duyurular incelenmişti²¹¹. Burada bu durumların yalnızca ispat hukukuna ilişkin özelliklerine ve konularına değinilecektir.

Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, ispat faaliyeti somut olayla çok yakından ilgilidir. Somut olayda tüm bunlar tek başlarına değil, uyumlu eylem sonucuna ulaşmaya imkân veren daha bir çok emareyle birlikte bulunabilecektir. Böylece bağlantıyı gösteren durumların uyumlu eylemlerin ispatındaki rolleri olaydan olaya değişebilir. Bir olayın kendine ait özellikleri teşebbüsler arasındaki herhangi bir

durmanın gerekliliği ortadan kalkmıştır.” Ege Çimento, RK kararı, K. Sa.: 99-30/276-166 (a), K.T.: 17.6.1999.

211 Bak. § 4, III, B.

ilişkinin bağlantı olarak değerlendirilmesine olanak tanırken, bir başka olaydaki şartlar aynı sonucu doğurmayabilir. Tüm hukuk alanlarında olduğu gibi, rekabet hukukunda da, somut örneklerden İspata ilişkin çıkarılan sonuçlar, bu bakış açısı içinde değerlendirilirse daha uygun olur.

Aşağıda Avrupa Birliği ve Türk hukuku açısından önemli görülen bağlantıya ilişkin bazı durumların Amerikan hukukundaki algılanış tarzlarına da yeri geldiğince yer verilecektir.

Amerikan hukukunda gizli iş birliğinin temel kavramı daima anlaşma olmuştur. Mahkemeler "anlaşma" kavramından vazgeçmemişlerdir. Bununla birlikte anlaşma bazen anlam genişlemesi yaşamış, bazen de bazı kavramlar anlaşmayla eş tutulmuştur. Uyumlu eylemler de bazen anlaşmaların ispatında kullanılmış; bir başka deyişle anlaşma üzerinden gizli iş birliğinin ispatında kullanılmış; bazen de varlığı ile anlaşmaya eş değerde görülmüş ve anlaşmanın gizli iş birliğindeki yerini doldurmuştur. Amerikan rekabet hukukuna ilişkin kararlarda da bu husus gözden kaçırılmamalıdır.

Türk hukukuna gelince, uyumlu eylemler karinesi pazar sonucundan yola çıkan bir karinedir. Yani pazarda rekabeti sınırlayan paralel davranışlar görüldüğünde bunların uyumlu eylemlere dayandığına karine vardır. Söz konusu karinede bağlantının tespiti durumunda uyumlu eylemlere ulaşılabileceğine dair bir ifade yoktur.

Bir başka deyişle bağlantıya ilişkin delil ya da emareler açısından Türk hukukunda AB hukukundan ayrılan özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun bir anlamı da, AB hukukunun bağlantıya ilişkin ispat esaslarının Türk hukuku açısından da kabul edilebilir olmasıdır. Gerçekten de bunu engelleyen bir hüküm yasada yer almadığı gibi, doktrin ve uygulamanın genel eğilimi AB ile Türk rekabet hukuku arasında paralellik sağlanması yönündedir. Öte yandan 1/95 sayılı Karara göre, Türk rekabet hukuku, gerek mevzuat gerekse uygulama açısından AB'ye uygun, en azından onunla çelişmeyen şekilde düzenlenmeli ve işlemelidir. Gerçekten de adı geçen Kararda, AB hukukunun yargısal içtihatları da takip edilmesi ve uygunluk sağlanması gereken noktalar arasında yer almıştır.

1. Bilgi Değişimi

a. Amerikan Hukukunda Bilgi Değişimi

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Amerikan uygulamasında, teşebbüsler arasında bilgi değişimine ilişkin bir anlaşmanın olması, yalnızca teşebbüslerin bilgi değişiminde bulunacağını gösterir. Yani bilgi değişimine ilişkin anlaşma, yüzde yüz bu bilgilere uyulacağına ya da bu bilgilere göre hareket edileceğine dair bir anlaşma olarak algılanmamaktadır. Ancak bazı bilgi değişimleri gizli iş birliğinin varlığını ispat edici görülür.

Hardwood olayında, teşebbüslerce bir fiyat bildirim merkezi oluşturulmuştu ve bu merkez, üyelerine üretim, satışlar ve fiyatlar hakkında oldukça ayrıntılı bilgileri, açıklayıcı yorumlarla birlikte sunuyordu. Merkez üyelerine etkileyici önerilerde bulunuyor ve geleceğe yönelik fiyat ve üretim politikaları tavsiye ediyordu. Böyle bir davranış rakiplerin arasında görülebilecek bir davranış değildi ve amacı ancak rekabetin sınırlandırılması olabilirdi²¹².

Linseed kararında da, yine bir fiyat bildirim merkezince, üye teşebbüslere ayrıntılı fiyat listeleri gönderiliyordu. Bu listelerde müşterilerin isimleri de yer alıyordu. Ayrıca merkez listedeki fiyatlardan her ayrılışın bildirilmesini öngören bir düzenleme vardı. Her iki davada da yüksek mahkeme temelinde bilgi değişimi bulunan bu uygulamaları rekabeti sınırlayıcı buldu ve gizli iş birliği olarak gördü²¹³.

Contanier davasında ise, teşebbüsler rakiplerinden, uygulanan ya da uygulanması düşünülen fiyatları hakkında bilgi talep ediyorlardı. Kendisine böyle bir talep gelen teşebbüs, mutad veçhile bu bilgiyi sağlıyordu. Yüksek mahkemeye göre, her bir teşebbüs, ileride benzer yönde bir talebi olursa, rakiplerinin de bunu geri çevirmeyeceği beklentisi ile hareket ediyordu. Böylece teşebbüslerin arasında -bilgi değişimi ile sağlanan- işbirliğinin varlığına hükmetti²¹⁴.

212 *"Genuine competitors do not make daily, weekly, and monthly reports of the minutest details of their business to their rivals, as the defendants did; they do not contract, as was done here, to submit their books to the discretionary audit, and their stocks to the discretionary inspection, of their rivals, for the purpose of successfully competing with them; and they do not submit the details of their business to the analysis of an expert, jointly employed, and obtain from him a 'harmonized' estimate of the market as it is, and as, in his specially and confidentially informed judgment, it promises to be. This is not the conduct of competitors, but is so clearly that of men united in an agreement, express or implied, to act together and pursue a common purpose...."*
American Column and Lumber Co. v. United States, 227 US 377 (1921).

213 United States v. American Linseed Oil Company, 262 US 371 (1923)

214 United States v. Container Corp. of America, 393 US 333 (1969) *"Here all that was present was a request by each defendant of its competitor of information as to the more recent price charged or quoted, whenever it needed such information and whenever it was not available from another source. Each defendant on receiving that request usually furnished the data with the expectation*

Yüksek mahkemenin Contanier kararında, çok sayıda üreticinin bulunduğu teneke kutu pazarında, fiyatlara ilişkin bilgi değişimi nedeniyle gizli iş birliğinin varlığına karar verilmiştir. Bu kararda çok sayıda teşebbüsün bulunduğu pazarlarda fiyatlara ilişkin bilgi değişiminin teşebbüslerin kararlarını kayıtsız şartsız etkileyeceği düşüncesini ağır basmamış, olayın özelliklerine göre bir rule of reason analizine gidilmiştir. Bilgi değişimi yapan teşebbüslerin piyasanın %90'ına sahip olması, bu analizde etkili olmuştur. Öte yandan, piyasanın özelliği gereği talebin nispeten esnek olmaması ve üretilen malın büyük bir farklılaşma göstermemesi de karar üzerinde etkili diğer hususlardır.

Maple Flooring kararında ise, üreticiler sahip oldukları bir birlik üzerinden karşılıklı bilgi değişimde bulunuyorlardı. Bu bilgi değişimi maliyet ortalamalarını, geçmiş yıllara ait işletme bilâncolarındaki fiyat verilerini, nakliyat masraflarını, stok miktarlarını vb.ni kapsıyordu. Bunun yanında Yüksek mahkeme teşebbüslerin çeşitli zamanlarda bir araya gelerek sektörün genel ekonomik durumu üzerinde tartıştıklarını belirledi. Öncelikle oturumlarda sektörün genel sorunları tartışılıyor, fakat mevcut ve gelecek fiyat oluşumları müzakere konusu yapılmıyordu. Öte yandan teşebbüsler arasında dolaşan bilgi asıl itibarıyla geçmiş yıllara ait verilerden oluşuyordu. Yüksek mahkemeye göre bu tür verilerin dolaşımı rekabeti sınırlamak yolunda kaçınılmaz bir eğilim taşımadığı gibi²¹⁵ rekabet açısından makul ve yararlı görülebilirdi²¹⁶.

Nitekim Yüksek mahkeme başka kararlarında da, bilgi değişiminin doğal etkisinin²¹⁷ rekabetin sınırlanması olup olmayacağını ya da bu yönde kaçınılmaz bir eğilim²¹⁸ doğurup doğurmayacağını sorgulamıştır. Kuşkusuz doğası gereği ya da kaçınılmaz olarak rekabeti sınırlayıcı etkisi olacağı düşünülen bilgi değişimleri, bu tür bir bilgiyi alan teşebbüslerin artık birbirinden bağımsız kararlar almasının

that it would be furnished reciprocal information when it wanted it. That concerted action is of course sufficient to establish the combination or conspiracy, the initial ingredient of a violation of 1 of the Sherman Act”.

215 “.....,the sole question presented by this record.....is whetherhas a necessary tendency to cause direct and undue restraint of competition in commerce.....”

216 Maple Flooring Manufacturers’ Assn. v United States, 268 US 563 (1925).

217 “.....it fails to show any effect on price and production except such as would naturally flow from the dissemination of that information in the trade and its natural influence on individual action.” Cement Manufactures Protective Assn. v United States, 268 US 588 (1925).

218 “.....,the court can see that its necessary tendency is to suppress competition in trade between the states,..” United States v American Linseed Oil Company, 262 US 371 (1923)

beklenemeyeceği bilgi değişimleridir. Yani doğal etki ve kaçınılmaz eğilim ölçütleri, bir bakıma beklenebilirlik ölçütüne ve bağımsızlık ilkesine eş değer bir anlam taşımaktadır.

Yüksek mahkeme, bu kararlarında, pazarın yapısına ve değişen bilginin türüne özel bir önem vermiştir. Bazı konulardaki bilgilerin değişimi başka emarelerle desteklenmediği için tek başına gizli iş birliği için yeterli görülmemiştir. Ancak pazar yapısı vb. faktörlere göre, mevcut ya da geleceği ilişkin verilerin değişimi sonucu fiyatın paralelleşmesinin ya da arzın sınırlanmasının beklenebilir olduğu durumlarda iş birliğinin gerçekleştiği kabul edilmiştir.

Özetlemek gerekirse, Yüksek mahkemenin özellikle fiyatlarla ilgili bilgi değişimine yaklaşımı per se olarak nitelendirilebilecek derecede²¹⁹ katıdır. Çoğunlukla fiyat üzerine bilgi değişimi ile fiyatın başka bir yolla açıkça tespiti aynı sonuçlara sahip görülür. Buna karşın çok sayıda teşebbüsün bulunduğu pazarlarda rule of reason incelemesi yapılmaktadır. Bu açıdan Amerikan hukukunda bilgi değişimlerinin ispat açısından değeri pazarın türüne göre değişebilmektedir. Ancak asıl önemli olan, değişen bilginin türü ve niteliği olmaktadır.

Tüm bu açılardan Amerikan hukukunda mahkemelerin bilgi değişimine yaklaşımı şu şekilde ortaya konulabilir²²⁰:

- geçmiş fiyat verilerine ilişkin,
- müşterilerin hakkında (isimleri de dahil) ayrıntılı bilgi içermeyen,
- gerek alıcı gerekse satıcı tarafından tüm ilgililerce ulaşılması mümkün bilgi değişimleri gizli iş birliğinin varlığını göstermez.

Ancak,

- mevcut ya da gelecekteki fiyat ve ürün özelliklerine ilişkin ayrıntılar içeren,
- bilginin istatistiksel olmaktan öte, müşteri ve satıcıların geleceğe yönelik ifade ve beyanlarına hatta önerilerine dayandığı,
- verileri yalnızca pazarın tek tarafının (arz ya da talep tarafı) çıkanna yönelik olan ya da yalnızca tek tarafa açık olup diğer tarafı dışarıda tutan,
- üyelere geleceğe yönelik tavsiye ve yorumlarla birlikte sunulan,

219 Bak Chang, 108; Markert, K.: Preismeldestellen und Antitrustrecht, AWD 1969, s. 63 vd.

220 Bak ve kar. Chang, 109.

bilgi değişimleri caiz görülmemekte ve iş birliğinin varlığını göstermektedir.

Somut olayda karşılaşılan herhangi bir bilgi değişiminin rekabet açısından değerlendirilmesinde ise, bilgi değişimi sonrasında teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı uygulamalarının görülmesinin doğal olarak beklenip beklenemeyeceği -ya da bu yönde kaçınılmaz bir eğilimin doğup doğmayacağı- önem arz etmektedir.

b. Avrupa Birliği Hukukunda Bilgi Değişimi

AB hukukunda fiyatlara ilişkin bilgi değişimleri, teşebbüslerin (fiyatı belirlemek gibi) rekabeti sınırlayıcı bir amaç taşıdıklannın ispatı için yeterli görülmektedir²²¹.

Dolayısıyla konusu bu tür bir bilgi değişimi olan bağlantının, paralel davranışlara yol açacak şekilde pazar politikalarını etkilediğinin gösterilmesine ve pazar davranışları ile bilgi değişimi arasında bir nedensellik bağı kurulmasına gereksinim olmaksızın ispat gerçekleşmiş olur. Zira mahkemelerin bu gibi durumlarda yaklaşımı, teşebbüslerin rekabeti sınırlamak ve uyumlu eylemlerde bulunmak amacıyla hareket ettiğidir.

Kuşkusuz bilgi değişiminin ispat faaliyetinde bu şekilde kullanımı, uyumlu eylemlerin ispatında büyük bir kolaylık sağlamaktadır. Artık ne eylemin ne de pazar etkisinin, ne de başka bir ifadeyle rekabetin fiilen sınırlandırıldığının ispatına gerek kalmaksızın ihlâlin gerçekleştiği sonucuna varılabilmektedir.

Teşebbüsler açısından ise aksini ispat faaliyeti o oranda güçleşmektedir. Öncelikle teşebbüsler pazarda hâlihazırda rekabetin sınırlanmamış olduğunu ispatlamakla uyumlu eylem isnadından kurtulamazlar. Bunun gibi davranışları arasında hâlihazırda bir paralellik bulunmadığı iddiası da ispat açısından önemsizdir. Teşebbüsler ancak elde edilen bu bilginin paralelleşme amacı için kullanılmayacağını ispat ederek yeterli kanaati uyandırabilirler ki bu da birkaç istisnaî durum dışında çok güçtür²²².

Ancak fiyat üzerinde bilgi değişiminin yukarıdaki sonuçları doğurması için bilginin fiyat tespitine imkân verici nitelikte olması gerekir. Eğer bilginin varlığından fiyatın ileride paralelleşeceği sonucuna varlamıyorsa, ispat gerçekleşmiş sayılmaz. Özellikle mevcut ya da geleceğe ilişkin fiyat politikalarını içeren bilgilerin değişimi

221 Bak. yuk. § 4, III, B ve IV, B.

222 Bak. aşa. § 9, IV, B, 2.

ispatlanırsa, yukandaki sonuca varılabilir. Buna karşın istatistiksel amaçlı geçmiş yıllara ilişkin fiyat oluşum tablolarının hazırlanması ve yayınlanması teşebbüslerin muhakkak rekabeti sınırlama amacı taşıdıklarına yorumlanamaz.

Bu nedenle bilgi değişiminin varlığı değil, içeriği ispat faaliyetinde önemlidir. Diğer bir deyişle her bilgi değişiminin varlığı, teşebbüslerin rekabeti sınırlamak amacıyla hareket ettiğini göstermez.

Fiyatlar dışında kalanlara ilişkin bilgi değişimlerinin ispat değeri, bilgi değişimi sağlanan mesele üzerinde daha sonra pazarda rekabeti sınırlayıcı paralel eylemlere gidilip gidilmediği noktasında yoğunlaşmaktadır. ATAD'ın bilgi değişimini pazarda bir etkinin varlığına gerek olmaksızın amaç unsuru açısından ispatı sağlayacak güce gördüğü kararları fiyatlar üzerine bilgi değişimine ilişkindir. Diğer, özellikle de m.4'te örnekleyici olarak sayılan esaslı rekabet ihlallerini karşılayacak konular üzerinde bilgi değişiminin fiyatlardakine benzer bir ispat gücüne sahip olup olmadığı ise şimdilik bu açıdan belirsiz kalmaktadır. Bununla birlikte per se rekabet ihlali doğurduğu bugün kabul edilen hususlarda bilgi değişimi, amaç açısından rekabetin sınırlandırıldığını ispat eder şeklinde genel bir kurala varılabilir. Yani per se rekabet ihlallerinin fiilen gerçekleşmesi ile bunların gerçekleşmesine imkân verecek şekilde gerekli bilgilerin değişimi ispat açısından aynı güce sahip kabul edilebilecektir. Bugün için genel kabul gören per se rekabet ihlalleri; fiyat tespiti, bölgelere göre pazanın paylaşımı ve çıktılarının kontrolü ile sınırlıdır²²³. Hâliyle bu konulardaki bilgi değişimi de eylemin ispatına ve bunun bilgi değişimi ile bağlantısının ispatına gerek olmaksızın ispat açısından yeterli görülecektir.

Bununla birlikte fiyat dışında kalan konularda, ne içerikte bir bilgi değişiminin bölgelerin paylaşımı ya da arzın kontrolü ile eş değer güce görüleceği, yani bunlarla aynı sonucu doğuracağı sorununun henüz tam açıklığa kavuşmamış olması, fiyatlar üzerinde bilgi değişimlerini en etkili ve önemli "eylemin ispatına gerek duyulmayan" bilgi değişimi türü kılmaktadır. Bir başka deyişle hangi bilgilerin değişiminden sonra arzın kontrolünün büyük olasılıkla beklenebilir olduğu netlik kazanıncaya kadar, bu bilgi değişiminin pazar etkisi; yani paralel davranışlara neden olup olmadığı araştırılacaktır.

ATAD, fiyatlarla ilgili bilgi değişiminin varlığından hareketle rekabeti sınırlama amacı taşıyan uyumlu eylemlerin gerçekleştiği kanaatine varırken ilk görünüş

223 Bak. yuk. § 4, V, B, 1.

ispatından yararlanmaktadır²²⁴. Buna göre fiyat vb. gibi önemli noktalar üzerinde teşebbüsler arasında bilginin değişimi söz konusu olursa, teşebbüslerin bu bilgiyi ilerideki kararlarını biçimlendirirken dikkate almamaları beklenemez. Dolayısıyla burada, teşebbüslerin öncelikle, soyut ya da sübjektif amaçları ne incelenmekte ne de aranmaktadır. İkinci olarak, teşebbüslerin arasındaki bir anlaşma ya da irade uyuşması değil, bunlardan tamamen soyutlanmış olarak, bağımsız politikalar benimsenmesinin önünü kesen bir birbirini etkileme ve birbirinden etkilenme süreci ön plâna çıkmaktadır.

Böyle bir etkileşim süreci²²⁵ oligopole özgü paralelliklerde de pazarın şartlarından dolayı bulunmaktadır. Ancak bu durum yukarıda belirtilenden kolayca ayrılabilir. Zira oligopolistik bağımlılığa dayanan paralel davranışlar her durumda fiilen uygulanmış yani gerçekleşmişlerdir. Bir başka deyişle teşebbüsler, pazarda politikalarını paralelleştirmişler ve böylece rekabet açısından istenmeyen bir durum doğmuştur. Pazarda paralellik görüldükten sonra da, bunların uyumlu eylemler olup olmadığı incelenmeye başlanmıştır. Dolayısıyla dar oligopollerde oligopolistik bağımlılıktan dolayı bağımsız hareket edememe, fiili olarak gerçekleşen paralel pazar davranışlarından sonra ve buna gerekçe olarak gündeme gelebilir. Hâlbuki uyumlu eylemlerde pazarda henüz fiili olarak bir paralellik görülmemişken, yani teşebbüsler eylem aşamasına geçmemiş ve henüz fiilen rekabeti sınırlamamışken, bilgi değişiminin varlığından, artık ileride bağımsız politikalar üretilemeyeceği sonucuna varılabilmektedir.

2. Tavsiyeler

Kuşkusuz üzerinde anlaşma yapılabilecek her konu, tavsiyelerin de konusu olabilir. Böylelikle fiyatlar, sözleşme şartları, üretim miktarı, servis şartları vb. daha bir çok doğrudan ya da dolaylı olarak rekabet üzerine etkileri olabilecek konuda teşebbüslerin tavsiyeleşmeleri mümkündür²²⁶.

224 Bak. yuk. § 4, V, B, 2, b, aa.

225 Görüldüğü gibi, uyumlu eylemlerde bulunanlar arasında olduğu kadar, oligopole özgü paralel davranışlarda bulunanlar arasında da etkileşim söz konusudur. Ancak, uyumlu eylemlerde bu birbirini etkileme ve birbirinden etkilenme sürecini doğuran teşebbüsler arasındaki bağlantı, yani teşebbüslerin yakınlaşması iken; oligopole özgü paralelliklerde piyasanın yapısıdır.

226 Tavsiyeler hakkında bak. yuk. § 4, III, B, 2.

Bunun gibi hem yatay hem de dikey seviyede tavsiyelerle karşılaşılabılır. Yatay seviyedeki tavsiyeler, teşebbüsler arasında doğrudan doğruya gerçekleşebileceği gibi, ortaklaşa kurulan bir organizasyon ya da birlikten tüm teşebbüslere yöneltme şeklinde de gerçekleşebilir. Keza teşebbüslerin danışman sıfatı taşıyan bağımsız bir kişi ya da kurumdan ortak tavsiyeler alması da mümkündür. Bu yolla teşebbüsler, üçüncü bir kişinin (ancak hukukî anlamda kişiliğe sahip olması gerekmez) tümüne yönelik eş zamanlı tavsiyelerinden yararlanabilme imkânı elde ederler²²⁷.

Dikey tavsiyelerde ise bir üreticinin dağıtıcılarına, bayilerine ya da acentelerine yönelik satış vb. konulardaki tavsiyeleri söz konusu olur.

Dikey ilişkilerde caiz ve caiz olmayan tavsiyeler hâlihazırda Komisyon Tüzüğünde tespit edildiği için, bu tüzüğe uygun gerçekleşen tavsiyeler, paralel davranışların varlığı hâlinde ancak basit emare olarak görülebilirler. Tavsiyelere uyulmasında teşebbüslerin birlikte ve birbirine bağımlı hareket ettiği (başka emarelerle) ispatlanmadıkça bunların bireysel davranışlar olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bununla birlikte Tüzük gereği caiz görülmeyen dikey tavsiyeler, en azından üreticinin uyumlu eylemleri teşvik amacı taşıdığına yorumlanabilir. Böylelikle bu zorlama ve/veya teşvik altında dağıtıcı ya da acentelerin paralel davranışlara girişmesi beklenmeksizin, rekabeti sınırlamak amacıyla hareket edildiği kabul edilebilir. Kuşkusuz bu durumda Tüzüğe aykırı davranıştan doğan sorumluluk tavsiye edende olup, kendilerine böyle bir tavsiye yöneltildiği için alt seviyedeki dağıtıcı, bayi ya da satıcıların sorumluluğu söz konusu olamaz.

Bu açıdan dikey ilişkilerdeki tavsiyelerde tavsiyenin ispat açısından değerinin Tüzük hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır. Keza Türk hukuku için de aynı esaslar, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği²²⁸ çerçevesinde geçerlidir.

Unutulmaması gerekir ki teknik anlamda tavsiyeler bağlayıcı olmayan ekonomik (ticarî) önerilerdir. Bununla birlikte bunlar teşebbüsler arasında uyumlu

227 Höfer, 116.

228 Tebliğ Nu.: 2002/2, RG. 14.7.2002 Sa. 24815. (2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'le değişik, Tebliğ Nu.: 2003/3, RG. 18.9.2003 Sa. 25233).

eylemlerin oluşmasına uygun bir zemin hazırlayabilirler²²⁹. Ancak tavsiyelerin bilgi değişimindeki kadar sıkı bir yakınlığa doğurduğu söylenemez. Bilgi değişimlerinde pazarın mevcut durumu hakkında bilgi verildiğinde ya da geleceğe yönelik ciddi projeler ya da fiyat değişiklikleri açıklandığında, bunlar bir veri olarak teşebbüsleri birbirine bağımlılığa itmektir. Hâlbuki tavsiyelerde uygulanması düşünülen ya da uygulanan bir politika değil, rakibinin davranışlarına yönelik bir düşünce dile getirilir. Bu düşüncenin davranışları birbirine muhakkak bağımlı kılacağını önceden söylemek doğru olmaz. Genellikle tavsiyeler, pazarda paralel davranışlara yol açtıklarında uyumlu eylemler açısından önem arz ederler. Bu nedenle özellikle yatay ilişkilerde tavsiyeler, rekabeti sınırlama amacının varlığını başlangıçta yeteri derecede göstermez. Ancak pazarda paralellik gerçekleştikten sonra bunlar, uyumlu eylemlerin ispatı için yeterli görülmelidirler. Kuşkusuz bunun için, paralel davranışlarla tavsiyeler arasında nedensellik bağının olması; yani zamansal olarak ve içerik açısından paralel davranışların tavsiyeler doğrultusunda gerçekleşmesi aranır. Özellikle tavsiyelerden çok sonra, pazarda yeni bir durumdan; örneğin maliyetlerin artmasından dolayı fiyat artışı gerçekleştiğinde, artık tavsiyelerle paralel davranışlar arasında nedensellik bağının bulunduğu söylenemez.

Oligopollerde, güçlü konumdaki teşebbüs tarafından diğerlerine yöneltilecek tavsiyeler, fiyat önderliğine de neden olabilmektedir²³⁰. Hâliyle bu gibi durumlarda, fiyat önderinin takip edilmesinden doğan oligopole özgü paralelliklerden değil, tavsiyeler yoluyla sağlanan yakınlığın sonucu olan paralel davranışlardan söz edilmektedir. Bunun gibi teşebbüslerin içlerinden birini fiyat önderi olarak seçmek ya da fiyat önderini takip etmek hususunda tavsiyeleşmiş olmaları da oligopolistik bağımlılık iddiasını çürütür. Uyumlu eylemlere zemin hazırlayıcı görülen bu tür tavsiyelerin -Kaysen'in deyişiyle- teşebbüslerin "anlaşmak için anlaşmak"²³¹ niyetini açığa çıkardığı ifade edilmektedir²³².

3. Kamuya Yönelik Duyurular

Teşebbüslerin geleceğe yönelik pazar politikalarını duyurarak, kamuyu bilgilendirmeleri olağan bir durumdur. Ancak sonuçta kamuya yönelik duyurular da

229 Bak. Höfer, 289.

230 Höfer, 117, 285 vd.

231 Bak. Kaysen, 268 vd.

232 Höfer 117, 285 vd.

bilginin bir teşebbüsten diğerine geçmesine neden olur²³³. Yani kamuya yönelik duyurularda da teşebbüsler arasında bir bilgi akışı yaşanmaktadır. Bu duyurular yoluyla teşebbüsler, rakiplerinin gelecek pazar politikaları hakkında bilgi edinmektedirler. Ancak duyurularda bilgi, (fiyat bildirim sistemlerinin ve bilgi alışverişlerinin aksine) yalnızca pazarın bir yanı arasında dolaşmamakta; arz tarafı kadar talep tarafı da bu politikalardan haberdar olmaktadır. Bu yönüyle kamuya yönelik duyurular temelde diğer bilgi akışlarına göre daha şeffaftır. Aynı nedenle kamuya yönelik fiyat bildirimleri teşebbüslerin belirli bir politikayı uygulamada daha kararlı olduklarının da bir göstergesidir. Zira pazarın karşı tarafına iletilmiştir ve değiştirilmesi ya da geri alınması bu nedenle o denli kolay olmaz.

Kuşkusuz kamuya yönelik duyurular yoluyla teşebbüsler rakiplerinin politikalarını öğrenerek, benzer bir politika benimseyebilirler. Ancak bunun aksi de mümkündür. Bu nedenle kamuya yönelik duyurular uyumlu eylemler için kuvvetli bir emare teşkil etmezler. Kamuya yönelik duyurular sonrasında piyasada paralel davranışlar gerçekleşmesi durumunda da, duyuruların varlığı paralel davranışların yanında tek başına ispat için yeterli ek emare olarak görülmemelidir.

Ancak kamuya yönelik duyuruların emare değeri somut olayın özelliklerine göre değişebilir. Özellikle, rakiplerin benzer yönde tepki vermesi için gerekli alt-ışletmesel yapıyı tamamlayacağı ve böylece benzer bir politikayı benimseyebileceği kadar uzun bir zaman öncesinden duyurularda bulunulması, uyumlu eylem ihtimalini güçlendirir²³⁴. Zira duyuru ile uygulama arasındaki süre uzun tutulduğunda diğer teşebbüslere, yeni pazar politikasına ayak uydurmaları (örneğin, üretimlerini ayarlamaları; azaltmaları ya da çoğaltmaları ya da yeni fiyat uygulamasına geçmek için gerekli ön hazırlıkları yapmaları) için fırsat verilmiş olmaktadır. Kuşkusuz duyurunun normalden uzun bir zaman öncesinde yapılması teşebbüsün kendi (ekonomik-ticarî) çıkarlarına uygun görülmebilir. Bu gibi durumlarda uygulama ile duyuru arasında niçin bu denli zaman aralığı bulunduğu kuşkusunu ortadan kaldırması gereken teşebbüslerdir. Bu tür ek emarelerle güçlenen, kamuya yönelik

233 Kamuya yönelik duyurular hakkında bak. yuk. § 4, III, B, 3.

234 "Since the Commission has no documents which directly establish the existence of concertation between the producers concerned, it is necessary to ascertain whether the system of quarterly price announcements, the simultaneity or near-simultaneity of the price announcements and the parallelism of price announcements as found during the period from 1975 to 1981 constitute a firm, precise and consistent body of evidence of prior concertation". A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; ECR 1993, I-1307.

duyurular akabinde paralel davranışlar gerçekleştiğinde, uyumlu eylemlerin varlığına ilişkin kuvvetli bir emare de elde edilmiş olacaktır.

Bilindiği gibi, ATAD, kamuya yönelik duyuruları pazar davranışı olarak da nitelendirebilmektedir. Böylece teşebbüslerin birbiri ardınca benzer duyurularda bulunması paralel davranışlar olarak değerlendirilebilir. Ancak bu durumda da duyurularla uyumlu eylemlere ulaşılmasında başka ek emarelere gereksinim vardır.

Amerikan hukukunda da bir teşebbüsün geleceğe yönelik politikasını duyurması ve buna uygun davranması, sonuçta pazarda paralel davranışlar görülse bile gizli iş birliği için yeterli olmamaktadır²³⁵. Örneğin, Piping kararında, davacı, üyesi olduğu ticarî birlikten çıkarıldıktan sonra, alıcıların kendisinden mal almayı reddettiklerini iddia etmiştir. Mahkeme, her bir alıcının yalnızca birlik üyeleri ile işlem yapacağına ilişkin politikasını önceden duyurduğunu, bu durumda davacıya yönelmiş bir uyumlu eylemden söz edilemeyeceğini ifade etmiş ve davacıdan alıcıların arasında iş birliğinin varlığına ilişkin başka emare ve nedenler göstermesini istemiştir²³⁶.

Bir başka kararda ise, önder konumundaki teşebbüslerin, plânladıkları artışları kamuya duyurmalarını takiben pazarda fiyat paralelliği görülmesi, (bir fiyat belirlemesi olarak) per se yasaya aykırı kabul edilmemiştir²³⁷.

4. İş Birliğini Gösteren İfadeler

Yukarıda maddî açıdan incelenirken ifade edildiği gibi, bağlantının pek çok şekilde gerçekleşmesi mümkündür. Dolayısıyla rekabet otoritelerince bağlantının, "ne şekilde gerçekleştiği ortaya konulmasa da", var olduğuna kanaat getirilirse uyumlu eylemlere hükmedilebilir.

Kuşkusuz bu durumda akla, delil olarak toplanan belgelerde geçen (doğrudan doğruya uyumlu eylemlere yönelik) ifadeler gelmektedir. Gerçekten de teşebbüsler, iç yazışmalarında, raporlarda, bayilerine gönderdikleri yazılarda rakipleriyle iş birliği

235 Holmes, §1.03[1].

236 Precision Piping and Instruments, Inc. v E.I. DuPont de Nemours and Co., 951 F.2d 613 (4th Cir. 1991).

237 Market Force, Inc. v Wauwatosa Realty Co., 1990-2 Trade Cas. (CCH) 69,094 (7th Cir. 1990)

içinde olduklarını ifade etmiş olabilirler. Bunun gibi, rakipler arasındaki mektup, faks, teleks vb. belgelerde de bu yönde ifadeler geçebilir.

İş birliğini gösteren bu ifadeler, uyumlu eylemlerin ispatı için yeterlidir. Ancak bunun için, uyumlu eylemlerin dışında başka anlamlara yorumlanamayacak derecede açık ve anlaşılır olmaları gerekir. Yoksa teşebbüslerden birinin ifadelerini seçmede özensiz davranması ya da pazardaki durumu iş birliği olarak nitelendirmesi uyumlu eylemler için yeterli görülemez.

Özellikle pazar durumu da belgelerde geçen ifadelerin değerlendirilmesinde etkilidir. Buna Şeker karteli kararında delil olarak kullanılan RT'ye ait mektup örnek verilebilir. Bu mektupta RT, *"Şimdiye kadar biz Hollanda'ya ilişkin politikamızda SU ya da CSM'yi yıkacak herhangi bir şey yapmak istemedik; onlar da bizi rahatsız edecek herhangi bir şey yapmak istemiyorlar."* ifadelerine yer vermişti²³⁸. Bu ifadeler, teşebbüslerin pazar paylaşımına yöneldiklerini göstermekle birlikte, bu paralel uygulamanın bağlantıdan mı yoksa oligopolistik bağımlılıktan mı kaynaklandığına açıklık getirmemektedir. Dolayısıyla oligopolistik bağımlılığın görüldüğü pazarlarda, belgelerde geçen iş birliğine ilişkin ifadelerle oligopole özgü paralelliklerin mi yoksa uyumlu eylemlerin mi kastedildiğinin iyice araştırılması gerekir. Buna, Kurulun Gazete olayında ulaştığı bir belgedeki şu ifadeler de örnek verilebilir: *"Sabah grubu ile mutabık kalınarak Fotomaç ile Fanatik gazetesinin satış fiyatının 1 Eylül Salı gününden itibaren 40.000 TL'den 50.000 TL'ye artırılmasına karar verildi"*. Nitekim söz konusu kararda²³⁹, "mutabık kalınmanın" (oligopolistik bağımlılıktan değil de) bağlantıdan kaynaklandığının anlaşılmasıyla uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilmiştir.

Bununla birlikte teşebbüslerin, danışıklı ilişkilerini açıkça ifade ettikleri belgeler bulunduğu, artık ayrıca bağlantının ne şekilde gerçekleştiğini ya da bunlarla paralel davranışlar arasındaki nedensellik bağına ortaya koymaya gerek kalmaz. Keza aynı şey anlaşmalar için de söz konusudur.

Nitekim (danışıklılığın açıkça zikredildiği) bu tür ifadelere Kurulun Maya kararından²⁴⁰ şu örnekler verilebilir:

238 Suiker Unie and others v Commission, Cases C-40-48, 50, 54-56,111 ve 114/73 ECR 1975, 1663.

239 Gazete, RK kararı, K.Sa.: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000.

240 Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, RK kararı, K. Sa.: 00-24/255-138, K. T.: 27.06.2000.

- (iç yazışma, Pak Gıda Satış Temsilcisinden Pak Gıda Ürün Müdürüne Karadeniz bölgesine ilişkin gönderilen yazıda) "10.03.99 tarihi itibarıyla rakip firma temsilci ...ile yapılan görüşmeler neticesinde bu tip promosyonların durdurulması rakibin de düşük fiyatlı bağlantı yapmaması konusunda anlaşmaya varılmıştır".

-(iç yazışma, Pak Gıda Güney Marmara Bölge Sorumlusu'ndan Pak Gıda Ürün Müdürü'ne) "...Bursa merkezde rakiplerle anlaşmaya varılmıştır. Fiyatlar kademeli olarak yükseltilecek...".

-(iç yazışma, Akmaya İç Anadolu Bölge Temsilcisinden Akmaya Genel Müdürüne) "15 Ağustos günü Pakmaya-Safmaya ve Canmaya bayileri fiyatın listeye çekilmesi ve pazar payında uzlaşma sağlamak amacıyla bir araya gelmişlerdir".

Yukarıdaki ifadelere rağmen, Maya kararında Kurul, teşebbüslerin arasındaki ilişkiyi anlaşma olarak görmemiş, uyumlu eylem olarak nitelendirmiştir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, teşebbüslerin ilişkilerini anlaşma olarak nitelendirmesi ile Kurul bağlı görülemez. Kendisinin ilişkiyi uyumlu eylem olarak nitelendirmesi mümkündür. Maya olayında ise, anlaşmalardan söz edilmesine rağmen, bunların sürekli ihlâl edilmesi, gereğinin yerine getirilememesi ve uygulamada bunlardan ciddi sapmaların olması etkili olmuş; böylece üreticilerin bayi satış fiyatlarını yükseltmek hususundaki çabaları uyumlu eylemler olarak görülmüş olabilir. Kuşkusuz bu durumda da, uygulanamasa da anlaşmanın varlığının m.4 için yeterli olması gerçeği karşısında, karar eleştiriye açık kalır.

5. Toplantılar-Görüşmeler

Uyumlu eylemlerin ispatında görüşme ve toplantıların özel bir önemi vardır. Çünkü teşebbüslerin yaklaşması için bir şekilde bir araya gelmiş olmaları gerekir. Ancak bizatihi toplantı ya da görüşme, teşebbüslerin bağlantı içinde olduğu anlamına gelmez. Zira bağlantı maddî anlamda uyumlu eylemlerin esaslı unsurlarındandır ve teşebbüslerin paralel pazar politikaları benimsemesine neden olabilecek bir yaklaşma süreci yaşadıklarını ifade eder. Toplantı ya da görüşmeler ise yaklaşmak için ancak araç olabilirler. Bunlar sayesinde ileride gerçekleşecek olan paralelliğin temelleri atılır.

Nitekim, Kurul da Gazete kararında bağlantı ve ilişki ayrımı yaparak, bağlantıyı, uyumlu eylemlerin unsuru olarak nitelendirmiş; teşebbüsler arasındaki

ilişkinin varlığını ise uyumlu eylemlerin tespiti için kullanılan bir "bulgu" olarak nitelendirmiştir²⁴¹.

Bu yüzden ilk plânda, toplantı ya da görüşmenin içeriğinin rekabet otoritelerince belirlenip belirlenemediği ispat açısından önem kazanmaktadır. Eğer hangi konuda tartışmak için toplanıldığı, toplantıda neler görüldüğü, hangi sonuçlara varıldığı açıklık kazanırsa sorun buna göre çözümlenebilir. Örneğin, toplantı ya da görüşmelerde bilgi değişimi gerçekleşmişse, hangi konuda ve yoğunlukta bilgi değişimi gerçekleştiğine göre bir değerlendirme yapılacaktır.

Bazen de teşebbüslerin çeşitli toplantılarda bir araya geldikleri ya da görüştüklerinin tespitine rağmen, bu toplantı ya da görüşmelerin içeriği açıklık kazanmayabilir. Gerçekten de burada toplantı ya da görüşme başlığı altında ispat açısından asıl olarak incelenmesi gereken budur.

Bu gibi içeriği netlik kazanmayan toplantılar, ispat açısından tek başına bağlantıyı sağlamada yeterli görülmebilirler. Zira bu tür toplantı ve görüşmelere uyumlu eylemler dışında bir çok neden gösterilebilir. Bu bağlamda, sosyal bir amaç için meslektaş ya da iş adamı sıfatıyla bir araya gelindiği, belirli bir tören veya konferansın hazırlıkları için görüşmeler yapıldığı ileri sürülebilir. Bunun gibi, fiyat vb. gibi rekabet açısından önemli noktalar dışında kalan, genel ekonomik gelişme ve değişimleri karşılıklı değerlendirme gibi bir amaçla da toplanılmış olabilir ya da toplanıldığı iddia edilebilir.

Dolayısıyla ispat açısından da toplantı ve görüşmeler bağlantının varlığını tek başına gösteremezler. Bununla birlikte paralel davranışların yanında yer alarak uyumlu eylemlerin varlığına ek emare teşkil ederler.

Kuşkusuz toplantı ya da görüşmelerin emare olarak değeri, somut olaya göre değişecektir. Ancak bu hususta şu noktalara işaret edilebilir:

-Gizlenmesine ya da hakkında hiçbir belge ya da tutanak bulunmamasına rağmen, Kurulun/Komisyonun araştırmaları sonucu ortaya çıkarılan toplantı ve görüşmelerin; yani gizli toplantı ve görüşmelerin emare gücü yüksek tutulmalıdır. Çünkü bunların gizli tutulmuş olmasının, içerikleri ile ilgili hiçbir belge bulunamamasının ya da belgelerin sonradan yok edilmiş olmasının nedeni uyumlu eylemlere yorulabilir. En azından teşebbüslerin bu konuda makul bir açıklama getirmesi gerekir.

241 Gazete, RK kararı, K. Sa.: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000.

-Toplantı ve görüşmelerin sıklığı, paralel davranışların bunlardan hemen (ya da kısa bir zaman) sonra gerçekleşmiş olması, hâliyle aralarındaki zamansal yakınlık, toplantı ve görüşmelerden önceki ve sonraki ekonomik bağlam vb. diğer emarelerin uyumlu eylemler sonucunu desteklemesi²⁴².

-Bir toplantı, durumuna göre basına, serbest katılıma, pazanın karşı tarafına ya da bazı rakip teşebbüslere kapalı olabilir. Özellikle son durumda yalnızca toplantı ve görüşmelere katılan rakipler arasında paralel politikaların görülmesi uyumlu eylemlerin varlığına işaret eder.

Aslında nasıl gerçekleşirse gerçekleşsin, bir toplantı ya da görüşmenin zararsız olduğundan emin olmak her zaman için güçtür. Zira toplantılar ve görüşmeler bağlantının sağlanması için biricik yoldur. Bu yüzden toplantı ya da görüşmeler her hâlükârda iki açıdan emare olarak değerlidir²⁴³:

-teşebbüslere bir araya gelme fırsatı vermesi, böylelikle uyumlu eylemlere zemin hazırlaması,

-saklı içerik sorunu, yani toplantının tam olarak yazıya aktarılmamış olması; yazılı bir belge olsa bile bazı "hassas" kısımların belgelenmemesi ihtimali.

Nitekim Yağ asidi kararında Komisyon da, satışlara ilişkin verilerin değişimi için gerçekleştirilen düzenli toplantıların, aynı zamanda pazar paylaşımı gibi rekabeti sınırlayıcı diğer konuları müzakere etmek için uygun bir zemin hazırladığını ifade etmiştir²⁴⁴.

Bunun gibi Amerikan uygulamasında da, paralel olarak arzı reddeden teşebbüslerin, bunun öncesinde birbirini takip eden toplantılar düzenlemiş olmaları iş birliğinin varlığına yorumlanabilmiştir²⁴⁵.

242 Bak. Holmes, §1.03[1]

243 Benzer yönde Holmes, §1.03[1]

244 "Schließlich boten die regelmässigen Kontakte, bei denen die Verkaufszahlen ausgetauscht wurden, ein Forum für Beanstandungen, wenn ihre Marktanteile angegriffen wurden oder wenn das Marktgleichgewicht drastisch erschüttert wurde." Fettsäuren (Fatty Acids), Abl. 1987 L 3/17.

245 Arnold Pontiac-GMC, Inc. v. Bud Baer, Inc, 826 F 2d 1335 (3d Cir. 1987).

6. Alış ve Satışta Birliktelik

İş yaşamında bazen, talep ya da arz tarafında bulunan teşebbüslerin alış ya da satış işlemlerini birlikte gerçekleştirmek için bir araya geldikleri görülmektedir. Teşebbüslerin bir araya gelmesi, satış/alış işlemleri için zorunlu olarak bir mekânda toplanılmasını gerektirmez. Ancak bu da mümkündür. Belirli bir bölgede satışlar tamamen tek çatı altında toplanabilir ya da satış yerleri, depolar, yabancı temsilcilikler ve şubeler birlikte kullanılabilir²⁴⁶. Kuşkusuz bu yöntemin, teşebbüs giderleri ve rekabet açısından olumlu yönleri vardır. Pazara giriş maliyetinin yüksek olduğu bölgelere teşebbüslerin bu yolla yayılması söz konusu olabilmektedir. Öte yandan satış yerleri, depo ya da acentelik vb. işyerlerinin daha iyi ve verimli kullanımı yoluyla pazar durumunda rasyonelleşme sağlanmaktadır²⁴⁷.

Bununla birlikte, alış/satış birliktelikleri yoluyla, alış/satış politikalarının zamanla standartlaşması ve kotalar yoluyla her bir teşebbüsün toplam satıştaki payının önceden belirlenmesi tehlikesi vardır²⁴⁸. Bu nedenle Komisyona göre, yalnızca birbirine rakip olmayan teşebbüsler arasındaki alış/satış birliktelikleri rekabet açısından sakıncasız görülebilir²⁴⁹.

Floral olayında, üreticiler, ortak satış örgütlenmesi yoluyla satış bölgelerini paylaşıyorlar ve mallarını aynı satış fiyatından arz ediyorlardı. Bunun yanında alıcılara aynı satış şartlarını öneriyorlardı. Komisyon bu ortak satış örgütlenmesi yoluyla katılımcıların birbirleriyle rekabet etmekten vazgeçtiklerine işaret etti²⁵⁰. CSV olayında iki üretici satışta ortak hareket ediyordu. Komisyon öncelikle bu birlikteliğin üretim üzerinde de etkili olduğunu belirtti. Sonra da artık bu eylem dolayısıyla alıcıların, her iki üreticinin yarışan icapları arasında seçim yapmak imkânından yoksun kaldığını vurguladı²⁵¹.

246 Chang, 132; Höfer, 147.

247 Höfer, 148; Chang, 132.

248 Chang, 132; Höfer, 148.

249 Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises, OJ 1968 C 75/3.

250 "Die drei französischen Hersteller haben also ihre Wettbewerbsabsichten auf dem deutschen Markt übereinstimmend so bemessen, daß sie mit den Marktinteressen der deutschen Hersteller möglichst wenig in Konflikt geraten. Darin liegt in Verbindung mit dem praktischen Verzicht auf individuelle Wettbewerbshandlungen ausserhalb von FLORAL die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Zusammenarbeit der Beteiligten." FLORAL, Abl. 1980 L 039/5.

251 Centraal Stikstof Verkoopkantoor, OJ 1978 L 242/15.

Bu nedenlerle teşebbüslerin ortak satış örgütlenmeleri, aralarında yakın bir bağlantının olduğunu gösterir. Bununla birlikte, ancak pratik sonuçlar görüldükten sonra teşebbüslerin uyumlu eylemler içinde olup olmadığı anlaşılabilir. Bu bağlamda ortak satış örgütlenmesi içindeki teşebbüsler, tekdüze bir satış politikası uyguluyorlarsa, hatta bu politika paralelliği, fiyat dışında kalan satış şartlarına da yayılmışsa uyumlu eylemlerin varlığı kabul edilmelidir²⁵².

Özellikle büyük teşebbüsler arasındaki satış ortaklıklarında durum böyledir. Büyük teşebbüslerin (satış yerlerinin ortak kullanımı gibi) satış ortaklıkları, malların dağıtımını ya da arzını iyileştirici kabul edilmez. Buna karşın küçük ve orta ölçekli teşebbüsler arasındaki örgütlenmeler daha caiz görülür ve sağladığı maliyet azalması nedeniyle rekabet gücünü artırır²⁵³.

Öte yandan küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin satış örgütlenmeleri, çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği (polipol) piyasalardaki örgütlenmeler için doktrinde öne sürülen ilkeler doğrultusunda ele alınabilir. Bu tip pazarlardaki örgütlenmelerin başarısı, katılımcı sayısının fazlalığı ile doğru orantılıdır. Böylece katılımcı sayısı ne kadar artarsa örgütlenmenin gücü ve başarısı da o oranda artmaktadır. Fakat katılımın çok yüksek olması hâlinde polipol (ya da geniş oligopol) bir bakıma darlaşmış olmakta ve rekabet çeşitliliği dar oligopoldeki benzemektedir. İşte katılımın sakıncalı görülecek düzeylere ulaşmadığı satış örgütlenmeleri, üyelerine bazı avantajlar sağlasa da, (dışarıda kalan rakiplerin varlığı nedeniyle) alıcılara karşı baskı kurulmasına elverişli görülmez²⁵⁴.

Keza küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin arasındaki satış örgütlenmelerine de, katılımcılarının rekabet gücünü artırmasından dolayı ılımlı yaklaşılmaktadır. Bu tür örgütlenmeler, müşterilere karşı (pazarlıklarda üstünlük kuracak şekilde) güçlü bir

252 "Im vorliegenden Fall enthält die Bestellung dieser gemeinsamen Vertriebsunternehmen durch zwei normalerweise im Wettbewerb stehende Unternehmen von der Grösse der VDK, jetzt Kali und Salz, und der SCPA notwendigerweise deren einvernehmlichen Willen, auf diesen Märkten nicht miteinander in Wettbewerb zu treten. Diese gemeinsame Bestellung muß also als das Ergebnis einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise dieser Unternehmen zur Verhinderung oder Einschränkung des gegenseitigen Wettbewerbs in den Niederlanden und in Italien angesehen werden." Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA) - Kali und Salz, Abl 1973 L 217/3.

253 Bak. Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises, OJ 1968 C 75/3; Chang, 134; bak. Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA) - Kali und Salz, Abl 1973 L 217/3.

254 Bott, H.: Zwischenbetriebliche Kooperation und Wettbewerb, Diss., Köln 1967, s.92; Höfer, 148.

konum da sağlamaz. Zira örgütlenme dışında kalan rekabet gücü yüksek teşebbüsler vardır. Bu gibi durumlarda teşebbüslerin arasında yeterli bağlantı bulunduğu kabul edilse de, objektif açıdan da olsa teşebbüslere rekabeti sınırlama amacı yüklemek mümkün gözükmemektedir.

Nitekim satışta olduğu gibi, küçük ve orta ölçekli teşebbüsler arasındaki alış örgütlenmeleri de uyumlu eylemlerin varlığını göstermez. Bu tip örgütlenmeler yoluyla, küçük teşebbüsler büyük teşebbüslerin alışta elde ettiği avantajlara ulaşabilirler ki bu da onların rekabet gücünü artırır²⁵⁵. Toplu alımlarda sağlanan indirimlerden yararlanma buna örnektir. Ancak burada ölçüt, alış birlikteliği ile büyük teşebbüslerin sahip olduğu avantajların aşılmasıdır²⁵⁶. Eğer ortak hareket satıcılar üzerinde baskı kurmaya ve hatta büyük rakiplere zarar verecek avantajlar sağlamaya yöneliyorsa caiz görülmez. Bu tip uygulamaların varlığı hâlinde gerek alış gerekse satış organizasyonlarının varlığı uyumlu eylemlerin ispatı için yeterli kabul edilmelidir.

Nitekim doktrinde talebin bir araya toplanmasının, talep tarafında şeffaflaşmayı artıracığı, böylelikle artan reaksiyon bağıllığı ile birlikte teşebbüslerin arz edenlere karşı fiyat mücadelesinde tek bir vücut olarak çok daha güçlü bir konuma geçecekleri; bunun da danışıklılık olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Zira paralelleşen talep karşısında arz edenler ancak büyük ödümler vererek, giderek maliyetlere yaklaşan bir fiyatla satış yapmak zorunda kalacaklardır. Fiyat belirleme gücü ise talep tarafında olacaktır²⁵⁷.

Sonuç olarak, katılımcı teşebbüsler, pazarın diğer yanı karşısında önemli ölçüde güçlü bir konum elde etmek için ortak alış/satış örgütlenmelerine gidiyorlarsa, artık makul görülebilen alış/satış çerçevesini aşan bir biçimlenme vardır ve bu uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilebilir.

Öte yandan küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin alış/satış birliktelikleri rekabet politikası ile de ilgilidir. Nitekim rekabet politikalarında küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması güncel bir sorundur²⁵⁸.

255 Bott, 76; Höfer, 147; Chang, 131.

256 Bott, 76; Chang, 131.

257 Höfer, 147.

258 Aşlan, Türk hukuku, 6 vd.

Yurdumuzda gittikçe artan bir şekilde süpermarketleşmeler görüldüğü bir gerçektir. Bu tür süpermarketlerde, tüketiciye önceden mahalle esnafının sunduğu hizmetler bir çatı altında ve tek elde sunulmaktadır. Bunları tercih edilir kılan nedenlerden biri de küçük ve orta ölçekli işletme niteliği arz eden bakkal, kasap, manav, manifaturacı vb.lerine göre çok daha uygun fiyatlarla satımda bulunabilmeleridir. Zira büyük çapta mal alımının getirdiği indirimlerden süpermarketler yararlanabilmektedir. Asıl itibariyle, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin faaliyetleri de RKK kapsamındadır. Ancak bu teşebbüsler, rekabet politik açıdan, büyük teşebbüsler karşısında korunmalı ve gözetilmelidir. Bu nedenle küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin örgütlenerek mal alımlarında birlikte ve paralel hareket etmeleri uyumlu eylemler olarak değerlendirilmemelidir. Özellikle burada paralel davranışların varlığı gözardı edilerek, bağlantının rekabeti sınırlayıcı bir amaç için gerçekleştirilmediği üzerinde yoğunlaşmak uygun olur. Zira bu gibi örgütlenmeler, büyük teşebbüslerin alım işlemlerinde sağladığı maliyet azalmalarından kaynaklanan avantajları ortadan kaldırarak ya da azaltarak küçük teşebbüslerin rekabet gücünü artırmaktadır.

Ülkemiz iş hayatında görülen diğer bir durum ise ortak satış yerlerinin varlığıdır. Bunlara örnek olarak seyahat firmalarının örgütlenmesi gösterilebilir. Çoğu seyahat firması il, ilçe ya da semt bazında tek bir seyahat acentesi altında toplanmakta, bu seyahat acenteleri birbirlerine rakip niteliği taşıyan seyahat firmalarına da hizmet verebilmektedir. Öncelikle bu tür yapılanmalar ayrı ayrı acenteler açılması hâlinde doğacak maliyet giderlerini azalttığı için rasyonel görülebilir.

Bununla birlikte ortak satış yerleri altında toplanma, fiyat tekdüzeliğine yol açarak müşterilerin seçim olanaklarını azaltabilir. Zira bu tür örgütlenmelerde herhangi bir yeni ve rekabetçi fiyat politikası; örneğin, fiyat indirimi, rakiplerce derhâl öğrenileceği için cazip olmaz. Ayrıca ortak örgütlenmeler rakiplerin politikalarını kontrol imkânını da artırır. Bununla birlikte bu tür satış birlikliklerinde fiyat rekabetinin yerini servis/hizmet rekabetinin alıp almadığı incelenmelidir. Diğer bir deyişle, ortak alış ve satış yerleri bir tür rule of reason analizine tâbi tutulmalı, sağladığı rasyonellikle rekabet açısından olumsuz yönleri arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Sonucun olumsuz çıkması hâlinde ise, birlikliğin varlığı bağlantının varlığı için yeterli görülmelidir.

IV. İSPAT FAALİYETİNİN TAMAMLANMASI VE TEŞEBBÜSLERİN AKSİNİ İSPAT FAALİYETİ

Komisyon ya da Kurul tarafından yürütülen ispat faaliyeti, aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak şekilde uyumlu eylemlerin varlığına kanaat getirildiğinde tamamlanmış olur. Böylece Komisyon/Kurul uyumlu eylemlerin varlığını ispatlamış olmaktadır.

Dolayısıyla ispat yüküne dayalı aleyhe bir kararla karşılaşma tehlikesi Komisyon/Kurul için artık söz konusu olmaz. Uyumlu eylemlerin varlığı için gerekli kanaate ulaşıldıktan sonra, artık, teşebbüslerin uyumlu eylemler içinde olmadıklarını ispatlamaları gerekir. Aksi takdirde Komisyonun/Kurulun kararı onanacaktır.

Kuşkusuz, iddialarını ortaya koymak için teşebbüslerin, Komisyonun ispat faaliyetinin tamamlanmasını beklemesine gerek yoktur. Özellikle yalnızca mahkeme aşamasında değil, soruşturma sırasında da uyumlu eylemin yokluğuna yönelik iddialar ileri sürülebilir. Usul hukuku açısından, teşebbüslerin ispatın tamamlanmasından önceki ve sonraki faaliyetleri, karşı ispat ve aksini ispat faaliyeti olarak nitelendirilebilirler²⁵⁹. Karşı ispat faaliyetinde henüz uyumlu eylemin varlığına kanaat getirilmeden önce, teşebbüslerin ileri sürdüğü iddialar yer alır. Uyumlu eylemlerin olduğuna kanaat getirildikten sonra, bu kanaati çürütmek için yürütülen ispat faaliyeti ise aksini ispat faaliyetidir. Dolayısıyla teşebbüsler, aksini ispat faaliyeti çerçevesinde ileri sürdükleri iddialarını ispatlayamadıklarında aleyhe bir kararla karşılaşma tehlikesi altındadırlar. Oysa mahkemede uyumlu eylemlerin varlığına dair kanaat oluşmadan önce, teşebbüslerin ileri sürdüğü vakıaların iddia edildiği gibi olduğu noktasında hâkimde yeterli kanaat uyanmaması, Komisyonun iddialarının doğru olduğu anlamına gelmez. Komisyonun yine de ihlâlin varlığını ispatlaması gerekir.

Bu noktada pratik sorununun, "alternatif neden" üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Alternatif neden ya da alternatif nedenin ispatı, pazarda gerçekleşen davranışın uyumlu eylemden başka bir nedeninin olup olmadığının ya da olup olamayacağının ispatlanmasıdır. Diğer bir deyişle, alternatif neden altında,

259 Kavramlar için bak. Pekcanitez/Atalay/Özkes, 384; Kuru/Arslan/Yılmaz, 432-433; Kuru, 2017 vd.

teşebbüslerin paralel davranışları için, uyumlu eylemden başka (makul) bir açıklamanın varlığı ihtimali araştırılmaktadır²⁶⁰.

Teşebbüslerin paralel davranışlarına uyumlu eylemlerin dışında açıklama getiren makul bir neden varsa ispat faaliyeti tamamlanmış sayılmaz. Buna karşın böyle bir alternatif neden yoksa ya da ciddi olarak görülmüyorsa²⁶¹, uyumlu eylemler ispatlanmış olur.

Yukarıda uyumlu eylemler için aranan ispat ölçüsü ortaya konmuştu. Buna göre, aksi yönde makul bir şüphenin kalmadığı nokta uyumlu eylemlerin ispatlandığı noktadır.

Buna göre, acaba alternatif nedenin yokluğunun mu yoksa varlığının mı ispatı taraflardan istenecektir? Eğer paralel davranışları yeterince ek emarelerle destekledikten sonra Komisyonun iddiasını ispat ettiği kabul edilirse, artık alternatif nedenin varlığının ispatı (teşebbüslerden) istenmiş olur. Buna karşın aynı durumda, Komisyondan paralel davranışlar için uyumlu eylemler dışında makul bir neden bulunmadığını da ispatlaması beklenirse, bu takdirde alternatif nedenin yokluğunun ispatlanması (Komisyondan) istenmiş olur.

Hâliyle yukarıdaki sorunun yanıtı, ispatın tamamlanması ve buna göre ispat yükünün artık Komisyonda değil, teşebbüslerde olması ile ilgilidir. Bu nedenle de alternatif nedenin ispatı delil ikame yükü ile (doğrudan) ilgili bir sorun değildir. Kendine alternatif nedenin yüklendiği taraf, ispat yükünü taşıyan taraf olmaktadır.

260 Nitekim mahkemelerce (ATAD ve İDM), 'alternatif neden'den çok, 'alternatif açıklama'dan (alternative explanation) ya da (davranışın uyumlu eylemlerden) başka bir açıklamasının olmasından (another explanation) söz edildiğine burada işaret etmek gerekir. Örneğin bak. *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (CRAM) and Rheinzink GmbH v. Commission*, Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679; *Limburgse Vinyl Maatschappij NV and others v. Commission*, Cases T-305-307, 313, 316, 318, 325, 328, 329/94, ECR 1999, II-931.

261 Joshua, 332.

A. Alternatif Neden Sorunu

1. Avrupa Birliği Hukukunda Alternatif Neden Sorunu

AB hukukunda mahkemelerin, alternatif nedenin ispatlanmasında, özellikle davanın gidişatına ve Komisyonun ispattaki başarısına göre farklı değerlendirmelere gittiği görülebilmektedir.

Bunları aşağıdaki gibi sınıflandırarak incelemek yararlı olacaktır.

a.Bağlantıya İlişkin Emarelerin Yokluğu ya da Yetersizliği

Yukarıda uyumlu eylemlerin ispatında başvurulabilecek değişik emare grupları ve ölçütler incelendi. İşte bu başlık altında; bağlantıya ilişkin ek emarelerin belirlenemediği durumlarda, paralel davranışlara dayanılarak yürütölen ispat faaliyetleri toplanabilir. Dolayısıyla pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütü de bu noktada ağırlıklı olarak gündeme gelecektir.

Cram/Rheinzink kararında²⁶² Komisyon, belirli alıcılara mal arz etmemek hususunda teşebbüslerin uyumlu eylemlerde bulunduğuna karar vermiştir. ATAD bu davada²⁶³, teşebbüslerin, Komisyonun ortaya koyduğu vakıaların başka şekilde yorumlanmasına imkân veren emareler getirmek ve böylece Komisyonun izahına alternatif bir izah sunmak suretiyle iddialarını ispat edebileceklerini ifade etti. Böylece teşebbüslere de emarelere dayanma imkânı verirken, bir yandan da alternatif nedenin ispatını teşebbüslere yüklemiş oldu. Örneğin, bu davada, teşebbüsler, söz konusu alıcıların ödeme gücündeki zayıflığı ispatlamak suretiyle, Komisyonun iddialarının aksini ispatlamış olmaktadır. Zira bu durumda, paralel ret kararlarının (uyumlu eylemin dışında) makul bir nedeninin olduğu ispat edilmiş olmaktadır. Söz konusu davada, temel dayanak olarak, Komisyonun arzın reddi şeklindeki paralel davranışların varlığını göstermesi ispatın tamamlanmış sayılmasında etkili olmuş, Komisyondan ayrıca alternatif bir nedenin bulunmadığını

262 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (CRAM) and Rheinzink GmbH, OJ 1982 L 362/40.

263 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (CRAM) and Rheinzink GmbH v. Commission, Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679.

ispatlaması istenmemiştir. Mahkemelerin bu uygulamasının, kural olarak, istikrarlı olduğu söylenebilir²⁶⁴.

Buna karşın Divan Kâğıt hamuru olayı²⁶⁵ ile ilgili Åhlström kararında, esasen paralel fiyat artışlarının varlığına dayanarak uyumlu eylemler sonucuna ulaşan Komisyon kararını, şüpheleri giderici görmemiştir. Bu kararda, paralel davranışların, uyumun böyle bir davranışın tek makul izahı olduğu gösterilmedikçe, gerekli ispat kanaatini sağlamayacağını ifade etmiştir²⁶⁶.

ATAD, Åhlström kararında Komisyonun pazanın normal şartlarını değerlendirmesinde bir hata bulmuştur: Kâğıt hamuru pazarına ilişkin uzman görüşlerine başvurmuş ve uzman görüşleri doğrultusunda pazarda oligopolistik bağımlılığın söz konusu olabileceğinden hareket etmiştir.

Görülüyor ki, oligopolistik bağımlılık gibi açıkça alternatif bir nedenin bulunduğu davalarda, Komisyonun bu nedeni çürütmeden hiçbir makul şüphe bırakmayacak derecede ispat faaliyetini tamamladığından söz edilemez. Kuşkusuz oligopolistik bağımlılığın atlanması pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütü açısından da hatalı sonuçlara varmaya neden olacaktır²⁶⁷.

CRAM/Rheinzink kararında ise, pazanın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütünün hatalı uygulanması söz konusu olmayıp, uyumlu eylem izlenimi doğuran davranışlara, bu ölçütle ilgili olmayan; rasyonel gerekçelere dayanan alternatif bir açıklama getirebilmiştir. Bu durumda teşebbüslerin ayrıca Komisyonun dayanaklarını çürütmesi gerekmekte, alternatif nedenin gösterilmiş olması yeterli olmaktadır²⁶⁸.

264 Lane, 56.

265 Wood Pulp, OJ 1985 L85/1.

266 A. Åhlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; ECR 1993, I-1307.

267 "....., it is necessary in this case to ascertain whether the parallel conduct alleged by the Commission cannot, taking account of the nature of the products, the size and the number of the undertakings and the volume of the market in question, be explained otherwise than by concertation." A. Åhlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; ECR 1993, I-1307.

268 "....., it is sufficient for the applicants to prove circumstances which cast the facts established by the commission in a different light and which thus allow another explanation of the facts to be

b. Bağlantıya İlişkin Yeteri Derecede Emarenin Olması

1999 tarihli Limburgse kararında İDM, Komisyonu alternatif nedenleri araştırmakla yükümlü tutmamıştır. Buna göre, Komisyon, iddiasını sadece paralel davranışlara dayandırmayıp başka emarelerle de (ek emareler) desteklemesi hâlinde ihlâlin varlığını ispatlamış olacaktır²⁶⁹.

Bununla birlikte yukarıdaki kararın özelliği, paralel davranışların yanında bulunan emarelerin, bağlantıya ilişkin emareler (düzenli toplantılar) olmasıdır. Nitekim İDM, ATAD'ın CRAM kararında benimsediği ilkeleri tekrar etmekle birlikte, bunların bu davada uygulanamayacağını belirtmiştir. Bunun nedenini de teşebbüslerin arasında bağlantının (uyumlu eylemlerin) olduğunu gösteren belgelerin bulunması ile açıklamıştır. Aynı gerekçeyle İDM, teşebbüslerin davranışlarına alternatif bir neden ya da açıklama getirmesini yeterli görmemiş, belgelenen bağlantının paralel davranışların nedeni olmadığını da ispatlanmasını aramıştır²⁷⁰.

Keza Divan da 1999 tarihli Hüls kararında, paralel davranışların yanında düzenli toplantıların ortaya konulması üzerine, bunun aksini ispatın teşebbüslere yüklenmesini, masumluk karinesi (presumption of innocence) ile çelişir bulmamıştır²⁷¹. Nitekim bu çözüm tarzının isabetliliği, doktrinde öteden beri savunulmaktadır²⁷².

substituted for the one adopted by the contested decision .” Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (CRAM) and Rhein zinc GmbH v. Commission Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679.

269 Limburgse Vinyl Maatschappij NV and others v. Commission, Cases T-305-307, 313, 316, 318, 325, 328, 329/94, ECR 1999, II-931.

270 “....., the proof of the concerted action between the undertakings is based not on a mere finding of parallel market conduct but on documents which show that the practices were the result of concerted action... In those circumstances, the burden is on the applicants not merely to submit an alleged alternative explanation for the facts found by the Commission but to challenge the existence of those facts established on the basis of the documents produced by the Commission. As examination of the facts has shown, that has not been done in this case... The Commission was therefore right to classify the conduct in question, in the alternative, as a concerted practice within the meaning of Article 85(1) of the Treaty.” Limburgse Vinyl Maatschappij NV and others v. Commission, Cases T-305-307, 313, 316, 318, 325, 328, 329/94, ECR 1999, II-931.

271 Hüls AG v. Commission, Case C-199/92P, ECR 1999, I-4287.

272 Bak. Ulmer, 36

c. Alternatif Nedenin İspatına İlişkin Uygulamanın Sınıflandırılması

Görüldüğü gibi, AB uygulamasında alternatif nedenin varlığının mı yokluğunun mu ispatlanacağı sorunu, değişik ihtimallere göre değişik çözümlere kavuşturulmuştur. Bu çözümler şu şekilde sınıflanabilir:

-Uyumlu eylemlerin ispatında incelendiği üzere, paralel davranışların yanında bağlantıya ilişkin yeterli derecede emare toplanamadığı durumlarda, başka ek emare ya da ölçütler kullanılarak uyumlu eylemlerin varlığı sonucuna ulaşılabilmektedir.

Kuşkusuz burada pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütü ön plâna çıkmakta ve hâliyle bağlantıya ilişkin emarelerin yetersiz kaldığı bu gibi durumlarda ekonomik delil ve analizlerin rolü artmaktadır. Paralel davranışları dayanak alarak hareket eden Komisyonun bu nedenle pazarın normal şartlarını değerlendirirken dikkatli olması gerekmektedir. Özellikle paralel davranışlar için alternatif bir neden olabileceği "kolayca görülebilen" pazar şartlarını incelemeli ve bunlarla paralel davranışlar arasında nedensellik bağı olmadığını ispatlamadan uyumlu eylemlerin varlığına hükmetmemelidir. Aksi takdirde teşebbüslerin, paralel davranışlara bunların neden olabileceğini ispatlaması kararın bozulması için tek başına yeterli olacaktır. Teşebbüslerin ayrıca Komisyonun kararına dayanak gösterdiği gerekçelerin aksini ispatlaması gerekmemektedir.

"Görülebilen alternatif nedenlerin" başında, pazarda oligopolistik bağımlılığın olması gelir. Bu nedenle Komisyonun paralel davranışlar için oligopolistik bağımlılığın alternatif neden olamayacağını ispatlaması gerekir. Bunun gibi, (narh vb. şekillerde) devlet müdahalelerinin söz konusu olduğu piyasalarda, paralelliklerin bunlardan kaynaklanmadığı Komisyonca ispatlanmalıdır.

Görülebilen alternatif nedenler dışında Komisyonun paralel davranışlar için "alternatif nedenler arayıp bulma yükü"²⁷³ yoktur. Bunları teşebbüslerin ortaya koyması gerekir. Tıpkı yukarıda olduğu gibi burada da, teşebbüslerin paralel davranışlara alternatif bir açıklama getirmeleri yeterlidir; Komisyonun gerekçelerini çürütmeleri gerekmez. Kuşkusuz bu sonuç, ihlâlin gerçekleşmediğine ilişkin "hiçbir makul şüphenin kalmaması"nın arayan uyumlu eylemlerdeki ispat ölçüsü ile de örtüşmektedir.

273 Lane, 57 dn. 33.; bak. Cimenteries CBR and others v. Commission, Cases T-25 etc/95, ECR 2000, II-491.

Paralel davranış için alternatif nedenin olmadığını araştırması gereken durumlarda Komisyondan, menfi bir vakianın ispatı istenmiş olmaktadır. Bilindiği gibi, menfi vakiaların ispatında, bir vakianın gerçekleşmediğinin ispatlanması esastır. Bu yüzden, menfi vakiaların ispatı müspet vakiaların ispatına göre daha güçtür. Usul hukuku doktrinde bu güçlüğü aşmak için karşı tarafa somutlaştırma yükü²⁷⁴ yüklenebilmektedir. Bunun anlamı kendisine ispat yükü düşmeyen tarafın, vakianın gerçekleşmiş olabileceği durumları ortaya koyması ve ispat yükünü taşıyan taraftan da bu durumlarda vakianın gerçekleşmediğinin ispatının istenmesidir. Örneğin, gaiplik kararının verilmesi için, hakkında gaiplik kararı istenen kişiden bazı durumlarda bir, bazı durumlarda beş yıl boyunca haber alınmamış olması gerekir (MK. m. 33/1) . Eğer bir mektubun bu süreler zarfında herhangi bir tarihte ilgiliden alındığına ilişkin bir iddia ya da kuşku varsa, gaiplik kararı verilmesini talep eden kişinin öncelikle bu iddianın gerçek olmadığını ispatlaması gerekecektir. Böylece hemen hemen olanaksız olan günbegün ilgiliden haber alınmadığının gösterilmesi yerine, somutlaştırılan kuşkuvarın giderilmesi menfi vakianın ispatlanmış sayılması için yeterli görülebilmektedir²⁷⁵.

Bunun gibi, rekabet hukukunda Komisyonun alternatif nedenin olmadığını ispatlaması ya da araştırması gereken durumlarda, teşebbüslerden alternatif nedenin varlığını gösteren vakiaları somutlaştırmaları istenmelidir. Bu anlamda teşebbüslerce ileri sürülen nedenler çürütülmeden alternatif nedenin olmadığı ispat edilmiş olmaz. Komisyon, teşebbüslerce ileri sürülen vakiaların doğru olmadığını, bunların paralel davranışlara neden olamayacağını ya da bu olanak olsa da ileri sürülen vakialarla paralel davranışlar arasında nedensellik bağının olmadığını ispatlayarak bu iddiaları çürütebilir.

-Paralel davranışların yanında bağlantıya ilişkin yeteri derecede ek emareler varsa, artık Komisyonun alternatif neden araştırması yapması gerekmez. Üstüne üstelik teşebbüslerin bu durumda yalnızca, alternatif nedenin varlığını ispatlamaları da Komisyonun kararının bozulması için yeterli değildir. Bunun yanında Komisyonun kararına dayanak aldığı gerekçelerin de çürütülmesi gerekir. Yani örneğin, paralel davranışlarla bağlantının varlığına işaret eden emareler arasındaki nedensellik bağı kesilmelidir.

274 Somutlaştırma yükü hakkında bak. Pekcanitez/Atalay/Özkes, 380 vd.; Atalay, Menfi vakiaların ispatı, 31 vd.

Bununla birlikte bu sonucun doğması için ön şart, bağlantıya ilişkin “yeterince” ek emarenin gösterilmiş olmasıdır. Aksi takdirde uyumlu eylemleri ispat yükünü taşıyan Komisyonun aleyhe bir kararla karşılaşma tehlikesi devam eder. Nitekim, CRAM/Rheinzink'te Komisyon, teşebbüsler arasında görüşmeler olduğunu ortaya koyan bir teleks mesajına ulaşmıştır. Bu mesajda teşebbüslerden biri, diğerine, belirli bir bölgede fiyat indirimine gittiğini bildiriyordu. Divan, yalnızca bununla sınırlı kalan bağlantıya ilişkin delilleri uyumlu eylemlerin varlığı için yeterli görmedi. Komisyonun rakip teşebbüsün fiyatlarının bu bildirimden etkilenmiş olduğunu ispatlamasını aradı²⁷⁶.

2. Türk Hukukunda Alternatif Neden Sorunu

Türk rekabet hukukunda alternatif neden sorununun çözümünde, akla ilk önce uyumlu eylemler karinesi için öngörülen kurtuluş beyyinesi gelmektedir. Buna göre; *“Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir”* (RKK m.4/son). Bu fıkra gereğince, uyumlu eylemler karinesi, kesin bir karine değil, adî bir karine olmaktadır. Adî (kanunî) karineler aksi ispatlanabilen karinelere²⁷⁷.

Fıkırada her ne kadar ekonomik ve rasyonel “gerçeklerden” söz edilse de, bu ifade daha çok ekonomik ve rasyonel “gerekçeler” olarak anlaşılmaktadır²⁷⁸.

Kurtuluş beyyinesi, Kurulun, ilgili pazarın durumunu rekabetin sınırlandığı piyasalardakine benzer görerek, uyumlu eylemler karinesine dayandığı durumlarda, teşebbüslere, bunun için uyumlu eylemden başka bir gerekçe göstererek karine sonucundan kurtulma imkânı tanımaktadır. Böylelikle uyumlu eylemler karinesine başvurulduğu durumlarda, alternatif nedenin ispatı, teşebbüslere yüklenmiş olmaktadır.

275 Menfi vakıaların ispatı ve bu hususta somutlaştırma yükü de dahil başvurulabilecek yollar hakkında bak. Atalay, Menfi vakıaların ispatı, 31 vd, 117 vd, 123 vd.

276 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (CRAM) and Rheinzink GmbH v. Commission, Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679.

277 Kuru/Aslan/Yılmaz, 431; Kuru, 2113; kesin yasal karineler ve kesin olmayan yasal karineler olarak; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 368-369.

278 “ ...ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak....” Gazete, RK kararı, K. Sa.: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000.

Kurulun uygulamasına gelince, 2000 tarihli Gazete kararında uyumlu eylemler karinesi ve kurtuluş beyyinesi ile ilgili şu ifadelere yer verilmiştir²⁷⁹: *“Uyumlu eylem vakialarında önemli bir sorun da teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarının tespiti ve ispatıdır. 4054 sayılı Kanun piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi halini uyumlu eyleme karine göstermiş ve ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemlerde bulunulmadığının ispatını taraflara bırakmıştır. Ancak, burada olduğu gibi bir fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanısıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi şartlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir”.*

Kurul söz konusu kararda, *“...burada olduğu gibi bir fiyat belirleme olayında...”* ifadeleriyle de açıkça görüldüğü gibi, “ilgili” pazarın şartlarından dolayı uyumlu eylemler karinesi ile yetinmemiştir. Gazete pazarı oligopol bir pazar olarak nitelenmiş²⁸⁰ ve bu durumda oligopolistik bağımlılık ihtimali göz önüne alınmıştır. Bir başka deyişle oligopolistik bağımlılığın paralel davranışlar için alternatif bir neden olup olmadığı Kurul tarafından araştırılmıştır.

Görüldüğü gibi, Kurul, uyumlu eylemler karinesine rağmen, (kolayca) görülebilir ekonomik ve rasyonel gerekçeleri incelemektedir²⁸¹. Bu gerekçelerin en önemlisi oligopolistik bağımlılıktır. Piyasa yapısının oligopol olduğu durumlarda, uyumlu eylemlere alternatif bir neden olan oligopolistik bağımlılığın çürütülmesi gerekir. Türkiye için, belirli dönemlerdeki enflasyon sıçramaları, döviz kurundaki aşırı değişiklikler de görülebilir alternatif nedenler olarak kabul edilmeli ve teşebbüslerin pazar politikalarındaki paralel değişiklerin bunlarla açıklanıp açıklanamayacağı ortaya konmadan, uyumlu eylemlerin varlığına karar verilmemelidir.

279 Gazete, RK kararı, K. Sa.: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000.

280 *“Soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarları oligopolistik bir özellik taşımaktadır.” “ Belli dönemlerde, her iki grubun, bazı oligopolist piyasalarda, sıkça yaşanan, fiyat ve fiyat dışı rekabete...”* Gazete, RK kararı, K. Sa.: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000.

281 *“..... her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın sözkonusu olduğu ve oligopolistik özellikler gösteren ekmekek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın ‘ekonomik ve rasyonel gerçekler’i olarak değerlendirmek mümkündür.”* Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, RK kararı, K. Sa.: 00-24/255-138, K. T.: 27.06.2000.

Buna karşın, görülebilir ekonomik ve rasyonel gerekçelerin yokluğunda, uyumlu eylemler karinesine dayanılmasında ve alternatif nedenin ispatının teşebbüslere yüklenmesinde bir sakınca yoktur. Bu durumda gösterilen nedenin uyumlu eylemler karinesini çürütecek güçte olup olmadığı, paralel davranışları destekleyen ek emarelerin gücü ile ilgili bir sorundur.

Teşebbüslerin karineyi çürütmek için, uyumlu eylemlerin dışında paralel davranışlara açıklama getiren ekonomik ve rasyonel gerekçelerin varlığını ispatlamaları yeterlidir. Bu durumda Kurulun iddialarının ya da gerekçelerinin isabetli olmadığı ayrıca ispatlanmasına gerek yoktur. Çünkü Kurulun uyumlu eylemlerin varlığını geride hiçbir makul şüphe kalmayacak şekilde ispatlaması gerekir. Eğer makul sayılabilecek bir şüphe varsa, bu şüphe giderilmedikçe gerekli ispat ölçüsüne ulaşılmış olmaz. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin gerçekleştiğine karar verilemez. Bir başka deyişle, teşebbüslerin paralel davranışlar için uyumlu eylem dışında makul bir neden göstermeleri, karinenin kullanılması yoluyla uyumlu eylemlere varılmasının önünü kesmektedir.

Uyumlu eylemler karinesi paralel davranışlardan yola çıkan bir karinedir. Paralel davranışların belirlendiği durumlarda, pazarın özelliklerinden ve bazı ek emare ve ölçütlerden hareket ederek, bağlantının varlığının ispatlanmasına gerek kalmadan uyumlu eylemlere ulaşılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle bağlantı ispatlandığında ya da bağlantıya ilişkin yeterli derecede ek emare bulunduğunda, ispat için yalnızca karinenin kullanıldığı durumdan farklı bir durum doğar. Çünkü teşebbüslerin alternatif nedenlerin varlığını ortaya koyması yalnızca karineye dayanılmasını engeller. Bağlantının olduğuna ilişkin (ikna edici) delil ve emarelerin ise ayrıca çürütülmesi gerekir. Bunun için de, örneğin, bilgi değişimi ya da tavsiyenin paralelliğinin nedeni olmadığı ortaya konabileceği gibi, bağlantının varlığına kuvvetle işaret eder tarzda gerçekleşen toplantı ve görüşmelerin başka bir amaçla yapıldığı ya da paralellik için kullanılmadığı ispatlanmalıdır²⁸².

282 Paralel davranışların yanında yer alan, ancak uyumlu eylemlerde aranan ispat ölçüsünü karşılayacak derecede ikna edici olmayan bağlantıya ilişkin basit emarelerin (Uyumlu eylemlerin ispatında, paralel davranışların yanında yer alan emarelerin bir kısmı paralel davranışlarla bir kısmı da bağlantıyla ilgili olabilir. Paralel davranışlarla ilgili olanlar, bunların görülme sıklığı, fiyat dışındaki alanlarda da paralelliklerin görülüp görülmediği vb. türdeki emarelerdir. Bağlantıya ilişkin emarelerin en önemlisi ise toplantı ve görüşmelerin varlığıdır.) yukarıdaki sonucu doğurmayacağı ise açıktır. Bak. yuk. § 9, III, B.

B. Karşı ve Aksini İspat Faaliyetinde Başvurulabilecek Çeşitli Yollar

Yukanda ifade edilenler doğrultusunda, gerek Kurul gerekse Komisyon tarafından yürütülen ispat faaliyetini çürütmek için teşebbüslerin başvurabileceği iki yol vardır. İlk olarak paralel davranışlardan uyumlu eyleme varmayı sağlayan emarelerin ya da vakıaların, Komisyon ya da Kurulca iddia edildiği gibi gerçekleşmediği ya da bu emarelerin/vakıaların uyumlu eylem sonucuna varmaya elverişli olmadığı ispatlanabilir. Örneğin, teşebbüsler, iddia edilenin aksine, aralarında paralel davranışların bulunmadığını ispatlayabilirler. Bunun gibi görüşmelere delil olarak kullanılan belgelerin yanlış yorumlandığı ya da teşebbüse/teşebbüslere ait olmadığı ortaya konabilir. İkinci olarak, başka emarelere dayanmak suretiyle paralel davranışlar için (uyumlu eylem dışında) bir nedenin olduğu ispatlanabilir. Her iki durumda da uyumlu eylem iddiası çürütüldüğü için, Komisyonun/Kurulun kararı bozulacaktır.

Karşı ve aksini ispat faaliyeti içinde, ekonomik ve rasyonel gerekçeler önemli bir yer tutar. Gerçekten de gerek Türk, gerekse Amerikan ve AB rekabet hukukunda karşı ve aksini ispat faaliyetinde kullanılan çeşitli ölçüt, yorum ve gerekçeler en iyi, bu kapsamlı ve isabetli başlık altında toplanabilir. Bu açıdan teşebbüslerin karşı ve aksini ispat faaliyetinde dayandıkları bazı gerekçeler, burada ekonomik ve rasyonel gerekçeler altında toplanacaktır.

1. Ekonomik ve Rasyonel Gerekçeler

Aşağıda bazı ekonomik ve rasyonel gerekçelere alt başlıklar açılarak değinilmekle birlikte, birbirleriyle yakın ilişkilerinden dolayı bunların tek başlık altında toplanması da mümkündür. Örneğin, teşebbüslerin kendi çıkarlarıyla bağdaşan uygulamaları, ekonomik akla/ticarî zekâyâ hitap ettiği gibi, bu durumlarda teşebbüslerin iş birliği içine girmesi için ekonomik bir neden de yoktur. Bu nedenle bazı örnekler arasında yer değişikliği de yapılabilir. Bununla birlikte aralarında bazı ince ayrımlar bulunmaktadır. Örnekler de olabildiğince bu ayrımları yansıtanlardan seçilmiştir. Örneğin, aşağıda iş birliği için ekonomik bir nedenin olmadığına verilen örnek, ekonomik akla hitap etmeyen bir durumun varlığını da göstermekle birlikte, ikincisine göre tamamen ekonomi-bilimsel bir gerekçedir. Oysa ekonomik akla hitap etme için verilen örnek daha çok pazarın fiilî şartları ile ilgilidir.

a. Kendi Çıkarları İle Bağdaşma

Yukarıdaki ifade edildiği gibi, teşebbüslerin kendi ticari/ekonomik çıkarlarına aykırı eylemlerde bulunması, uyumlu eylemlerin ispatında kullanılabilir. Öte yandan aynı ilke, teşebbüsler tarafından ihlâlin gerçekleşmediğinin ispatında da kullanılabilir.

Buna göre, her bir teşebbüs, davranışının, bir diğerinin izleyeceği pazar politikasından bağımsız olarak, kendi çıkarına olduğunu ispatlayabilir. Bunun anlamı teşebbüslerin iş birliği için en kuvvetli emare olan bilinçli paralel davranışın varlığı tezini çürütmeleridir. Zira bu durumda pazarda paralellik görülse dahi teşebbüslerin paralellik bilinci taşıdığından söz edilemez. Oysa gerek uyumlu eylemler gerekse oligopole özgü paralelliklerde, teşebbüsler paralellik bilinci taşırlar. Bu ihtimalde, paralel davranıştan ek bir kazanç beklentisi söz konusu olmadığı için, teşebbüslerin politikalarını iş birliği içinde paralelleştirdiklerinden söz etmek de anlamsız olmaktadır.

Bu gibi durumlarda pazarda fiilen görülen paralelliğin nedeni en iyi seçenek olmasıdır. Yani mevcut pazar şartları içinde, izlenmesi gereken politika ve buna dayanan davranış o kadar makul ve açıktır ki her bir teşebbüs tek başına bu politikayı benimsemiş olabilir. Burada teşebbüsler birbirlerinden bağımsız olarak aynı politikayı benimsemekte ve sonuçta yine paralellik doğmaktadır. Ancak artık bu paralelliğin, uyumlu eylemlerden ya da gizli iş birliğinden kaynaklandığı söylenemez.

Gerçekten de teşebbüsler paralel davranışlarının kendi çıkarları ile bağdaştığını ispatlamaları hâlinde ihlâl iddiasını büyük oranda çürüteceklerdir. Zira paralel davranışın ilk görünüşte uyumlu eylemler lehine sağladığı ispat kolaylığı böylece tamamıyla ortadan kalkmaktadır. Öte yandan paralelliğin nedeni olarak uyumlu eylemlere alternatif bir açıklama getirilmiş olmaktadır.

Ancak bunun için, her şeyden önce, teşebbüslerin, somut olayın özelliklerine göre, davranışlarının, bir diğerinin davranışından bağımsız olarak çıkar sağlayabilecek, dolayısıyla uygulanması tek başına benimsenebilecek bir davranış olduğunu ispatlamaları gerekir. Hâliyle diğerleri benzer politikalar benimseseler de tamamen farklı davranışlarda bulunsalar da, kendi çıkarına davranan teşebbüsün, bu politikasında bir değişme beklenmez. Her hâlükârda teşebbüs, yine aynı politikayı uygulamayı isteyecektir.

Kendi çıkarlarıyla bağdaşma savunmasının etkililiği, bu nedenlerle, izlenen politikanın teşebbüs açısından en iyi seçim olması ya da en iyi seçimlerden biri olması ile mümkündür.

Örneğin, Paramount kararında²⁸³, film şirketleri şehir dışındaki bir sinemaya, gösterime yeni giren filmleri vermeyi paralel şekilde reddediyorlardı. Bu da tüm firmaların iş birliği için de hareket ettiği izlenimi uyandırıyor. Ancak arz eden firmalar, bu sinema yerine şehir merkezindeki sinemalara yeni filmleri vermenin daha kazançlı olduğunu ileri sürdüler. Zira şehir sinemaları daha çok izleyici topluyor ve filmler için kapsamlı reklâm kampanyaları yürütüyorlardı. Yüksek mahkeme, bu vb. nedenlerle, teşebbüslerin paralel davranışlarını kendi çıkarlarına aykırı görmedi. Üstelik her birinin ilk gösterim hakkını şehir sinemalarına vermesinde kazancı vardı. Bu kazanç rakiplerinin çıkarlarından ya da davranışlarından bağımsız olarak gerçekleşiyordu. Rakiplerinin aksi yönde kararları olsa da, her bir teşebbüsün şehir dışındaki sinemanın teklifini tek başına hareket ederek reddetmesi mümkündür.

b. İş Birliği İçin İkna Edici Bir Nedenin Yokluğu

Matsushita/Zenith davasında²⁸⁴, yirmi bir Japon üreticinin yirmi yılı aşkın bir süre boyunca ABD'deki fiyatlarını bilinçli olarak düşük tutarak, yıkıcı fiyat uyguladıkları iddia edilmişti. Bu iddiaya göre, Japon üreticiler, ABD piyasasındaki zararlarını Japonya'daki fiyatlarını iş birliği içinde yapay olarak yükselterek karşılıyorlardı. Yüksek mahkeme, öncelikle, yıkıcı fiyat uygulamalarını nadiren başvuru ve başarılı olan uygulamalar olarak nitelendirdi. Yirmi yıl boyunca böyle bir uygulamanın sürmüştüğünü, bu arada da bir taraftaki kaybın diğer taraftaki yapay artışla karşılanmasını ekonomik açıdan ikna edici bulmadı. Yüksek mahkeme bu nedenle davada, iş birliği için makul bir ekonomik nedenin (economic motif) yokluğunun dikkate alınmamasını hatalı gördü.

c. Genel Maliyet Artışları

Süthane kararında da, iki süthane firması birbirine yakın zamanlarda paralel olarak fiyatlarını artırmışlardı. Ancak bu arada idarenin kontrolü altındaki çığ süt

283 Theatre Enterprises, Inc v. Paramount Film Distributing Corp., 346 US 537, 540-541 (1954).

284 Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 US 574 (1986)

fiyatlarında artış olmuştu. Mahkeme, teşebbüslerin bir diğèrinin kararından bağımsız olarak, bu maliyet artışına göre yeni fiyat ayarlamasına gitmesinde kazancı olduğunu vurguladı. Her bir süt firması da rakibinin fiyatında bir artış olmasından bağımsız olarak fiyatını yükseltmiş olabilirdi. Bu açıdan paralel fiyat uygulamasının gizli iş birliğinden ayrı bir nedeni olabileceğini göz önüne alınarak, olayda Sherman Kanununa aykırı bir durum görülmedi²⁸⁵.

d. Ekonomik Akla/Ticarî Zekâyâ Hitap Etme

Yukarıda Şeker karteli kararının ikinci bölümünün iki başlık altında toplandığına değinilmişti. İkinci olayda, Komisyon SU ve CSM ile RT arasındakine benzer bir ilişkinin SU ve CSM ile PL arasında da bulunduğuna; mal arzının üreticiden üreticiye yapılması ve PL'nin üretici olmayan teşebbüslere mal arz etmemesine dayanarak karar vermiştir.

Davada ATAD, öncelikle taraflar arasında herhangi bir bağlantının olduğunu gösterir bir doküman bulunmadığına işaret etti.

Buna karşın gerçekten, 1970/71 ve 71/72 pazar yılları arasında PL, SU'nun bir yavru kuruluşu olan LIMAKO'ya mal arz ediyordu. Ancak LIMAKO esas olarak üçüncü ülkelere ihracat ile uğraşüyor; alınan şeker yeniden paketlenerek Rotterdam'daki ambarlara gönderiliyor ve buradan ihraç ediliyordu. ATAD, PL'nin LIMAKO'ya mal arzını, üreticiden üreticiye dağıtım suretiyle ev pazarındaki rekabete karşı SU'yu korumak için girişilmiş bir eylem olarak görmedi. CSM'ye mal arzı ise Komisyonun da itiraf ettiği gibi asgari düzeyde kalıyordu. Gerçi PL, üretici olmayan Hollandalı teşebbüslere (satıcılara) arzı da düşük düzeyde tutuyordu. Ancak bunun nedeni, piyasada hâlihazırda mevcut ürün dalgalanmaları esnasında PL'nin yeni bir pazara giriş isteksizliğiyle açıklanabilirdi (Almanya'da 1970/71 yıllarında pazarda şeker azlığı, 71/72 yıllarında ise bir aşırılık ortaya çıkmıştı). Zira bu dalgalanmalar sürerken Almanya'da şeker fiyatı seviyesi Hollanda'dakinden aşağı değildi. Bu nedenlerle Divan, uyumlu eylemlerin varlığını reddetti.

285 Pevely Dairy Co. v. United States, 197 F.2d 489 (9th Cir. 1952)

e. Paralelliğin Karşı Tarafın Kusurundan Kaynaklanması

Teşebbüsler, karşı taraftan kaynaklanan bir kusuru da paralel davranışlara alternatif neden olarak gösterebilirler. Örneğin, alıcının ödeme gücü içinde olması, arzın paralel olarak reddedilmesine ekonomik ve rasyonel bir gerekçedir. CRAM olayında, çinko üreticileri Cram ve Rheinzink, Belçikalı Schiltz firmasına mal arzını kesmişlerdi. Schiltz'e mal arzı esasen bunu üçüncü bir ülkeye ihraç etmesi için yapılıyordu. Ancak Schiltz, bunun yerine çinko için daha yüksek fiyatın ödendiği Almanya pazarına ihracat yapıyordu. Bu gerekçelerle Komisyon, CRAM ve Rheinzink'in konusu Schiltz'e mal arzını reddetmek olan uyumlu eylemlere girdiğine karar verdi. Konu ATAD'a intikal etti. Divan, mal arzının paralel şekilde kesildiği ve Almanya'ya ihracat vakıalarının doğru olduğunu tespit etmesine rağmen Komisyonun kararını onaylamadı. Zira, bu dönemde Schiltz, çinko alımından doğan borçlarını vadesinde ödememişti. Bu içerikteki bir borca aykırı davranış pekâlâ mal arzının kesilmesini makul gösteriyordu²⁸⁶.

Bunun gibi, alıcının piyasada kötü üne sahip ya da ürünün tanıtımı ve markanın itibarı için asgari standartları sağlamaktan uzak olması, icabın ya da dağıtım kanalına kabulün paralel şekilde reddine gerekçe olacaktır.

Öte yandan, mal ya da hizmetin karşılığının zamanında alınmadığı kamu kuruluşlarına, özel sektöre göre, paralel bir uygulamayla yüksek fiyatla mal/hizmet arzı, fiyat ayrımcılığı olarak görülmemelidir²⁸⁷.

f. Eskisine Göre Kazançta Artış Olmaması

Teşebbüsler, paralel davranışları sonucunda eskisine göre kazançlarında bir artış olmadığını ortaya koyarak uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispatlayamazlar.

Kuşkusuz uyumlu eylemlere, kazançta bir yükselme -ama haksız bir yükselme- sağlamak için girilmektedir. Ancak ihlâlin meydana gelmesi için

286 "In those circumstances, the cessation of deliveries to Schiltz by Asturienne, and the moment at which that cessation took place, can be explained by considerations arising from the financial relations between Asturienne and Schiltz." Cie Royale Asturienne des Mines (CRAM) and Rheinzink v. Commission, Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679.

287 Örneğin, eczanelere olan borçlarını zamana yayarak geç ödeme yoluna giden kamu sağlık kurumlarına karşı, gecikmeden doğacak mağduriyeti göz önüne alan ayrımcı fiyat uygulamaları - paralellik karşı tarafın kusurundan kaynaklandığı için- uyumlu eylem olarak kabul edilmemelidir.

teşebbüslerin mutlaka uyumlu eylemlerden bir kartel kazancı elde etmiş olması gerekmemektedir. Hatta kazanç elde edilmemiş olması ya da zarar edilmesi, cezanın takdirinde de bir indirim nedeni olarak görülemez.

2. Bağlantı İle Paralellik Arasında Nedensellik Bağının Olmadığının İspatı

Kuşkusuz uyumlu eylemlerin varlığı için yalnızca bağlantı ve paralel davranışın olduğunu göstermek yetmez. Bunların arasında nedensellik bağı bulunduğunun; yani, bağlantının paralel davranışların nedeni olduğunun ya da başka bir deyişle, paralel davranışların bağlantıya istinat ettiğinin ispatı gerekir.

Uyumlu eylemler karinesine başvurulduğu durumlarda, bu nedensellik bağı karine gereği kurulmaktadır. Bu açıdan karineye dayanıldığında, yalnızca bağlantının değil, bağlantıyla paralel davranış arasında nedensellik bağı olduğunun da ispatı gerekmemektedir. Keza bu söylenenler pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütü için de geçerlidir.

Karineye başvurulmadığı durumlarda ise, paralel davranışlarla bağlantı arasındaki nedensellik bağının ispatı gerekir. Tavsiyelerde paralel davranışın tavsiye yönünde olması nedensellik açısından yeterlidir. Paralel davranıştan sonra belirlenen bilgi alışverişleri için de durum böyledir. Paralel fiyat artışları üzerine yapılan incelemelerde, fiyat üzerinde bilgi değişiminin tespiti nedensellik bağının kurulması için yeterlidir.

Toplantı ve görüşmelerin varlığı bağlantı için olduğu kadar, nedensellik bağı için de emare niteliği taşır. Bu açıdan teşebbüslerin gizli toplantılarda bir araya gelmeleri, diğerlerine göre daha kuvvetli bir emaredir.

Paralel davranışlar için uyumlu eylemlerden başka bir neden gösterildiğinde ise nedensellik bağı kesilmiş olur. Paralel davranışların yanında bağlantıya ilişkin ek emareler varsa, teşebbüsler, en azından, bağlantıyla paralellik arasında nedensellik kurma ihtimalinin, herhangi bir nedenden dolayı böyle bir nedensellik bağının olmaması ihtimalinden düşüklüğünü göstermelidirler. Bu başarıldığı takdirde, uyumlu eylemler aleyhine makul bir şüphe doğacağı için ispat gerçekleşmiş olmaz.

Bu açıdan, teşebbüsler, bağlantının ve paralel davranışın varlığını inkâr etmemekle birlikte, herhangi bir nedenle bağlantının paralel davranışa neden olamayacağını ileri sürebilirler. Toplantı ya da görüşmelerin üzerinden paralel

davranışa neden olamayacak derecede uzun süre geçmiş olduğu iddiası böyledir. Özellikle gerçekleşikten çok sonra belirlenen, ancak bu arada da pazarda rekabeti sınırlayıcı etkisi görülmeyen tehlikeli bilgi alışverişleri için nedensellik bağının kesildiğine dayanılabilmelidir. Zira bu durumda yeterince zaman olmasına rağmen, pazarda fiilî olarak paralellik görülmediği için beklenebilirlik ölçütüne başvurulamaz. Bir başka deyişle, bu gibi durumlarda, bilgi değişiminin ileride pazar politikalarını paralelleştireceğine dayanılarak, rekabetin sınırlandırılması amacıyla ihlâl hükmü verilmesi imkânı ortadan kalkmış olmaktadır²⁸⁸.

Bundan başka pazar şartlarının toplantı ya da görüşmelerden sonra önemli ölçüde değiştiği de ileri sürülebilir. Teşebbüsler için de önceden tahmini güç pazar değişimleri yaşanmışsa, bundan önce gerçekleşen toplantı ve görüşmeler (rekabetin sınırlandırılmasına içerik olarak imkân verebilir olsa da) anlamını büyük ölçüde yitirmiş olacaktır. Bu gibi durumlarda, amaç açısından müdahale edilebilen (bilgi alışverişleri gibi) durumlar dışında, uyumlu eylemlere hükmedilmemelidir.

Nedensellik bağı ile ilgili ileri sürülebilecek diğer bir iddia, bağlantıya katılmış olan teşebbüsün daha sonra ilgili sektörden ayrılmış olmasıdır. Aslında bu durumda ayrılan teşebbüs açısından paralel davranışlar gözlenmeyecektir. Ancak tehlikeli bilgi alışverişlerinde teşebbüsün uyumlu eylemlerden sorumlu tutulması da mümkündür. Burada önemli olan bilginin paralellik sağlamada kullanılmaya elverişli olup olmadığıdır. Hatta bir teşebbüsün rakiplerine olağandan önce sunduğu sektörden ayrılacağı bilgisi de yerine göre önemli bir bilgidir.

Teşebbüslerin dayanabileceği bir diğer gerekçe, isnat edilen bağlantıdan sonra yönetim kadrolarında esaslı değişikliklere gidilmiş olmasıdır²⁸⁹. Esasen bu durumda paralel davranışlar görülürse, nedensellik bağının kesildiği ispat edilmiş olmaz. Özellikle caiz olmayan bilgi değişimi vb. şekilde gerçekleşen yakınlaşma sürecinde yer alan ve fakat pazar politikalarını diğerleriyle paralelleştirmeyen ve bağımsız politikalar izlemeye devam eden teşebbüsler için, kökten ya da ciddi yönetim (kadrosu) değişikliği, ihlâl katılımının olmadığına önemli bir emare sayılabilir.

288 Kar. Wessely, 756-757.

289 Bu konuda bak. ve kar. Altvater, 9.

§ 10. UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI

Rekabet Kurulu, soruşturması sonucunda danişıklı ilişkinin varlığına karar verirse, bundan kamu hukuku ve özel hukuk alanında birtakım sonuçlar doğar. Bu hukukî sonuçlar, teşebbüslerin RKK'ya aykırı davranışlarda bulunmasının yaptırımlarıdır.

Bunun gibi, AB hukukunda da rekabete aykırı davranışların kamu ve özel hukuk alanında yaptırımları vardır. Zaten rekabet hukukumuzda idarî yaptırımlar ve özellikle para cezaları, büyük ölçüde AB rekabet düzenlemeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir²⁹⁰.

Aşağıda bu yaptırımlar, özellikle uyumlu eylemler açısından incelenecektir. Diğer yandan kamu hukuk alanındaki yaptırımlara genel olarak değinilecek ve asıl ağırlık özel hukuk alanındaki sonuçlara verilecektir.

I. KAMU HUKUKU ALANINDAKİ SONUÇLAR

Bu başlık altında, Komisyon ve Kurul tarafından, ihlâlin anlaşılması üzerine²⁹¹ teşebbüslere uygulanan idarî yaptırımların²⁹² toplanması mümkündür. Bunları esasen iki kategori altında incelemek gerekir.

290 Bak. Sanlı, 385 ve dn. 10.

291 Zira RKK'da öngörülen idarî yaptırımların tamamı esasa ilişkin olmayıp, usulî olanları da vardır (bak. RKK 16. maddenin gerekçesi, Sanlı, 385). Usulî nitelikteki yaptırımlar, danişıklı ilişkinin olup olmadığı ile doğrudan ilgili değildir. Bunlar RKK'nın esasa ilişkin maddelerinin (RKK m.4,6,7) dışında kalan, Kamunun sağlıklı uygulanması için öngörülen bazı hükümlere aykırılık halinde verilen idarî para cezalarıdır. Bu tür idarî para cezalarına; "Muafiyet, menfi tespit ve birleşme veya devralma için izin başvurusu ile bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan anlaşmalara ilişkin bildirim veya başvurularında yanıtıcı veya yanlış bilgi verilmesi", "Kurul kararları ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıtıcı bilgi verilmesi" "Birleşme veya devralmanın ya da 4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi" hâlleri örnek verilebilir (RKK m.16/a,b,c). RKK m.16/d bendi için bak. Sanlı, 385 dn. 8.

292 Bu nedenle Sanlı'nın RKK'ya aykırı davranışların hukukî sonuçlarını, idare hukuku ve özel hukuk alanındaki sonuçlar diye ikiye ayırarak incelediği görülmektedir. Bak. 384 vd.

A. Yapma-Yapmama Emri

"İhlâlâ son verme" başlığını taşıyan RKK'nın 9. maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4,6 ve 7nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir".*

Bu hüküm gereğince Kurulun, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden belirli bir davranışın yapılmasını ya da yapılmamasını bir kararla isteme yetkisi bulunmaktadır. Şüphesiz bu istek, bir öneri ya da rica niteliğinde olmayıp bir emir niteliğindedir. Karara uyulmamasının yaptırımını RKK m.17/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul, kararda belirtilen tarihten başlamak üzere her gün için belirli bir miktar süreli para cezası verir²⁹³.

Kurulun, yapma-yapmama emri verebilmesinin ön şartı, ihlâlin varlığının tespit edilmiş olmasıdır. Bir başka deyişle, ihlâlin varlığına kanaat getirilmeden önce RKK m.9/1'e göre karar çıkarılamaz. Bu nedenle de buradaki karar, ihtiyatî tedbir niteliğinde değildir. Zaten İhtiyatî tedbir konusu, RKK m.9/son'da açıkça düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *"Kurul, nihai karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir".*

Kurulun kararı belirli bir davranışın yapılması ya da yapılmaması şeklinde olabilir. Örneğin, boykot uygulamasına son verecek şekilde, boykota uğrayana mal arz edilmesini ya da kelepçeleme şeklindeki işlemlerde ürünün bir diğer üründen bağımsız satılmasını isteyebilir. Bunun gibi, yıkıcı fiyat uygulamasına son verecek şekilde fiyatların normal düzeye yükseltilmesi istenebilir. Bölge paylaşımından dolayı uzak durulan bir bölgedeki alıcılara mal arz edilmesine ya da başka satıcılardan da mal alınmasına karar verilebilir. Bununla birlikte, 9. maddeye dayanan kararlarında

293 *"Kurulun aldığı kararları ve tedbirleri uygulamaya koyabilmesi için 16 ncı maddede düzenlenenlerden başka bir zorlayıcı güce ihtiyacı vardır. Bu öyle bir zorlama olmalıdır ki teşebbüs, bir an önce bu karara ve tedbire uymakta yarar görsün. Bunu sağlayacak en iyi yöntem, karara ya da tedbire uyulmadan geçen her gün için belirli bir para cezası uygulamaktır. Bununla teşebbüslerin kararlara bir an önce uymaları teşvik edilmiş olacaktır."* RKK 17. madde gerekçesi.

Kurulun, yapılmasını ya da yapılmamasını istediği davranışı somutlaştırması aranmalıdır. Yani Kurul, yalnızca değişmesini istediği pazar politikasını belirtmekle yetinmeyip, bunun için yapılması ya da yapılmaması gereken uygulamayı da açıkça ifade etmelidir. Örneğin, fiyatın çekileceği ortalama düzey ya da bağımsız satılması istenen ürüne kararda yer verilmelidir. Nitekim, RKK m.9/III'te, Kurulun birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine ihlâl ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirmesi istenmiştir. Bu aynı zamanda RKK m.52'nin bir gereğidir. Bu maddeye göre, *"Verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır"*. RKK m.9/1'de Dördüncü kısma yapılan atıf nedeniyle yapma-yapmama emirlerinde de bu maddeye uyulması zorunludur. Ancak karar, teşebbüsleri alternatif davranışlarda bulunmaktan alıkoyacak derecede de katı ve ayrıntılı olmamalıdır.

Kurulun yapma-yapmama emri üzerine, ihlâl kararının verildiği anda devam eden ya da RKK m.9/son'a göre verilen bir tedbir kararı dolayısıyla geçici olarak durdurulan eylemlere tamamen son verilmesi gerekir. Burada cevaplanması gereken, bu eylemlere devam edilmesi hâlinde RKK m.17/1'e göre hareket edilip edilemeyeceğidir. Yukarıda değinildiği gibi, 17. maddede yapma-yapmama emrine aykırı davranan teşebbüslere uygulanacak yaptırımlar öngörülmüştür. 9. madde dahilinde teşebbüslerden yapma şeklinde olduğu kadar, yapmama şeklinde davranışlarda bulunmaları da istenebilir. Rekabet Kurulunun uyumlu eylemlerin varlığını belirleyen ve idarî para cezası öngören karar, acaba doğası gereği 9. madde anlamında bir yapmama emri sayılabilir mi?

9. maddenin metni bu soruya olumsuz yanıt verilmesini gerektirmektedir. Çünkü maddede kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararın teşebbüslere bildirilmesi istenmektedir. Gerçi Kurulun ihlâlin varlığına dayanan karar, doğal olarak rekabeti sınırlayıcı davranışları ortaya koyan bir karar olmaktadır. Ancak 9. maddeye göre hareket edilmiş olması için, ihlâl ne şekilde son verilebileceğinin de teşebbüslere bildirilmesi gerekir. Bu nedenle uyumlu eylemlerin varlığına ilişkin Kurul kararları, bu hâliyle 9. maddenin uygulanmasına imkân vermezler. Teşebbüslerin uyumlu eylemlere konu olan davranışlara son vermemesi soruşturma açılarak yeniden cezalandırılmalarına yol açar.

Yapma-yapmama emirleri, Kanunun açık hükmü gereği, "rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması" için çıkarılmaktadır. Gerçekten de RKK m.9'un

amacı çok geniş tutulmuştur. İhlâlden önceki duruma dönülmesini sağlamak, rekabetin korunması ile doğrudan ilgiliyken, "rekabetin tesisi", rekabetin geliştirilmesi için de kullanılmaya elverişli gözükmektedir.

AB'de, Komisyonun da durdurma (men) emri/karanı (cease and desist order) denilen kararlarla teşebbüslerin belirli bir tarzda davranmasını isteme yetkisi vardır. Amerikan hukuku için de FTC bu yetkiye sahiptir: Hatta hâkim tarafından onaylanan durdurma emrinin yerine getirilmemesi hapis cezasına da neden olabilir²⁹⁴.

B. İdarî Para Cezası

Teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkilerinin bir diğer yaptırımını RKK m.16/II'de düzenlenmiştir. Buna göre; *"Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlarapara cezası verilir"*. Kurul tarafından verildiği için bu para cezası niteliği itibarıyla idarîdir²⁹⁵. Öte yandan bu durum, "Bu Kanuna Göre Verilen Para Cezalarının Niteliği ve Uygulaması" başlığını taşıyan RKK m.18/II'nin gereğidir. İlgili fıkraya göre; *"(RKK'da) düzenlenen her türlü para cezası idarî nitelikte para cezasıdır"*.

1. Cezalandırılan Durumlar

Yukarıdaki maddeden de görüleceği üzere, bu para cezası;

- anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerin varlığı,
- hâkim durumun kötüye kullanılması ve
- birleşme ve devralmaların varlığı hâlinde uygulanmaktadır.

Para cezasına karar verilmesi için anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin varlığı yeterlidir. Bunların ayrıca uygulamaya sokulmuş olması gerekmez²⁹⁶. Bu durumda rekabeti sınırlama amacına sahip bir anlaşma ya da karar tespit

294 Wamser,F.: Enforcement of Antitrust Law, A Comparison of the Legal and Factual Situation in Germany, the EEC, and the USA, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1994, s. 26 ve 41.

295 Sanlı, 385.

edildiğinde, henüz fiilen rekabet sınırlanmamış olsa da para cezasına hükmedilebilecektir. Uyumlu eylemlere beklenebilirlik ilkesi gereğince pazarda fiili etkileri görülmeden önce müdahale edilebildiği durumlarda da, teşebbüslerin para cezasına çarptırılması mümkündür. Bunların uygulamaya sokulmuş olması para cezasına hükmedilmesi için ön şart değildir.

2. Para Cezasının Tayini

Kanun koyucu RKK m.16 için, süreli para cezalarının aksine, sabit bir miktar öngörmemiş, ancak cezanın alt ve üst sınırını belirlemiştir. “.....ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek (teşebbüslerin)..... bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir”.

Bu sınırlar arasında olmak şartıyla, uygulanacak cezayı Kurul takdir edecektir. Bununla birlikte cezanın takdirinde RKK m.16/IV dikkate alınacaktır. Buna göre, “Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır”. Maddenin ifadesinden bu sayımın örnekleyici olduğu anlaşılmaktadır.

Komisyonun uygulamasında, ihlâlin ağırlığı ve ne kadar sürdüğü para cezasının tayininde ön plândadır²⁹⁷. Nitekim bu ikisinin Kurul tarafından da cezanın tayininde dikkate alınmasına, Kanunun örnekleyici sayımı karşısında bir engel yoktur²⁹⁸.

İhlâlin süresi, teşebbüslerin ne zamandan beri piyasadaki rekabet düzenine olumsuz etkilerde bulunduğunu gösterdiği için önemlidir. Gerçekten de birkaç ay sürmüş bir ihlâlle, yıllarca devam eden bir ihlâlin arasında fark vardır. Ancak cezanın tayininde dikkate alınacak ihlâl süresi beş yılı geçmemelidir. Zira para cezalarında zamanaşımı süresi RKK m.19 gereği beş yıldır. Yine bu maddeye göre, zamanaşımı süresi ihlâlin gerçekleştiği gün başlar. Ancak sürekli ya da tekrarlanan ihlâller söz

296 Aksi yönde bak. Aslan, 365.

297 Gyselen, L.: The Commission's Fining Policy in Competition Cases-“Questo è il Catalogo”, in: Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law, ed. Slot, P.J/McDonell, A.: London 1993, 63.

298 Bak. Aslan, 365.

konusu ise süre, ihlâlin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren işlemeye başlar (II. fıkra).

Bu açıdan Kurul ihlâlin varlığını tespit ettikten sonra, cezanın tayininde dikkate alınmak üzere araştırmasını ihlâlin en son tekrarlandığı günden beş yıl öncesine kadar derinleştirebilecektir. Bundan daha uzun süren bir ihlâl varsa, beş yılı geçen kısım zamanaşımından dolayı cezanın tayininde dikkate alınmamalıdır.

Bununla birlikte danışıklı ilişkinin uzun süre devam etmiş olması rekabet açısından muhakkak daha zararlı bir ilişkinin olduğunu göstermez. İhlâlin ağırlığı ile süresi arasında her zaman birebir ilişki yoktur²⁹⁹. Nitekim Petrofina kararında ATAD, ihlâlin süresini yüzde elliden daha fazla indirirken, para cezalarında daha az indirmeye gitmiştir. Bunun gibi BASF kararında ihlâlin süresi -72 aydan 59 aya- % 18 oranında indirilirken, bunun ceza miktarına yansımaları %15 olmuştur³⁰⁰.

Kusurun ağırlığına gelince, doğal olarak, kastın varlığı ağır ve hafif ihmale göre cezanın miktarını artırmaktadır. Nitekim Kanunda, kusurun ağırlığından söz edilmesine rağmen, kastın ayrıca vurgulanmasının nedeni bu olmalıdır³⁰¹.

Komisyon da cezanın tayininde kusurun ağırlığını göz önüne almaktadır. Örneğin, Bayer Dental kararında, teşebbüslerin arasındaki sözleşmede yer alan bir hüküm ihracat yasağına yol açabilecek nitelikte görülmüştür. Bununla birlikte hükümden bu anlamın ancak yorum yoluyla çıkarılabilmesi para cezası verilmemesine yol açmıştır. Bu sonuçta, söz konusu hükmün, ihracatı sınırlama amacı için etkili şekilde kullanıldığına dair ikna edici delillerin bulunmaması da etkili olmuştur³⁰².

Teşebbüslerin pazardaki gücü ya da büyüklüğü de cezanın tayininde önemlidir. Zira büyük teşebbüslerin, güçleri ile orantılı olarak kartelin kurulması ve sürmesinde payları vardır. Piyasadaki güçlü teşebbüslerin katılması kartelin etkinlik ve gücünü artırır. Bir ya da birkaç güçlü teşebbüsün katılmayı reddettiği bir kartelin kurulması ya da uzun soluklu olması ise pek muhtemel değildir.

299 Gyselen, 70-71.

300 Bak. Gyselen, 71.

301 Kar. Sanlı, 386 dn.10.

302 "..... Da die Artikelnummern der im Ausland angebotenen Präparate, also auch Abpackung, zum Teil gleich sind, muß der deutsche Händler diesen Satz als ein Verbot verstehen, die Präparate in das Ausland zu verkaufen." ".....Dabei sind die Formulierung in so unbestimmter Form gehalten, daß nicht deutlich wird, ob ..." Abl. 1990 L 351/46.

Bunlara ilâveten cezaların tayininde teşebbüslerin kartele katkıları da dikkate alınabilir. Kartele ön ayak olan ve kartelin oluşması için daha fazla gayret sarf eden teşebbüslere diğerlerine göre daha yüksek cezalar verilebilir. Karteli ihbar eden teşebbüse ceza verilmemesinde olduğu gibi³⁰³, kartele katkılarına göre teşebbüsleri cezalandırmanın da kartelin çözülmesi açısından yararları olacaktır. Örneğin, bu şekilde, teşebbüslerin ilk hareketi gerçekleştirmek hususunda çekingen davranması sağlanabilir. Bunun gibi, ilk hareketin kendilerinden gelmediğini ispata itilmesi, teşebbüslerin birbirlerinin aleyhine delil sunmalarına da neden olabilir.

Aynı teşebbüsler arasında danışıklı ilişkilerin daha önce de tespit edilip cezalandırılmış olması da cezanın tayininde dikkate alınabilir. Bu nedenle ceza miktarında artış yapılması caydırıcılık işlevi açısından da yararlı olacaktır. Bunun gibi, rekabet hukukunda teşebbüslere ayrı ayrı ceza verildiği için, daha önce rekabete aykırı davranmış bir teşebbüsün, öncekinden farklı teşebbüslerle danışıklı ilişkilere girmesi hâlinde de ceza miktarı (onun için) yüksek tutulabilir.

Yukarıda ifade edilenlere göre cezanın tayininde etkili olan faktörler ikiye ayrılabilir. İlk olarak kartelle ilgili faktörler gelir. Danışıklı ilişkinin devam süresi, ağırlığı ve dolayısıyla rekabet ortamına verdiği ve verebileceği zararlar gibi. İkinci olarak, teşebbüslerle ilgili faktörler gelir. Bu yolla idarî cezanın miktarının teşebbüslerin bireysel özelliklerine göre farklılaşması söz konusu olur. Bu faktörlere örnek olarak, teşebbüsün gücü, kartele katkısı, daha önceki rekabet tutumu ve kusurun ağırlığı sayılabilir.

3. Ceza Kararına Karşı Yargı Yolu

RKK m.55'e göre, *"Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştaya başvurulabilir. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz"*. Dava açma süresi, gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren (RKK m.54) altmış gündür (İYUK m.7).

303 Bu konuda bak. Uyanık, P.: Pişmanlık Programları (Leniency Programmes), Rekabet Der., Sa: 10, s. 32-51.

II. ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLAR

A. Genel Olarak

RKK'nın beşinci kısmı, rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına ayrılmıştır. Beşinci kısma göre de, Rekabet Kanununu ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

Beşinci kısım dışında kalan kısımlar, rekabet hukukuna özgü kurallardır. Burada rekabet hukukunun anlaşma, uyumlu eylem, birlik kararları; teşebbüs, hâkim durum, muafiyet, Rekabet Kurulu ve çalışma usulleri gibi rekabet hukukuna özgü kavram ve kurumlar düzenlenmiştir.

Öte yandan rekabet hukuku, genel hukuk düzeninin bir parçasıdır ve rekabet ortamı ve ekonomik yaşam başka hukuk dalları ile de ilgilidir. Hâliyle rekabet hukukunun konusunu oluşturan teşebbüs davranışları, aynı zamanda başka hukuk dalları açısından da hukukî sonuçlar doğurabilecektir.

İşte RKK'nın beşinci kısmı da, rekabet hukuku alanından özel hukuk alanına yansıyan, bu alanda bazı sonuçlar doğuran danişıklı ilişkilerin nitelendirilmesi ve özel hukuk karşısındaki konumlarının belirlenmesi açısından önemlidir.

Hatta RKK'nın beşinci kısmı incelendiğinde Kanun koyucunun bu konuda hassas davrandığı da söylenebilir. Nitekim 56. maddede geçersizlik düzenlenirken, uyumlu eylemlere değinilmemiştir. Ancak aynı hassasiyetin anlaşmalar için gösterildiği söylenemez. Zira 56. maddede her türlü anlaşmanın geçersiz olacağından söz edilmektedir. Oysa sözleşmeler dışında kalan anlaşma türleri; bu arada centilmenlik anlaşmaları, özel hukuk alanında zaten geçerli kabul edilmezler. Aynı esas birlik kararları için de geçerlidir. Kanunda her ne kadar her türlü birlik kararının geçersizliğinden söz edilse de, örneğin, resmî şekilde alınmamış ya da aranan oy nisaplarına uyulmadan alınmış kararlar ya da yasalara uygun kurulmamış bir birliğin aldığı kararlar özel hukuk alanında zaten geçerli değildir.

Bununla birlikte, yukarıda ifade edildiği gibi, uyumlu eylemlerle ilgili olarak rekabet hukukundan özel hukuk alanındaki sonuçlara geçiş yapılırken, oldukça isabetli ifadeler kullanılmıştır. Tekrarlamak gerekir ki, öncelikle m.56'da, uyumlu eylemlerden söz edilmemiştir. Zira, eylemlerin geçersiz kılınmalarından söz etmek, hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Sonuçta bunlar gerçekleşmiş, olup bitmiş şeylerdir.

Gerçekten de geniş anlamda hukukî fiillerin bir alt dalı olan sözleşmeler hariç, dar anlamda hukukî fiiller için geçersizlik yaptırımını düşünülemez. Bunun yerine hukuka aykırılık taşıyan fiiller haksız fiiller olarak adlandırılır ve borçların kaynaklarının arasında yer alırlar³⁰⁴. Uyumlu eylemler de, borçlar hukuku (ya da özel hukuk) anlamında haksız fiillerdendir. Bu nedenle de uyumlu eylemler için de geçersizlik nitelendirmesi isabetli olmazdı.

Tazminat hakkına ilişkin 57. maddede ise, uyumlu eylemler yerine kanuna aykırın eylemlerden söz edilmiştir. Böylece bu madde açısından Kanun koyucunun rekabet hukukuna özgü bir kavramı kullanmak yerine, özel hukukça tanıdık olan ifadeleri seçtiği görülmektedir. Aynı maddede 56. maddeye göre daha isabetli olarak, eylemlerin yanında, kanuna aykırın anlaşma, sözleşme ve kararlardan söz edilmek suretiyle özel hukuk açısından, hem bağlayıcı hem de bağlayıcı olmayan anlaşma ve birlik kararlarına karşı tazminat hakkı tanınmış olmaktadır.

İspat yüküne ilişkin 59. maddenin ilk fıkrası, özel hukuk alanındaki sonuçları düzenleyen maddeler içinde açıkça uyumlu eylemlerin zikredildiği tek maddedir. Bu maddeye göre, belirli bazı emarelerin varlığı hâlinde, uyumlu eylemlerde bulunmadıklarının ispatı teşebbüslerden beklenmektedir. Bu maddede uyumlu eylemlerden söz edilmesi kaçınılmazdır. Zira maddede sayılan emarelerin ispat açısından değeri teknik bir terim olarak uyumlu eylemler açısından söz konusudur. Delillere ilişkin RKK m.59/II'de ise bu kez, uyumlu eylemler yerine, tüm danışıklı ilişkileri kapsamak üzere rekabeti sınırlayıcı uygulamalardan söz edildiği görülmektedir.

Böylece rekabet hukukundaki uyumlu eylemlerin özel hukuk alanında haksız fiillerle bağlantısı kurulmuş olmaktadır.

B. Haksız Fiil Olarak Uyumlu Eylemler

RKK m.56'ya göre, "Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırın olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri karan geçersizdir". ATA m.82/II'de de, tıpkı m.56'da olduğu gibi, anlaşma ve kararların geçersizliğinden söz edilmektedir. Burada da sözleşme yerine (Vertrag, contract), anlaşma ifadesi (Vereinbarung, agreement) kullanılmıştır. Ancak m.82/II açısından bu ifadenin sözleşmelere hasredildiği kabul

304 Borçların ya da borç ilişkilerinin kaynakları hakkında bilgi için bak. Eren, 107 vd.; Oğuzman/Öz,

görmektedir³⁰⁵. Bu nedenle Komisyon ve mahkemeler tarafından, rekabet hukukuna aykırılığına karar verilen sözleşme ve birlik kararları geçersizdir.

Uyumlu eylemlere gelince, RKK m.4'te uyumlu eylemlerin hukuka aykırı ve yasak olduğundan söz edilmiştir. Bunun gibi, ATA m.81/1'de de danışıklı ilişkiler hukuka aykırı ve yasak görülmüştür.

Daha önce paralel davranışlar incelenirken değinildiği gibi, uyumlu eylemler paralel davranışların hukuka aykırı yönünü ifade ederler. Yani, uyumlu eylemler medenî hukuk (borçlar hukuku) anlamında haksız fiillerdir.

Haksız fiillerde, failin bu şekilde davranmasına izin veren bir hukuk kuralının varlığı hâlinde sorumluluk doğmaz. Bunun en bilinen örnekleri meşru müdafaa ve zaruret hâlidir. İşte failin, fiilinin zararlarından sorumlu tutulmadığı bu gibi nedenlere, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler ya da hukuka uygunluk nedenleri denmektedir³⁰⁶.

Uyumlu eylemler için, RKK m.5'de düzenlenen muafiyetin söz konusu olması da işte hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak görülmelidir. Dolayısıyla hakkında muafiyet kararı verilen uyumlu eylemlerde, hukuka aykırılık ortadan kalktığı için, teşebbüslerin herhangi bir sorumluluğu doğmaz.

Bilindiği gibi, haksız fiillerin dört unsuru vardır. Bunlar, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve fiille zarar arasında nedensellik bağının olmasıdır. Bununla birlikte kusursuz sorumluluk hâllerinde, kusurun varlığı aranmaksızın başkalarına verilen zararlardan sorumluluk doğabilmektedir³⁰⁷.

Rekabet hukukuna aykırı eylemlerle başkalarına verilen zararlardan sorumluluğun kusur sorumluluğuna mı yoksa kusursuz sorumluluğa mı dayandığı ise tartışmalıdır³⁰⁸.

Uyumlu eylemler paralel davranışlardır ve fakat *rekabeti sınırlasa dahi* tüm paralel davranışlar uyumlu eylemler sonucunu doğurmaz. Uyumlu eylemlerden söz

35 vd; Tunçomağ, 119 vd.

305 Hempel, R.: Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Baden-Baden 2002, s. 95.

306 Bu konuda bak. Eren, 562 vd; Oğuzman/Öz, 484 vd.

307 Bu konuda bak. Eren, 573 vd; Oğuzman/Öz, 567 vd.

308 Kusursuz sorumluluğu benimseyen görüşler için bak. Topçuoğlu, Rekabet, 299; Arı, 217 vd.; Kusur sorumluluğunu benimseyen görüşler için bak. Akıncı, 367 vd; Eroğlu, S.: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 215; Sanlı, Sempozyum, 224 vd.

etmek için, paralelliğin teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçmesinden doğması gerekir. Şu hâlde uyumlu eylemlerin bizatihi varlığı; teşebbüslerin -bağlantıya geçmiş olması, yani yakınlaşması ve sonuçta rekabeti sınırlaması- kusurlu olduklarını gösterir. Böylece kusurun varlığının ayrıca ispatlanması gerekmez. Uyumlu eylemler açısından bu sonuç, kanuna karşı hileyi önleme amacı ile de bağdaşmaktadır. Zira bu tür faaliyetler için kusurdan vazgeçilmiş olmamakla birlikte, kusurun ayrıca ispatı aranmamaktadır³⁰⁹. Şu hâlde uyumlu eylemlerden sorumluluk kusur esasına dayalı olup, bağlantının varlığı (ve paralel davranışların bağlantıya istinat etmesi) kusurun varlığı için yeterli olmaktadır.

Keza, diğer danışıklı ilişkiler için de kusur sorumluluğu esas olup teşebbüslerin anlaşmış ya da karar almış olmaları kusurun varlığı için yeterli olmaktadır. Bu bakımdan, danışıklı ilişkinin varlığı kusurun varlığı anlamına gelmekte, kusurun ayrıca ispatına gerek kalmamaktadır.

Rekabetin sınırlanmasından doğan haksız fiil sorumluluğu³¹⁰ asıl itibariyle kusur esasına dayandığına göre, teşebbüslerin kusursuz olduklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânının önü kesilmemelidir³¹¹. Ancak bu durumla oldukça istisnaen karşılaşılabılır. Zira, yukarıda değinildiği gibi, çoğu zaman hukuka aykırılığın varlığı kusurun da varlığı anlamına gelecektir³¹².

Acaba teşebbüslerin kusursuz görülerek tazminat sorumluluğundan kurtulabileceği hâller bir kural ya da ölçüte bağlanabilir mi? Akıncı'ya göre, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin hukuka aykırı sonucu elde etmek amacı ile yaptıkları kartel sözleşmelerinde failin kusursuzluğunu kanıtlaması çok zorken, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan (rekabetin doğrudan kısıtlanmasının amaçlanmadığı) anlaşma

309 Bak. yuk. § 2, III.

310 Kuşkusuz sadece uyumlu eylemler değil, anlaşma ve kararlar, ayrıca hâkim durumun kötüye kullanılması gibi diğer rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerden başkalarına verilen zararlar da haksız fiil sorumluluğu doğurmaktadır. Zira "Zarar gören ile zarar veren arasında bir borç ilişkisi olmadığı gibi, bir borç ilişkisinin varlığı halinde de sorumluluğun niteliği değişmez. Çünkü zarar, sözleşmeden doğan bir borcun ihlalden değil herkese karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün ihlalden doğmaktadır. Zarar gören ile rekabeti kısıtlayanlar arasında bir borç ilişkisi olduğu durumlarda, örneğin rekabeti kısıtlayanların doğrudan tüketicilere mal satması halinde, zarar gören zararının giderimi davasını dilerse haksız fiile ilişkin hükümlere dilerse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayandırabilir." Akıncı, 358; ayrıca bak. Topçuoğlu, Rekabet, 299; Arı, 214 vd; Sanlı, Sempozyum, 213 vd.

311 Farklı gerekçelerle aynı sonuç için bak. Akıncı, 367 vd; Sanlı, Sempozyum, 227.

312 Akıncı, 372; Sanlı, Sempozyum, 228.

durumlarında bu ihtimal daha yüksektir. Bu gibi durumlarda, fail, hukuka aykırı sonucun önceden görülemeyecek nitelikte olduğunu ya da kendisinin orta seviyede bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermesine rağmen hukuka aykırı sonucu görmediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulacaktır³¹³.

Kanaatimizce, teşebbüslerin önemli bir kısmının aynı zamanda tacir olduğu da gözden kaçırılmayarak, kusursuzluk durumuna basiretli iş adamı gibi davranma (TTK m.20/II) yükümü çerçevesinde bir açıklık getirilebilir. *"Basiretli iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu vurgulamaktadır"*³¹⁴. Buna göre, rekabet hukukunda tazminat sorumluluğundan kurtulmak için, teşebbüsün rekabet üzerine etki edebilecek faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında ve (ilgili) pazarda faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir teşebbüsten beklenen özeni göstermesi aranmalıdır.

Teşebbüslerin bu anlamda kusursuz görülebileceği durumlara örnekler getirmek güçtür. Bununla birlikte, Kurulun önceden müdahale etmediği ve rekabete aykırı görmediği bazı teşebbüs faaliyetlerini sonradan bakış açısındaki bir değişiklikle rekabete aykırı gördüğü durumlarda, böyle bir uygulamaya ilk maruz kalan ve bu davranışlarından dolayı ilk olarak rekabete aykırılık yaptırımını ile karşılaşan teşebbüslerin tazminat sorumluluğu altına sokulmaması³¹⁵ düşünülebilir. Zira bu gibi durumlarda teşebbüslerin birbirleriyle ilişkilerinde (rekabet aleyhine bir durumun

313 Akıncı, 372.

314 Arkan, 130; Bu konuda ayrıca bak. Poroy/Yasaman, 123-124; Domaniç, 124.

315 Unutmamak gerekir ki, teşebbüsler kusurlu olsa da olmasa da, RKK m.4 vd.ına aykırı davranışlar hukuka aykırı olacak; bu yöndeki sözleşme ve kararlar geçersizlik yaptırımını ile karşılaşacaktır. Bir başka deyişle bunların uygulanmaya devam edilmesi ya da geçerli hak ve borçlar doğurması söz konusu olmayacaktır. Bunlar için (özel hukuk alanında) tazminat sorumluluğu doğmaması bu sonucu değiştirmeyecektir. Bununla birlikte, kamu hukuku alanında da, kusursuz oldukları anlaşıldığı takdirde teşebbüslere para cezası verilmeyecektir. Nitekim bu durum, 81 ve 82. maddelerin yürütülmesine ilişkin yeni Topluluk Tüzüğü'nün (Council Regulation on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty, OJ L No: 1, 04.01.2003) 23. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. RKK'da bu konuda açık bir hüküm yoktur. Ancak Kamunun kusursuz olanları da –idari nitelikte de olsa- cezalandırmayı amaçladığı düşünülemeyeceğine göre varılan sonuç değişmeyecektir. Aksi görüşte, Sanlı, Sempozyum, 227 dn. 37.

doğmaması için) gerekli (objektif) özeni gösterdikleri -yukarıda çizilen çerçevede basiretli bir teşebbüs gibi davrandıkları- kabul edilebilir.

C. Tazminat Hakkı

İster kusurlu isterse kusursuz sorumluluk esasına dayansın, haksız fiillerin doğal sonuçlarından biri de, bu fiillerden zarar görenlerin zararlarının tazminini isteme hakkına sahip olmasıdır.

Tazminat hakkı başlığını taşıyan RKK m.57'e göre; *"Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa.....bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur"*. Bu hükümlerle Türk hukukunda, zarar görenlere rekabete aykırılık durumlarında tazminat hakkı açıkça tanınmıştır. Hâliyle, zarar görenlerin BK m.41 vd.ına göre genel hükümlere başvurmaksızın, doğrudan doğruya RKK m.57'e dayanarak tazminat talep etmeleri mümkündür.

ATA'da tazminat hakkına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle AB rekabet hukukunda tazminata ilişkin kurallar üye ülke hukuklarına göre belirlenir.

1. Yetkili ve Görevli Makam

Tazminat talebi dava konusu olup, Kurulun görev alanı dışındadır. Yani Kurul, rekabete aykırılığı tespit ettikten sonra, zarar görenlerin zararlarının tazminine hükmedemez. Aynı esas Komisyon için de geçerlidir. Bu konuda yalnızca Amerikan hukukunda FTC'ye ihlâl hâlinde ödenmiş meblağların geri verilmesine karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak FTC'nin de bu yetkiyi hemen hemen hiç kullanmadığı ifade edilmektedir³¹⁶.

RKK m.4'ün (aynı zamanda m.6 ve 7'nin) ihlâlinden doğan tazminat davalarına bakmakla mahkemeler görevlidir. RKK'da bu konuda özel bir hüküm olmadığına göre, bu Kanuna göre açılacak tazminat davalarında görevli ve yetkili mahkemeler genel hükümlere göre belirlenir.

Tazminat davaları, konusu para olan ya da para ile değerlendirilebilen davalardandır. Bu nedenle görevli mahkeme dava konusu hakkın değerine göre

belirlenir: Uyumlu eylemden zarar görenlerin talep ettiği tazminat tutarına göre, 5 milyara (5.000 Yeni TL.'ye) kadar olan davalar için Sulh hukuk, bunu aşan davalar içinse Asliye hukuk mahkemeleri görevlidir³¹⁷.

Bu dava, genel yetki kuralı gereği (HUMK m.9/I), teşebbüslerin³¹⁸ yerleşim yeri (ikametgâhı) mahkemesinde açılabilir.

Diğer taraftan, HUMK m.21'e göre, haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir. Bu nedenle uyumlu eylemlerin gerçekleştiği yer mahkemesinde de tazminat davası açılabilir.

Yargıtaya göre haksız fiilin vuku bulunduğu yerden, zararın tecelli ettiği ya da doğduğu yer anlaşılır³¹⁹. Doktrinde zararın doğduğu yerle, haksız fiilin tamamlandığı, sonucun meydana geldiği yerin kastedildiği ifade edilmektedir³²⁰. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin sonucu olan rekabet sınırlaması hangi bölgede görülüyorsa, o bölgedeki görevli mahkemelerden herhangi birinde tazminat davası açılabilir. Eğer uyumlu eylem yoluyla fiyatı artan ürün Türkiye çapında pazarlanan bir ürünse, ülke genelinde herhangi bir yer mahkemesinde dava açılması mümkündür.

Uyumlu eylemlerden zarar görenler herhangi bir teşebbüs aleyhine dava açabileceği gibi, tüm teşebbüslere karşı da dava açabilirler. Teşebbüslere karşı birlikte açılacak tazminat davası, ortak yetkili mahkeme olan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde görülür. Bu hâlde davalı, "hepsine karşı" teşebbüslerden birinin yerleşim yerinde dava açamaz³²¹. Bunun nedeni HUMK m.9/II'de yer alan, dava sebebine göre, davalıların tamamı hakkında ortak yetkili bir mahkeme belli edilmiş ise, davaya o mahkemece bakılacağına ilişkin kuraldır.

316 Hempel, 238.

317 5219 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.2/A ile değişik (RG. 21.7.2004, sa.: 25529) HUMK. m.8/I.

318 Kuşkusuz burada gerçek ya da tüzel kişilere karşı dava açılmaktadır.

319 Bak. Alangoya, 110 ve burada anılan kaynaklar.

320 Kuru/Arslan/Yılmaz, 181. Buna karşın doktrinde haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin her bir unsurunun gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkili olacağı da ifade edilmektedir. Üstündağ, 227; Alangoya, 110.

321 Haksız fiile ilişkin davalardaki bu durum için bak. Kuru/Arslan/Yılmaz, 182.

2. Davanın Tarafları

Avrupa Birliği düzeyinde, davanın taraflarına ilişkin düzenlemeler olmadığı için, burada AB üyesi ülkelerden birinin sistemine kısaca göz atmakta yarar vardır.

a. Alman Rekabet Hukukunda Davanın Tarafları

Alman Rekabet Kanunu GWB §33'e göre, GWB'ye aykırı uygulamalardan dolayı zarar görenler bu zararın tazminini isteyebilirler.

Alman hukukunda genel bir kural olarak, ihlâl edilen bir hükme dayanılarak tazminat talebinde bulunulabilmesi için, genel hükümler çerçevesinde (BGB §823/II anlamında) bu hükmün ya da kanunun bir koruma kanunu niteliğinde³²² olması gerekir³²³. Bunun anlamı ilgili hukuk normunun, anlamı ve amacı açısından bireylerin çıkarılarının korunmasına hizmet etmesidir³²⁴. Bir başka deyişle, GWB ya da rekabet hukuku bireyleri korumayı amaçlıyorsa bir tazminattan söz edilebilir³²⁵. Alman hukukunda GWB'nin hem bireyleri (Individualschutz) hem de bir kurum (Institutionenschutz) olarak rekabeti koruma amacı olduğu genel kabul görmektedir³²⁶. Öte yandan tazminat talep edilecek kişiler de bu koruma amacına göre belirlenecektir³²⁷. Bundan dolayı da farklı hükümlere göre farklı bireysel koruma çevreleri belirlenebilir³²⁸. Bununla birlikte, GWB tarafından korunan kişiler genel olarak şu şekilde sıralanabilir³²⁹:

- (Kartel üyesi) Teşebbüslerin rakipleri ve

322 Alman hukukunda koruma kanunu niteliğinde olan ve olmayan kanunlar için bak. Thomas, H.: BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) von Palandt O., Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, 60. Aufl., Bremen, Göttingen, Karlsruhe, Lübeck, München 2001, § 823 Rn.1-200, özellikle 145-157.

323 Emmerich, V.: Kartellrecht, 9. Aufl., München 2001, s. 58; Roth, W-H.: §33 Tz.19 in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, hrsg. Glassen, H/von Hahn, H/ Kersten, H-C/Rieger, H., Köln 2001.

324 Bak. BGH v 29.4.1966-V ZR 147/63, BGHZ 46,17(23); Roth, §33 Tz.19.

325 Bunte, H-J.: Kartellrecht, München 2003, s. 96.

326 Thomas, in: Palandt BGB, § 823 Rn. 146; Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 24 vd.

327 Bak. Emmerich, Kartellrecht, 58; Bunte, Kartellrecht, 96.

328 Bu anlamda GWB'nin çeşitli hükümlerine göre koruma çevreleri için bak. Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 54-90.

-Pazarın karşı tarafı (Marktgegenseite).

Alman hukukunda GWB'nin, kartele katılan teşebbüslerin ekonomik eylem özgürlüğünü korumaya da hizmet ettiği kabul edilmektedir. Zira kartele son verilmesiyle kartel üyesi teşebbüslerin de eylem özgürlüğü korunmuş olmaktadır. Bununla birlikte kartel üyesi teşebbüsler, GWB §33'ün bireysel koruma amacı dışındadır³³⁰.

aa.Kartel Üyesi Teşebbüslerin Rakipleri

Alman hukukunda GWB'nin amaçları arasında, pazarın teşebbüslere açık tutulması da sayılmaktadır. Yani, kartel yasağı, kartel katılımcılarının rakiplerini yapay olarak meydana getirilen (kartelden dolayı doğan) pazara giriş engellerine karşı korumaktadır. Ancak bunun için, kartel yoluyla fiilen meydana getirilen ciddi bir durumun, (kartelin üyesi olmayan) rakiplerin ekonomik girişim özgürlüğüne zarar vermesi gerekir³³¹.

BGH, bir kararında, kartelin uygulanması yoluyla rakiplerin pazara girişinin önünün kesilmiş olmasını korumadan yararlanabilmek için yeterli görmüştür³³². Böylece objektif bir ölçüt getirerek hükmün koruma alanını belirlemiştir³³³. Buna karşın, sübjektif bir yaklaşımla, uygulamaya konulmuş kartelle zarara sokulması hedeflenen rakiplerin koruma alanında olduğuna dair yargı kararları da vardır³³⁴. Ancak son görüş Alman doktrininde benimsenmemekte, koruma alanının

329 Bunte, Kartellrecht, 96; Emmerich, Kartellrecht, 58-59; Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 38 vd.

330 Emmerich, V.: §33 Rz. 17 in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen:GWB Kommentar, hrsg von Immenga, U./Mestmäcker, E.-J., 3. Aufl., 2001; Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 39; Ebel, Kartellrecht, 29. Ergänzung, 1996, Rz. 2; Benisch, W.: §33 Rz.8 in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen and europäisches Kartellrecht-Gemeinschaftskommentar, hrsg von. Benisch W., 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1999; Bornkamm, §33 Rz.10 in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, hrsg von Langen, E./Bunte, H.-J., 9. Aufl., Neuwied 2001.

331 Bak. Emmerich, Kartellrecht, 58; Bunte, Kartellrecht, 96; Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 40.

332 BGH vom 4.4.1975-KZR 6/74, WuW/E BGH 1361.

333 von Gamm, O-F. F.: Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Art. 85, 86 EWGV, 2. Aufl., Köln 1990, §1 Rz.4.

334 Örneğin, OLG Schleswig v 7.2.1984-6U (Kart.) 57/83- WuW/E OLG 3260.

belirlenmesinde, rakiplerin hedef alınmış olması aranmamaktadır³³⁵. Dolayısıyla koruma alanının belirlenmesinde, kartel üyelerinin niyet ya da amacına bakılmamakta, uygulamaya geçilmiş kartelin rakipler üzerindeki etkileri esas alınmaktadır³³⁶. Öte yandan (potansiyel ya da değil, tüm) rakiplerin korunmaları için kartel üyelerince önceden bilinmeleri ve tanınmaları şart olmayıp, kartel üyelerinin hangi rakiplerin koruma alanına gireceğini kavrayabilmeleri yeterli görülmektedir.

Alman hukukunda potansiyel rakipler de GWB §1'in koruma alanında kabul edilmektedir. Hangi potansiyel rakiplerin koruma alanında olduğunun belirlenmesinde, bunların pazar durumunun (arz ya da talep şanslarının) uygulamaya geçmiş kartelden olumsuz etkilenip etkilenmediği ve bu anlamda özellikle somut pazar şanslarının zarar görüp görmediği önem kazanmaktadır³³⁷.

Alman hukukunda genel eğilim, kartel hükümlerinin koruma alanının rakipler açısından geniş tutulmasıdır. Bu nedenle de uygulamaya geçmiş kartelin rakiplerin somut pazar şansını hissedilebilir derecede zarara uğratması yeterli görülmektedir. Rekabet parametreleri (örneğin, fiyatın aşırı düşük tutulması) belirli rakiplerin pazardan çıkmaya ya da uzaklaşmaya zorlandığını gösteriyorsa bu şart gerçekleşmiş sayılır. Potansiyel rakiplerin ise, pazara girdikleri takdirde aynı ciddi durumla karşılaşacaklarını göstermeleri yeterlidir³³⁸.

bb. Pazarın Karşı Tarafı

Rakipler, kartel üyeleri ile pazarın aynı tarafında bulunurlar. Pazarın karşı tarafında ise dağıtıcılar/bayiler ya da alıcılar/müşteriler³³⁹ gibi, bunlarla işlem

335 Benisch, in: GK, §35 Rz.6; Bornkamm, in: Langen/Bunte, §33 Rz.10; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (GWB), §33 Rz.13 vd; von Gamm, §1 Rz. 4.

336 Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz.45.

337 OLG Düsseldorf vom 16.6.1998-U (Kart.) 15/97, WuW/E DE-R 143/146; Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 46; Schmidt, K.: Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht, Köln 1977, s. 396; Liebs, Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsverträge und unerlaubte Handlung, 1973, s.76 vd.

338 Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 46.

339 Burada, alıcı ve müşteri ifadeleri arasında anlatıma kolaylık sağlaması bakımından Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ndeki gibi bir anlam farklılığına gitmek uygun görülmüştür. Dikey Anlaşmalar İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne göre, Alıcı, bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüs; Müşteri ise, anlaşmaya taraf olmayan,

yapanlar bulunur. Alman hukukunda pazarın karşı tarafı da, GWB'nin kişisel koruma alanında görülür. Bunların korumadan yararlanabilmesi için, kartelin durumlarını kötüleştirilmesi ya da pazara girişlerini engellemesi gerekir³⁴⁰.

Bununla birlikte pazarın karşı tarafına (özellikle dağıtıcılara) tazminat hakkı tanınmasının ve bu açıdan tazminat hakkının dar yorumlanmamasının, tazminat tutarlarının yükselmesinden dolayı, pazara ya da rekabete zarar verici olabileceği de ileri sürülmektedir³⁴¹. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, tazminat hakkının Alman hukukunda kusura (Verschulden) bağlanmış olması, koruma alanının geniş tutulmasının sakıncalarını giderebilecek niteliktedir. Bunun yanında, kartel yoluyla haksız kazanç elde eden teşebbüslerin korunması için bir neden olmadığı da ifade edilmektedir³⁴².

cc. Tüketiciler

Tüketiciler de aslında, talep tarafı olarak pazarın karşı tarafı içinde görülebilirler. Ancak bunların, teşebbüs olarak düşünülen dağıtıcılar ve alıcı teşebbüsler yanında ayrıca ifade edilmeleri uygundur. Bu anlamda GWB'nin koruma alanına yalnızca teşebbüsler değil, tüketiciler de girmektedir³⁴³.

alıcıdan veya sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alanı ifade eder (Tebliğ m. 3, RG. 14.7.2002 Sa. 24815 Tebliğ Nu: 2002/2). Aşağıda, müşteri ile, hem bir malı veya hizmeti satmak üzere alanlar, yani alıcılar, hem de onu tüketmek için alanlar yani tüketiciler kast edilecektir. [4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre, Tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder (m.3)]

340 Bunte, Kartellrecht, 96; bak. BGH vom 12.5.1998 WuW/E DE-R 206.

341 Bak. Benisch, in: GK, §35 Rz.7.

342 Bak. Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz. 49; Bornkamm, in: Langen/Bunte, §33 Rz. 13.

343 Roth, in: Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger, §33 Tz.51; Bornkamm, in: Langen/Bunte, §33 Rz. 14; Linder, L.: Privatklage und Schadenersatz im Kartellrecht, Baden-Baden 1980, s. 28; Mailänder, K.P.: Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Karlsruhe 1964, s.186; Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl., 1999, §14 Rz.16.

b. Türk Rekabet Hukukunda Davanın Tarafları

aa. Davalılar

Tazminat davasının davalıları, hiç kuşkusuz, rekabeti sınırlayıcı yönde anlaşılan, karar alan ya da uyumlu eylemlerde bulunan³⁴⁴ teşebbüslerdir³⁴⁵. Nitekim RKK m.57'de, *"Her kim bu Kanuna aykırı (olarak).... rekabetikısıtlarsa...bundan zarar görenlerin ...zararını tazmine mecburdur"* denilerek rekabeti sınırlayan teşebbüslerden tazminat istenebileceği ifade edilmiştir.

RKK m.57/II'de, zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunların zarardan müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm öncelikle hâkim durumun tek başına kötüye kullanılarak zarara neden olunması dışında kalan hâlleri kapsamaktadır. Zira danışıklı ilişkiler için zorunlu olarak birden çok teşebbüsün varlığı gerekir. Ancak bilindiği gibi, teşebbüslerin gerçek ya da tüzel kişiliği olmayabilir. Bu nedenle gerçek ya da tüzel kişiliği olmayan birden çok teşebbüsün, tek (gerçek ya da tüzel) kişiye ait olması durumlarında da bu madde gereğince müteselsilen sorumluluk söz konusu olmaz.

bb. Davacılar

Kanunumuzda davacı olabilecek kişiler açıkça sayılmamıştır. Ancak yukarıdaki maddeden görüldüğü gibi, rekabetin sınırlandırılmasından zarar gören herkese tazminat hakkı tanınmıştır. Bu nedenle Türk rekabet hukukunda da gerek alıcı teşebbüsler, gerekse anlaşma, karar ya da uyumlu eyleme katılmayan rakip teşebbüsler tazminat davası açabilirler³⁴⁶. Kanun "bundan zarar görenler" ifadesini kullandığına göre, tüketicilerin de zarara uğramaları hâlinde tazminat davası açma hakları vardır. Nitekim 57. maddenin gerekçesi de bunu destekler niteliktedir. Kanun koyucunun ifadesiyle bu maddede; *"....zarar gören teşebbüs niteliğindeki veya bu nitelikte olmayan gerçek veya tüzel kişilerin.....(zararlarını) tazmin edebileceği hükme bağlanmıştır"*.

344 RKK. m 57'de hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüs ya da teşebbüsler de davalı olarak sayılmıştır.

345 Kuşkusuz, bu davanın gerçek ya da tüzel kişiliği olmayan teşebbüslerde, gerçek ya da tüzel kişiliği olan müteşebbise karşı açılması gerekir.

346 Aslan, Türk hukuku, 388.

Kanunda danışıklı ilişkiye katılan teşebbüslerin birbirlerine karşı tazminat davası açıp açamayacakları hakkında bir açıklık yoktur. Ancak, Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da bunların tazminat talep edemeyeceğinin kabulü gerekir³⁴⁷.

3. Tazminat Türleri

Yukarıda ifade edildiği gibi ATA m. 81 vd.ında tazminata ilişkin bir hüküm yoktur. Sorun üye ülkelerin rekabet düzenlemelerine göre çözümlenir.

Türk rekabet hukukunda iki tür tazminat düzenlenmiştir (RKK m.58). Bunlardan ilki, teşebbüslerin belirlenen zarar tutarında ödendiği için misli tazminat olarak adlandırılabilir. İkincisi ise belirlenen zararın üç katına kadar hükmedilebilen bir tazminattır ki bunu da "zararı aşan tazminat" olarak adlandırmak mümkündür.

Kanunumuzun tazminata ilişkin sistemi, zararı aşan tazminatın kabulüyle Amerikan sistemine benzemektedir. Bu nedenle tazminatın hesaplanmasına ilişkin kuralları Amerikan hukukundaki uygulamalarla karşılaştırmak yerinde olacaktır.

a. Misli Tazminat

aa. Düzenlenme amacı ve işlevi

Rekabet düzenlemelerinde kanun koyucu olarak devlet, asıl itibariyle ihlâlin rekabet ortamına zararlarıyla ilgilenmekte ve bu nedenle kurullar eliyle yaptırımlar uygulamaktadır. Bununla birlikte, hukuka aykırılıklar ortada olan bu danışıklı ilişkilerden, kişilerin özel çıkarları da zarar görmüş olabilir. Hatta istisnalar bir yana bırakılırsa, rekabet dengesini haksız bir şekilde kendi lehine bozaneların, bu davranışlarıyla başkalarının malvarlığında zarara yol açmaması düşünülemez.

Haksız fiillerden doğan zararların tazmini, medenî hukukun (borçlar hukukunun) en önemli kurumlarından biridir. Rekabet hukukuna aykırılıklardan doğan zararların tazmini de ilk plânda, hukuka aykırılıklardan doğan zararların tazmininin dayandığı temel esas ve düşüncelere dayanmaktadır. Kartel³⁴⁸ üyelerinin

347 Aynı yönde, Aslan, Türk hukuku, 388.

348 Rekabet Kanununda düzenlenen tüm rekabeti sınırlayıcı ilişkileri karşılamak üzere, bu bölümde "kartel"den söz edilmesinde bir sakınca görülmemiştir. Bak. yuk. § 1, IV, A.

başkalarına zarar vererek elde ettikleri kazançları, bundan zarar görenlere tazminat hakkı tanımayarak korumak, adalet düşüncesi ile bağdaşmamaktadır³⁴⁹. Öte yandan haksız yere zarara uğrayanların bu zararlarının giderilmemesi de adil değildir.

Rekabet hukukunda da misli tazminatın asıl amacı zararın giderilmesidir ki bu, tazminatın zararı karşılması işlevi olarak görülür³⁵⁰. Rekabete aykırılıktan doğan diğer hukukî sonuçlar zararı karşılama işlevine sahip değildir. İşlemin geçersiz olması, ifadan kaçınma hakkı ve iade borcu rekabete aykırı davranıştan doğan zararın giderilmesini hedeflememektedir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, kartele katılanlar idarî yaptırımlara da uğratılmaktadır. Ancak bu yaptırım, zarar görenlerin bireysel çıkarlarına hizmet etmez. Para cezasının miktarının yüksek ya da düşük tutulması da bu hususta etkili değildir. Para cezası, zarar görenlerin malvarlığında meydana gelen zararı ortadan kaldırmamaktadır.

Bununla birlikte, rekabet hukukunda, para cezalarının yanı sıra, ayrıca tazminat yükümlülüğü öngörülmesinin adil olmadığı düşünülebilir. Ancak para cezaları, hatta ceza hukuku anlamında cezalarla birlikte kişisel zararların da tazminine gidilmesi Kıta Avrupası ve Türk hukuku için alışıldık bir durumdur ve adalet düşüncesi ile çelişir görülmemektedir³⁵¹. Hatta devletten, haksız fiil neticesinde zarara uğrayanlara, bu zararlarının giderilmesine hizmet eden hak ve yetkiler tanınması beklenir³⁵².

Kısacası, rekabet hukukunda misli zararın tazmini, borçlar hukukunun ilkeleri çerçevesinde hukuka aykırı herhangi bir fiilden doğan zararların tazmini ile aynı amaç ve işleve sahiptir.

bb. Tazminatın miktarı

BK m.41 uyarınca tazminata hükmedilebilmesi için, davacının haksız fiilden zarar görmüş olması gerekir. Haksız fiilden bir zarar meydana gelmemişse tazminat ödenmesi istenemez³⁵³. Nitekim rekabeti sınırlayan teşebbüsler de, *"bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecbur"* (RKK m.57) tutulmuşlardır. Kanunda

349 Linder, 55.

350 Linder, 55 dn. 80.

351 Linder, 68; Schmidt, 329.

352 Linder, 56.

“her türlü zarar”dan söz edildiğine göre, doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi³⁵⁴, bunun maddî olduğu kadar manevî olması³⁵⁵ da mümkündür.

RKK m.58/1'de maddî zararın hesaplanmasına ilişkin kurallar getirilmiştir. *“Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır”*.

Görüldüğü gibi, m.58'te zararın hesaplanmasına ilişkin iki kural getirilmiştir. İki rekabeti sınırlayanların müşterilerinin, ikincisi ise rakiplerinin zararlarının hesaplanmasına yöneliktir.

Haksız fiillerde zarar, mal varlığının mevcut durumuyla, hukuka aykırı fiil olmasaydı arz edeceği durum arasındaki farkı ifade eder³⁵⁶. RKK'da da müşterilerin zararları için bu temel yaklaşımdan uzaklaşmış değildir. Müşteriler, rekabete aykırılık sonucu ödemek zorunda kaldıkları bedelle, rekabet sınırlanmamış olsaydı, yani pazar normal şartlarında işleseydi ödeyecekleri bedel arasındaki farkı tazminat olarak isteyebileceklerdir. Buradaki “bedel” asıl itibarıyla fiyatı ifade etmekle birlikte, daha geniş anlaşılmasında da bir sakınca yoktur³⁵⁷. Örneğin, teşebbüslerin anlaşarak aleyhlerine taksitle satışlara son vermesi hâlinde de müşteriler, anlaşma olmasaydı maruz kalmayacakları peşin ödemeden doğan zararlarını isteyebilirler.

353 Reisoğlu, 134.

354 Aslan, Türk hukuku, 388.

355 MK. m.25/son'a göre, davacı kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yerinde de dava açabilir. Eski MK'nın (25. maddeye karşılık gelen) 24/a maddesinde bir de *“Davacı aynı zamanda maddî ve manevî tazminat ile vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgâhı mahkemesinde de açabilir.”* hükmü vardı. Bu hüküm yeni MK'ya alınmamıştır. Ancak gerekçede de bu maddenin bilinçli olarak kaldırıldığına dair bir açıklama olmadığına göre, kanun koyucunun bu konudaki iradesinin değişmediği kabul edilebilir. Bak. Alangoya, 109 dn.15a. Bu açıdan MK. m.25'e göre teşebbüsler aleyhine açılan maddî ve manevî tazminat davalarında, davacının yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

356 Reisoğlu, 135.

357 Kar. Aslan, Türk hukuku, 389.

Zarar gören rakipler için ise, geçmiş yıllara ait bilânçolardan yararlanılarak elde edilmesi umulan kârların hesaplanması imkânı sağlanmıştır. Kanun, “..bilânçolar(in) da dikkate alın(masından)” söz ettiğine göre, bunları zararın hesaplanmasında kesin delil olarak görmemektedir. Elde edilmesi umulan kârların başka delillerde de ispatı mümkün olduğu gibi, davalı teşebbüsler de kartelden başka nedenlerle umulan kârın zaten geçmiş yıllara ait bilânçodakinden daha düşük olacağını ispatlayabilirler. Eğer bu iddiaları ikna edici bulursa, hâkimin bilânçolardaki verileri esas almaması Kanuna aykırılık teşkil etmez.

Dolayısıyla davacının zararını ispat için farklı yöntemler kullanması mümkündür. Amerikan hukukundan esinlenerek zararların hesaplanmasında kullanılan yöntemler dört başlık altında toplanabilir³⁵⁸: a) Davacının rekabet sınırlanmasaydı ne kadar kazanabileceğine ilişkin uzman (bilirkişi) tahminleri, b) davacının şimdiki kazancının piyasadaki önceki kazancıyla kıyaslanması ki Kanunumuzda da bu yöntem açıkça zikredilmiştir, c) davacının kazancıyla, ona yakın güçteki (kartele katılan ya da kartelden zarar görmemiş) rakiplerinin kazancının kıyaslanması, d) (fiyat ayrımcılığı vb. durumlarda) davacı ile rakiplerinden istenen fiyat arasındaki fark.

Nitekim zarar aşan tazminata ilişkin 58. maddenin II. fıkrasında, davalının elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârların da zararın hesaplanmasında kullanılacağı ifade edilmiştir. Bu imkân her ne kadar zarar aşan tazminat için zikredilse de, hesaplama açısından zarar aşan tazminat ile misli tazminat arasında bir fark yoktur. Bu nedenle ve ayrıca m.58/1'in sınırlayıcı olmayan ifadesi karşısında, misli tazminatın hesaplanmasında da, davalıların kartel dolayısıyla elde ettikleri veya elde etmeleri muhtemel kârların dikkate alınmasında bir sakınca yoktur³⁵⁹.

b. Zarar Aşan Tazminat

RKK m.58/II'ye göre, “*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da karar veya ağır ihmalinin olduğu hâllerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddî zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*”.

358 Bu konuda bak. Clark, *The Treble Damage Bonanza: New Doctrines of Damages in Private Antitrust Suits*, Michigan Law Review 52/1954, s. 363, 413; Oppenheim/Weston/McCharty 1100.

Zararı aşan tazminat olarak adlandırdığımız bu tazminat türü, Türk hukukundan önce, Amerikan hukukunda kabul edilmiştir. Amerikan hukukunda bu kurum genellikle üç katı zarar "Treble Damages" başlığı altında incelenir ve zararın üç katı oranında tazminat talepli davalar da "Treble damages action" olarak adlandırılır.

aa. Düzenlenme amacı ve işlevi

Yukarıda misli tazminatın amacı ve işlevi incelendi. Bu tazminat türü, asıl itibarıyla, zararların giderilmesine hizmet ediyordu. Zararı aşan tazminat ise ilk bakışta bu amaç açısından misli tazminattan ayrılabilir. Zira burada, rekabete aykırı fiilden zarar görenin, borçlar hukukunun klâsik çizgisi içinde, zararının giderilmesi ile sınırlı kalınmadığı hemen göze çarpar. Zararı aşan tazminat ile, malvarlığındaki zarardan daha çok, aslında fiilen maruz kalınmayan miktarda bir tazminat elde edilmektedir.

Zararı aşan tazminatın bu özelliği dolayısıyla ilk amacının, rekabet kurallarını ihlâl edenleri cezalandırmak olduğu söylenebilir. Bu anlamda da zararı aşan tazminatın yüksekliği, teşebbüslerin rekabete aykırı ilişkilerden kaçınmasına hizmet ederek caydırıcılık işlevi üstlenmektedir³⁶⁰. Gerçekten de oldukça yüksek sayıdaki davacıya zararlarının üç katını ödemek riski, teşebbüsleri kartel düşüncesinden soğutur. En azından, bu ihtimali düşünen teşebbüsler, kartele katılımda çekingen davranacaklardır. Sonuçta katılımcıların kartelden elde etmeyi umdukları kâr, kartelin anlaşılması hâlinde aleyhlerine hükmedilecek üç katına kadar zarara göre göze alınmaya değer görülmeyebilir.

Caydırıcılık işlevi ile zararı aşan tazminat, sadece bireylere çıkar sağlamamakta, böylece rekabet hukukunun amaçlarına da -karteli engelleyici bir kurum olarak- hizmet etmektedir.

Bunun tam aksine, zarar görenler açısından ise tazminatın varlığı dava açmayı teşvik edici bir işleve sahiptir. Zararı aşan tazminat elde edebilme

359 Bak ve kar. Aslan, Türk Hukuku, 390.

360 Bak. Hempel, 246; Mailänder, 50.

düşüncesi, bireylerin, mahkeme masrafları ve ispat güçlükleri gibi olumsuz şartlara rağmen dava açma yoluna gitmesine ön ayak olur³⁶¹.

Misli ya da zararı aşan tazminat şeklinde de olsa, özel davalar, rekabete aykırı kazancın teşebbüslerden alınması sonucunu doğurduğu için rekabet hukuku açısından önemlidir. Rekabet ihlallerinin doğurduğu istenmeyen sonuçların ancak bu şekilde tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olabilir. Bu yüzden özel davaların, bireylerin kendi çıkarlarına hizmet etmekten öte, genelin çıkarlarına da hizmet ettiği kabul edilmektedir³⁶².

Zararı aşan tazminatın bir başka önemli işlevi ise zararı karşılama işlevidir. Gerçekten de Amerikan hukukunda da üç katı tazminata, tazminatların zararı karşılama işlevi açısından özel bir anlam yüklenmektedir. Zararı karşılama işlevi açısından zararı aşan tazminat, zararın ispatında karşılaşılan güçlüklerle yakından ilgilidir. Bilindiği gibi, klâsik tazminat davalarında zararın miktarı oranında bir tazminat istenebilir. Tazminata esas alınan miktar da, sonuçta, davacı tarafından mahkeme önünde ispatlanabilen miktardır. Hâlbuki rekabet davalarında zararın tam olarak tespitinde ve ispatlanmasında ciddi güçlükler vardır. Bu nedenle de sadece misli tazminata hükmedildiğinde, aslında davacının gerçek zararının altında ve bu nedenle de gerçekte misli olmayan miktarda tazminata hükmedilmiş olması ihtimali yüksektir. Tazmin edilmeyen miktar ise, kartel üyelerinin malvarlığında kalacaktır. İşte, Amerikan hukukunda, üç katı tazminatla, davacının -ispatladığı miktarı muhtemelen aşan- gerçek zararının giderilmesi de amaçlanmaktadır. Bu bakış açısıyla davacı, gerçek zararının sadece üçte birini ispatlamakla, bunun üç katı tazminat alacağı için zararının tamamını karşılamış olacaktır³⁶³. Bir başka deyişle zararı aşan tazminat, ispatlanabileni değil, gerçek zararı karşılama işlevi üstlenmiştir.

Görüldüğü gibi, zararı aşan tazminatın tek bir işlevi olduğu söylenemez. Zararın tam olarak ispatlanabildiği davalarda cezalandırma yönü ön plâna çıkarken,

361 Bak. Mailänder, 12; Linder, 62; Hempel, 246; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (GWB), §33 Rn.7.

362 Bak. Mailänder, 12; Linder, 62; Hempel, 246; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (GWB), §33 Rn.7.

363 Nitekim Amerikan yargısının caydırıcılık ya da cezalandırma işlevi ile zararı karşılama işlevine ilişkin kararları ve bu kararlar arasındaki farklılıklar için bak. *Developments in the Law, Damages*, Harvard Law Review, 1947/48, s.187-189; ayrıca bu konuda bak. Vold, *Are Threefold*

ispat güçlüklerinin bulunduğu durumlarda zararı karşılama işlevi önem kazanmaktadır. Ancak şüphesiz bu tazminatın cezalandırma amacı ağır basmaktadır³⁶⁴.

Nitekim doktrinde haklı olarak, zararı aşan tazminatın bir tür medeni ceza niteliğinde olduğu ifade edilmiştir³⁶⁵. Zararı aşan tazminatın temel amacı kartel katılımcılarını cezalandırmak olmaktadır. Teşvik etme ve zararı karşılama amaç ve işlevleri ise ikinci plânda gelmektedir.

Bu sonucun pratik açıdan da önemi vardır. Zira, üç katı tazminat ya da zararı aşan tazminatın amacı ve işlevlerine ilişkin tartışmalar, hükmün koruma amacını ve koruma alanını belirlemede kullanılmaktadır. Zararı aşan tazminatın cezalandırma amacının ve caydırıcılık işlevinin ağır basmasından çıkan en önemli sonuç ise, davalı zararını tam tamına ispatlamış olsa bile zararı aşan tazminata hükmedilebileceğidir³⁶⁶. Gerçekten de, şartları varsa, bu ihtimalde de davacı zararı aşan tazminata hükmedilmesini isteyebilir.

bb. Zararı aşan tazminatın aleyhinde görüşler

Yukanda ifade edilen yönleriyle, zararı aşan tazminatın bazı yararları olduğu ortadadır. Buna karşın, doktrinde, bu tazminat türünün eleştirilere uğradığı da görülmektedir.

Zararı aşan tazminata yöneltilen eleştirilerin başında, bu imkânın kötüye kullanılması ihtimali gelir. Amerikan hukukundaki tecrübeler göstermiştir ki, tazminatın yüksekliği davacıları cezbedebilmekte ve aslında rekabete aykırılıkla ilgisi olmayan durumlarda da tazminat davaları açılabilir. Nitekim, Collins/Sunshine, ABD'de, sıradan sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil davalarında dahi, şayet davalılar teşebbüs niteliğindeyse, rekabet hukukuna aykırılık iddiasının dava dilekçelerine genellikle eklendiğini kaydetmektedirler. Öte yandan bu gibi davalarda çoğu davalının, suçsuz olduğuna inansa dahi, davanın sonucunun

Damages under the Antitrust Act Penal or Compensatory? 28 Kentucky Law Journal, 1939/40, s.117 vd.; Mailänder, 51.

364 Mailänder, 51.

365 Gül, İ.: Rekabet Kurumunun Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999 (orijinal tebliğ), s.27 dn. 61 (Aslan, Türk hukuku, 390'dan naklen).

belirsizliği, özel yargılama usulü ve yüksek tazminatlar ödeme tehlikesini dikkate alarak, anlaşmaya gitmek suretiyle davacının tehdidine boyun eğdiği söylenmektedir³⁶⁷. Hatta firmaların ticarî itibarlarının zedelenmemesi için de anlaşmayı göze alabilecekleri ifade edilmektedir³⁶⁸.

Gerek misli gerekse zararı aşan tazminat için öne sürülen bir başka sakınca ise, bu davaların rekabeti sınırlamak için kullanılabilirdir. Örneğin, dağıtım sistemini daha etkili hâle getirmek için dağıtıcılarından bazıları sistemden çıkarmak isteyen bir üretici, bu durumda ayrımcılık yaptığı iddiasına dayanan bir davayla tehdit edilebilir³⁶⁹. Bir başka deyişle, rekabet hukukunda tazminat davalarının bir tehdit ve korkutma aracı olarak kullanılma ihtimali kaygıyla karşılanabilmektedir. Çünkü bu durumda, rekabetin korunması için öngörülen kurallar kullanılarak rekabetin zayıflatılması söz konusu olmaktadır³⁷⁰.

Doktrinde ileri sürülen bir başka sakınca ise, zararı aşan tazminattan yararlanmak isteyen alıcıların, kartelle bilinçli olarak ticarî ilişkiye girme eğilimi gösterebileceğidir. Böylece kartel fiyatından alış yapan alıcı, daha sonra kartelin varlığına dayanarak tazminat talep edebilecektir³⁷¹.

Zararı aşan tazminata olumsuz yaklaşılmasının bir başka gerekçesi ise, bu tür yüksek tazminatların, kartel üyesi teşebbüsleri iflâsa sürükleyecek derecede zor durumda bırakabileceğidir³⁷².

cc. Zararı aşan tazminatın şartları

Rekabet davalarında zararı aşan tazminata hâkim kendiliğinden hükmedemez. Bunun için davacının ayrıca talebinin olması gerekir. Nitekim bu durum RKK m. 58/II'de açıkça ifade edilmiştir.

366 Mailänder, 51 vd.

367 Collins, W.D./Sunshine, S.C.: Is Private Enforcement Effective Antitrust Policy, in: Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law, ed. Slot, P.J./McDonnell, A., London 1993, s. 53.

368 Bak. Linder, 66.

369 Collins/Sunshine, 53.

370 Bak. Hempel, 250.

371 Bak. Linder, 67 dn, 129'da anılan yazarlar.

372 Bak. Linder, 61; Hempel, 249.

Öte yandan aynı fıkrada bu tazminata hükmedilebilmesi için, zararın tarafların "anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden" kaynaklanması aranmıştır. Sanli'nin ifade ettiği gibi, burada "anlaşma ve karar"dan, tarafların "kasten" hareket etmiş olması anlaşılmalıdır³⁷³. Bu açıdan maddenin lâfzından hareketle, anlaşma ve karar varsa her hâlükârda, uyumlu eylemler varsa ancak ağır kusur hâlinde tazminata hükmedilebileceği sonucuna varmak isabetli olmayacaktır³⁷⁴. Gerçekten de hafif ihmalden kaynaklanan ihlaller açısından, anlaşma ve kararlarla uyumlu eylemler arasında bir fark yoktur. Özellikle anlaşma ya da kararın önceden görülmesi güç olan dolaylı sonuçlarının rekabeti sınırlaması hâlinde, zararı aşan tazminat taleplerinin böylelikle reddedilmesi mümkün olmalıdır.

Görüldüğü gibi, RKK'da uyumlu eylemlerde zararı aşan tazminata hükmedilebilmesi için kusurun özel ağırlığı aranmıştır. Yani, teşebbüslerin rekabeti "kasten veya ağır ihmalle" sınırladıkları durumlarda ancak zararı aşan tazminata hükmedilebilir. Uyumlu eylemlerden dolayı zararı aşan tazminata hükmedilebilmesi için, zarar görenlerin davacıların uyumlu eylemlerde bulunmakta ağır kusurlu olduğunu ispatlaması gerekir. Ağır kusur, kast ve ağır ihmal hâllerini kapsamak üzere doktrinde kullanılmaktadır³⁷⁵. Kast, hukuk düzenince korunan bir değer bilerek ve istenerek ihlâl edilmesidir³⁷⁶. Ağır ihmal ise aynı şartlar altında bulunan herkesin normal olarak alması gereken en basit tedbirlerin dahi alınmamış olmasıdır³⁷⁷.

RKK'da ağır kusurun varlığı hâlinde zararı aşan tazminat öngörülmeyle birlikte, ağır kusurun nitelik ve tespitine ilişkin herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu nedenle genel hükümlere göre kast ve ağır ihmalin tespiti gerekir. Kanun koyucu bu hususta ihlâl konu olan davranışlardan; RKK m.4'de sayılan bentlere uyanların ya

373 Sanli, 87.

374 Aksi yönde; "Bununla birlikte RKK'da ağırlaştırılmış tazminata hükmedilebilmesi açısından anlaşmalarla uyumlu eylemler arasında bir ayrım yapılmıştır. Gerçekten Kanun, anlaşmalardan kaynaklanan ihlâl hallerinde, zarar görenlere surf bir anlaşmanın varlığından dolayı zararın üç katına kadar tazminat talep hakkı verir. Buna karşın uyumlu eylemlerde ağırlaştırılmış tazminat talebi için kusurun özel ağırlığı aranmıştır; sadece uyumlu eylemin ispatlanması yeterli olmayıp aynı zamanda bu uyumlu eylemin teşebbüslerin kastından ya da ağır ihmalden doğduğunun ispatlanması gerekir." İkizler, 251

375 Reisoğlu, 137; Bak ve kar. Oğuzman/Öz, 511 vd; Eren, 540 ve dn. 300.

376 Bak. Eren, 535.

da (daha net bir şekilde) per se rekabet sınırlaması sayılan durumların ağır kusur neticesi gerçekleştiğine dair bir karine kabul edebiliriz³⁷⁸.

dd. Zararı aşan tazminatın azamî haddi

Türk hukukunda, üç katı tazminat, zararı aşan tazminat miktarının tavanını oluşturup maddî zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kâr oranının üç katı olarak hesaplanır³⁷⁹. Maddede öngörülen tazminatın miktarı, yukarıdaki esaslara göre tespit edilecek tazminat miktarının üç katını aşmamak üzere hâkim tarafından takdir edileceğinden bu tazminat türü için ağırlaştırılmış tazminat ifadesinin kullanılması da önerilmiştir³⁸⁰.

Bazı yazarlara göre ise, Kanunda "oranına yerine oranında" ifadesinin kullanılması ve bu tazminatın bir tür medenî ceza ya da cezai tazminat niteliğinde olmasından dolayı, hâkimin üç katına kadar değil, şartları varsa üç katı oranında tazminata hükmetmesi gerekir. Yani hâkim, m. 58/II'ye göre ya üç katı tazminata hükmedecek ya da hiç tazminata hükmetmeyecektir³⁸¹.

Yukarıda ifade edildiği üzere, zararı aşan tazminat ağır basan cezalandırma amacı açısından bir tür medenî ceza niteliğindedir. Hukukumuzda medenî ceza olarak tazminat ödenmesi açısından zararı aşan tazminat ilk örnek değildir. Örneğin İş Kanununda, fesih hakkının kötüye kullanılması hâlinde işverenin işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödeyeceği öngörülmüştür (İş K. m. 17/IV)³⁸². Kötüniyet tazminatı olarak anılan bu tazminat işçinin zararlarının tazminine değil, işverenin kötüniyetinin cezalandırılmasına yönelmiştir. Zira rekabet hukukundakinin aksine, fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda, işçinin fesihden doğan zararlarının tespiti güçlük arz etmez. Bu konuda karşılaşılabilecek temel güçlük,

377 Reisoğlu, 337; Eren, 540. "*Hafif ihmal ise, hukuka aykırı fiil işlenirken böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş olmaktır.*" Oğuzman/Öz, 512.

378 İkizler, 274.

379 Aynı yönde Öz, 184.

380 İkizler, 274.

381 Aslan, Türk hukuku, 390; Gül, İ.: Rekabet Kurumunun Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999 (orijinal tebliğ), s.27 dn. 61 (Aslan, Türk hukuku, 390'dan naklen).

382 Bu konuda bak. Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 16. bası, İstanbul 2003, 173-174.

ücretin brüt ve net miktarının hesaplanmasına ilişkin ilkelerde görülebilir. Dolayısıyla zararı aşan tazminata benzer nitelikteki kötünîyet tazminatında kanun koyucunun amacının cezalandırmaya yöneldiği çok açıktır. Öte yandan maddede “...üç katı tutarında tazminat ödenir” denilerek, takdir hakkı doğuracak bir ifadeye de yer verilmemiştir.

RKK m.58/II’de ise “...üç katı oranında tazminata hükmedilebilir” denmiştir. Doğrusu bu ifade tarzı her iki görüş için de sağlam bir kanaate ulaşmaya imkân vermemektedir. Zira Kanununun lâfzı, “...üç katı oranında tazminata hükmeder” ile “üç katı(oranı)na kadar tazminata hükmedebilir” arasında bir yerdedir.

Kanaatimizce bu sorun, zararı aşan tazminatın amaç ve işlevleri dikkate alınarak çözümlenmelidir. Bu arada zararı aşan tazminatın sakıncalı yönleri de çözümde gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, hâkime bu konuda hiçbir takdir tanımayarak, teşebbüslerin ağır kusurunu üç katı tazminat için yeterli görmektense, zararı aşan tazminatın amaç ve işlevlerini en iyi karşılayacak ve sakıncalarını dizginleyecek şekilde tazminat miktarına esneklik kazandırılması uygun olacaktır.

Zararı aşan tazminat da bir tür medenî ceza olmakla birlikte, kötünîyet tazminatından farkları açıktır. Bu açıdan medenî ceza niteliğindeki her tazminat kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. Zararı aşan tazminatın cezalandırma amacının olması, tazminatın miktarında hâkimin takdir hakkının olmamasını da gerektirmemektedir. Teşebbüslerin gücü, kusur derecesi, tazminat doğuran ilişkinin boyutu, bunun gibi gerçek zararın ispatındaki güçlüklerden dolayı hâkimin mistli tazminata esas alacak derecede ikna olmadığı zararları böylelikle giderme imkânı, tazminatın teşvik edici olması, ancak bu hususta aşırıya da kaçılmaması gibi bir çok nokta, zararın üç katına ulaşınca kadar hâkimin tazminat kararında kullanılabilirdir³⁸³.

4. İspat Yükü

RKK m.59/I’e göre, “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet

383 Kanun hükmünün “üç katına kadar” şeklinde yorumlanması yönündeki diğer görüşler için bak. Öz, 184; İkizler, 274; Sanlı, Sempozyum, 271.

gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer”.

Bu hükümlerle, mahkeme nezdindeki yargılama faaliyetinde kullanılmak üzere, uyumlu eylemler karinesi tekrar edilmektedir. Bu nedenle uyumlu eylemler karinesine ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar m.59/1 için de geçerlidir³⁸⁴.

384 Bak. yuk. § 9, III, A, 4, b.

SONUÇ

1. Türk ve AB hukuklarında, uyumlu eylemler, rekabet hukukuna özgü bir kavramdır. Bu kavramın kökeninin Amerikan (ABD) rekabet hukuku olduğu noktasında görüş birliği vardır. Ancak uyumlu eylemler, Amerikan rekabet hukukunun yasal metinlerinde yer almaz: Uyumlu eylemlere Sherman Kanununda düzenlenen (gizli) iş birliğinin mahkemelerce yorumlanması sonucu ulaşılmıştır.

2. Uyumlu eylemlerin genel düzenlenme amacı, serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmaktır. Özelde düzenlenme amacı ise, anlaşma ya da karar olarak değerlendirilemeyecek yol ve yöntemler izlemek suretiyle teşebbüslerin kanun hükümlerini dolanarak rekabeti sınırlamalarını önleyebilmektir. Düzenleme amacı açısından Türk ve AB rekabet hukuklarında bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla her iki hukukun da uyumlu eylemlerden aynı beklentileri vardır. Öte yandan, özelde düzenlenme amacı dikkate alındığında, uyumlu eylemlerin anlaşma ve kararlar dışında kalan ve fakat anlaşma ve kararlarla aynı sonucu doğuran tüm uygulamalarda gündeme gelebileceği görülmektedir.

3. Uyumlu eylemlerin, iki ya da daha çok teşebbüsün birbirleriyle bağlantıya geçmesi sonucu pazar politikalarının paralelleşmesiyle rekabetin sınırlandırılması olarak tanımlanması mümkündür. Bu açıdan uyumlu eylemlerin varlığı için dört esaslı unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar, iki ya da daha çok teşebbüsün varlığı, teşebbüsler arasında bir bağlantının bulunması, pazarda bu bağlantıya istinat eden paralel davranışların görülmesi ve rekabetin sınırlandırılmış olmasıdır.

4. Uyumlu eylemlerin faileri teşebbüslerdir. Tüzel ya da gerçek, hukukî kişiliğe sahip olsun ya da olmasın, bir ekonomik varlığın teşebbüs olarak kabul edilmesi, kendi sorunlarını bir diğer teşebbüsten bağımsız olarak çözüp çözmediğine göre belirlenir. Bu bakımdan rekabet üzerine etkili stratejik ticarî davranışlarını kendisi belirleyemeyen, bir başka teşebbüsün kontrolü altında bulunan teşebbüsler bağlı teşebbüs olarak adlandırılır ve ekonomik birlik ya da bütünlük yaklaşımı gereği tek bir ekonomik varlık ve tek bir teşebbüs olarak görülürler.

5. Uyumlu eylemlerin varlığı için, pazar politikalarını paralelleştiren teşebbüsler arasında, bir bağlantının olması gerekir.

İşte uyumlu eylemlerin sübjektif yönünü karşılayan "objektifleşmiş unsur", bağlantıdır. Bağlantıyı, rekabeti sınırlayıcı paralel pazar politikaları uygulanmasına

zemin hazırlayan teşebbüsler arası yakınlaşma (süreci) olarak tanımlamak mümkündür. Bu yakınlaşmanın anlaşılması ya da gözlemlenmesi ile bağlantı gerçekleşmiş olmaktadır. Bu bakımdan uyumlu eylemlerde teşebbüslerin (irade açıklamalarının) uyuşmuş olması şart olmamakta; bağlantı esnasında ya da sonucunda elde edilen bilgi, fikir ve kanaatlerin gelecek pazar politikalarının belirlenmesinde oynadığı rol önemli olmaktadır.

Bir başka deyişle bağlantı ile, teşebbüslerin rakiplerinden bağımsız olarak karar almalarının engelleyen bir yakınlaşma süreci yaşayıp yaşamadıkları sorgulanır. Bu yakınlaşma süreci, teşebbüslerin birbirleriyle anlaştığı sonucuna varılmasına imkân vermeyen bir süreçtir. Yoksa zaten uyumlu eylemlerden değil anlaşmalardan söz etmek gerekir. İşte bir anlaşmadan söz edilemeyince, hangi tür ve ne yoğunlukta bir ilişkinin sözü geçen yakınlaşmaya neden olacağı çoğunlukla şüpheli kalmaktadır. Bu yüzden bağlantının iş birliğine dönüşmesi için, bağlantıya istinat eden pazar davranışlarının varlığı gereklidir ve bu anlamda pazarda paralel davranışlar görülmedikçe uyumlu eylemlerden söz edilemez.

6. Uyumlu eylemlerin bir diğer unsuru, bağlantıya istinat eden paralel davranışların varlığıdır. Paralel davranışlar, belirli bir pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin birbirine paralel pazar politikaları uygulamalarıdır. Paralel davranıştan söz edildiğinde, kavramın 1) paralellik yönü, 2) davranış ya da eylem yönü ön plâna çıkmaktadır.

Paralellik yönüyle bakıldığında, paralel davranışların uyumlu eylemler anlamına gelmediği ve ondan çok daha geniş bir anlam taşıdığı görülmektedir. Bu açıdan paralel davranışlar, pazarda görülen her paralellliği ifade etmektedir. Bu paralelliklerin tamamının da rekabet hukukuna aykırı ve yasak olduğu söylenemez. İşte uyumlu eylemler de bu geniş yelpaze içinde paralel davranışların rekabete aykırılık yönünü ifade eden bir alt kavram olmaktadır.

Şu hâlde paralel davranışların uyumlu eylemlerden ibaret görülmesi doğru olmaz. Gerçekten de paralelliğin tesadüfen ya da teşebbüslere yüklenemeyecek nedenlerle gerçekleşmesi de mümkündür ki bunlar paralellik bilinci taşımayan davranışlar olarak ifade edilebilir. Bunlardan dolayı teşebbüslerin rekabet hukuku açısından bir sorumluluğu doğmaz.

Paralel davranışların ikinci büyük kolunu ise bilinçli paralel davranışlar oluşturur. Bu tür davranışlarda paralellik sonucuna tesadüfen değil, bilinçli olarak

ulaşmaktadır. Bilinçli paralel davranışları kendi içinde oligopole özgü paralellikler ve uyumlu eylemler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Oligopole özgü paralellikler, Amerikan hukukunda "bilinçli paralellik" olarak ifade edilen kavramın karşılığı olmaktadır. Bu anlamda, oligopol pazarlarda teşebbüslerin bir diğ erinin politikasını da nazardikkate alarak davranışlarını paralelleştirmeleri olarak tanımlanabilir.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluğun görüşüne uygun şekilde, kanaatimize göre oligopole özgü paralellikler m.4 ve m.81 kapsamına girmez ve uyumlu eylemler olarak da görülemezler. Zira oligopole özgü paralelliklerde, oligopolün teşebbüs davranışlarını paralelleştirici etkisi hâkimdir. Kısacası, oligopole özgü paralelliklerde uyumlu eylemlerin bağlantı unsuruna tesadüf edilmemektedir.

Paralel davranışlara eylem ya da davranış yönüyle bakıldığında, bunların uyumlu eylemlere ilişkin en önemli tartışmalardan birisi ile olan ilgisi kendiliğinden kurulmuş olur. Doktrindeki genel kanaate göre, uyumlu eylemler, uyum ve bu uyumu takip eden pazar davranışlarından ya da eylemlerden oluşurlar. Hâliyle uyumlu eylemlerin varlığı için hem uyum hem de eylemlerin varlığı aranmakta ya da uyum sonucu eylemin beklenebilir olması yeterli görülmektedir. Dolayısıyla teşebbüslerin uyum neticesi doğ an eylemleri rekabet hukukuna aykındır. Diğ er görüşe göre ise, rekabet hukukuna aykırı durum uyumla doğ ar. Eylem, uyumlu eylemler için esaslı bir unsur olmayıp, özelliğ i gereğ i uyumlu eylemlerde genelde görülen, fiili (somut) durumu ifade eder.

Kanaatimize göre uyumlu eylemlerin varlığı için, eylemin varlığı ya da eylem unsuru zorunludur.

Aslında bu tartışmalı yapıda, uyumlu eylemlerin rekabet hukukunda üstlendiğ i misyonun payı büyüktür. Uyumlu eylemler dayanağ ını serbest rekabet ilkesinden alır; bu ilkeye aykırı düş en ve anlaş ma ya da karar olarak nitelendirilemeyen tüm danışıklılık hâllerinde gündeme gelir. Bundan dolayı, teşebbüslerin zaman içinde geliştirdiğ i yeni iş birliklerine, rekabet açısından zararlı görüldüğü için müdahale edilmek istendiğ inde uyumlu eylemlerden yararlanılabilmektedir. Uyumlu eylemlerin yapısı buna müsaittir. Bunu (rekabetin korunmasında kullanılmaya bu derece elverişliliğ i) biz, uyumlu eylemlerin yumuşak dokusu olarak adlandırıyoruz.

Bununla birlikte, uyumlu eylemlerin kapsamı rekabetin sınırlanmasına yol açan yeni yol ve yöntemlere genişletilirken, mümkün olduğ u kadar belirsiz ve anlaş ılmaz

bir kavram hâline getirilmemeli, geliştirilen yeni yorumlar belirli ilkelere bağlanarak genelleştirilmeli ve uyumlu eylemlerin çatısını oluşturan esaslı unsurları mümkün olduğunca zedelenmeden korunmalıdır. Bu şekilde hareket edilerek hukukî açıdan daha sağlam sonuçlara varılabilir.

Özellikle bilgi değişimlerine erkenden müdahale edebilmek arzusu, bu sorunun pratik olarak uygulanacağı bir alan açmıştır. Nitekim Avrupa Birliğinde, bilgi değişimine dayalı bazı ilişkilere, "pazar üzerindeki etkisi beklenmeksizin", amacı rekabetin sınırlandırılması olan uyumlu eylemlerin varlığından hareketle müdahale edilebilmektedir.

Kanaatimize göre, paralel davranışlar görülmeden ve bu açıdan teknik anlamda bir uyumlu eylem ortaya çıkmadan önce, uyumlu eylemlere neden olabilecek teşebbüsler arası yakınlaşmalara müdahale edilebilmesinin şartları genelleştirilerek beklenebilirlik ilkesi adı altında toplanabilir. Şu hâlde beklenebilirlik ilkesine göre; nasıl gerçekleştiği, konusu vb. özellikleri dikkate alındığında, bağlantının akabinde teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız pazar politikaları üretmeyeceği ve böylece ileride pazarda paralel uygulamaların görüleceği makul olarak beklenebiliyorsa, artık (pazar üzerinde bu yönde herhangi bir davranışın görülmesi beklenmeksizin) ihlâlin varlığına hükmedilebilir. Bu hâliyle beklenebilirlik ilkesi, AB hukukunda, rekabeti sınırlama amacı taşıdığı gerekçesiyle, pazar üzerinde özelliği bir etki üretmeden önce de uyumlu eylemlere müdahale edilebileceği yönündeki yargısal içtihat ile çatışmamaktadır. Türk hukukunda ise, RKK'da geçen "rekabetin sınırlandırılması etkisi doğurabilecek nitelikte olma" ifadesi, beklenebilirlik ilkesinin doğrudan doğruya yasal dayanağını oluşturabilecek bir ifadedir. Bunun yanı sıra Türk hukukunda da, beklenebilirlik ilkesi gereği rekabetin sınırlandırılacağı düşünülen hâllerde, amaç unsuru açısından teşebbüs ilişkilerine müdahale edilebilir.

Böylece, beklenebilirlik ilkesi ile, uyumlu eylemlerin esaslı unsuru olarak pazar davranışının ya da eylemin varlığının aranmasından vazgeçilmemekte; ancak (zaten) –büyük ihtimalle- gerçekleşecek olan bağlantının pazara yansımalarının önü kesilerek, rekabet sınırlandırılmadan önce teşebbüs ilişkilerine müdahale edilebilmektedir.

7. Uyumlu eylemler, ATA m.81 ve RKK m.4'te, anlaşma ve birlik kararları ile birlikte düzenlenmiştir. İlişkilerini anlaşma ve karar kapsamı dışına kaydırarak teşebbüslerin yeni yöntemlerle rekabet kurallarını dolanmasını engelleme amacı dikkate alındığında, uyumlu eylemlerin anlaşma ve karar olarak nitelendirilemeyen

tüm iş birliği hâllerinde gündeme gelebileceği görülmektedir. Şu hâlde uyumlu eylemlerin uygulama alanının bir yandan anlaşma ve kararlarla, diğer yandan da caiz görülen paralel davranışlarla sınırlandırıldığı söylenebilir.

Dolayısıyla "anlaşma" ve "karar" ne kadar geniş anlaşılırsa, uyumlu eylemlerin kapsamı o derece daralmakta, ne kadar dar anlaşılırsa da o derece genişlemektedir.

Rekabet hukukunun anlaşmalarını, sözleşmeler ve centilmenlik anlaşmaları olmak üzere temelde iki grupta toplamak mümkündür. Bunların yanına, centilmenlik anlaşması olarak nitelendirilemeyecek hukuken bağlayıcı olmayan bazı basit anlaşmalar da ilâve edilebilir. Basit anlaşmalar, özellikli bir davranışın belirlenmediği ancak tarafların rekabetin sınırlandırılması üzerinde prensipte anlaştığı anlaşmalardır. Bunlara rekabet hukukunda az rastlanır ve bu nedenle az bir öneme sahiptirler.

Bu bakımdan anlaşmaların nasıl ki hukuken bağlayıcılık yönünü sözleşmeler temsil ediyorsa, hukuken bağlayıcı olmayan yönünü de centilmenlik anlaşmaları temsil eder. Genel olarak, centilmenlik anlaşmaları, hukukî sonuç iradesi de taşıyorsa bir sözleşmeyi kurabilecek nitelikteki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, ifası tarafların karşılıklı sözlerine güvene dayalı ve bu nedenle yaptırımını da ahlâk, namus, şeref, tanrı korkusu gibi manevî temellerden alan anlaşmalardır.

Uyumlu eylemler açısından bakıldığında, centilmenlik anlaşmalarının anlaşma olarak nitelendirilmesi bir kapsam daralmasına neden olmaktadır. Öte yandan isabetli olan çözüm tarzı budur.

Görülüyor ki, ister sözleşme isterse centilmenlik anlaşması şeklinde olsun anlaşmaların tarafları bağlayıcı özelliği bulunmaktadır. Bir başka deyişle, anlaşmalarda anlaşan taraflar arasında hukukî ya da ahlâkî, meslekî, ticarî, manevî, sosyal bir bağlılık ve bağlayıcılık bulunmaktadır.

8. RKK'da düzenlenen danışıklı ilişkilerden bir diğeri, teşebbüs birliği kararlarıdır. Tıpkı anlaşmalarda olduğu gibi, temelinde bir birlik kararının bulunduğu danışıklılık hâlleri de uyumlu eylemlerin kapsamı dışındadır.

Teşebbüs birliğinden söz edilebilmek için birlikteliğin, işleyiş esaslarında düzenlilik, faaliyetlerinde ve varlığında süreklilik ve amaçta müştereklik taşıması gerekir ki teşebbüs birliğinin bu şekilde belirlenmesi yapısal yaklaşım olarak görülebilir. Bundan başka, birlik niteliğinin belirlenmesinde (yapısal yaklaşımdan tam sonuç alınmadığı durumlarda) birlikteliğin rekabeti sınırlayan iradesinin karar

şeklinde tezahür edip etmediğinden de hareket edilebilir ki bu yaklaşımda işlevsel yaklaşım olarak adlandırılabilir.

Teşebbüs birliği kararından söz edilince, bundan ana statüden ya da tüzüğünden aldığı güçle yetkili birlik organının çeşitli meseleler hakkında getirdiği bağlayıcı çözümler anlaşılır. Bunun gibi, teşebbüs birliği kararlarını, teşebbüs birliklerinin üyelerini hukuken ya da fiilen bağlayıcı kararları olarak tanımlamak da mümkündür.

Dolayısıyla birliklerin bağlayıcı olmayan açıklamaları ya da kararları rekabet hukuku anlamında teşebbüs birliği kararı olarak kabul edilmemelidir. Hâliyle üyelerin uyup uymamakta serbest olduğu kararlar, bu arada özellikle tavsiye kararları, rekabet hukuku açısından uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilmelidir.

9. Özellikle karmaşık yapılı, kapsamlı ve zamana yayılmış ihlâllerde uyumlu eylemlerin, anlaşma ve kararla bir arada bulunması mümkündür. Bu gibi durumlarda zaman içinde teşebbüslerin anlaşma, uyumlu eylem ya da karar olarak ortaya çıkan ilişkileri tek ihlâl çatısı altında toplanmakta; süregelen tek ihlâlin ve karmaşık kartellerin varlığından söz edilmektedir.

Böylece ihlâl ya da kartel bölünmez bir bütün olarak görülmekte ve ortak plânın varlığı onun temelini oluşturmaktadır. Karmaşık karteller ise, anlaşma ve uyumlu eylemleri içine alan bir üst kavram hâline dönüşmektedir. Bu yaklaşımla AB rekabet hukuku, Amerikan rekabet hukukunun gizli iş birliği anlayışına doğru yol almış olmaktadır.

10. Kuşkusuz teşebbüsler arasındaki bir ilişkiye RKK'nın yaptırımlarının uygulanabilmesi için, Kurulun rekabete aykırılığın gerçekleştiğine kanaat getirmesi gerekir. Bir başka deyişle, konumuz açısından, teşebbüslerin uyumlu eylemler içinde olduğu ispat edilmiş olmalıdır ki buna bağlı sonuçlar doğabilsin.

Uyumlu eylemlerin ispatı için her türlü delile başvurulabilir. Kurul, her türlü bilgi ve delili ispat faaliyetinde kullanabilir. Kurulu, burada, hukuk dışı yollarla delil elde edilememesi ilkesi bağlar.

Uyumlu eylemlere hem doğrudan hem de dolaylı ispat, yani emare ispatı yoluyla ulaşılabilir.

Hem Türk hem de AB hukukunda, uyumlu eylemler için aranan ispat ölçüsü yüksektir. Uyumlu eylemler vardır denilebilmesi için, bunun aksi yönde hiçbir makul şüphenin olmaması gerekmektedir.

Uyumlu eylemlerde ispat yükü rekabet otoritelerinde olup, Komisyon ve Kurulun, (kararın iptali için) açılan davada uyumlu eylemlerin varlığını ispatlaması gerekir. Uyumlu eylemlerin ispatlanmış sayılması için en başta, teşebbüslerin arasındaki bağlantının, buna istinat eden paralel davranışların ve bu yolla rekabetin sınırlandığının ispatlanması gerekmektedir. Bunun yanında bazı durumlarda teşebbüslerin rekabeti sınırlama amacı ile hareket ettiğini göstermek de (aynca paralel davranışların varlığını göstermeye gerek kalmaksızın ispat faaliyetinin başarıyla tamamlanmış sayılması için) yeterlidir.

11. Paralel davranışların ispatı, yalnızca bir koşul vakasının ispatı olarak algılanmamalıdır. Uyumlu eylemlerin bağlantı unsurunun ispatındaki güçlük ve rekabet ihlallerinde uyumlu eylemlerin eylem yönünün doğal olarak ön plânda olması dikkate alındığında, paralel davranışların ispatının uyumlu eylemlerin ispatında özel bir önem taşıdığı görülmektedir.

Ancak paralel davranışların varlığı tek başına uyumlu eylemlerin ispatlanmış sayılması için yeterli görülmez. Zira paralel davranış, uyumlu eylemden daha geniş bir kavramdır ve pazarda görülen her paralellik uyumlu eylemler vardır anlamına gelmez. Bir başka deyişle, teşebbüsler arasında bir bağlantı olmadan da pazarda paralel politikalar izlenebilir. Nitekim paralel davranışlar, oligopole özgü paralellik olarak nitelendirildiğinde bağlantıdan başka bir nedene dayandırılmış olur.

Bu bakımdan, oligopole özgü paralelliklerin görülmesi ihtimalinin düşük olduğu piyasalarda, paralel davranışlar (sadece ispatlanmış bir koşul vakıa olmaktan bir adım öteye geçerek) uyumlu eylemlerin varlığına kuvvetli emare teşkil ederken, aksi durumda uyumlu eylemlerin varlığı için ancak basit emare olarak değerlendirilebilir.

Nitekim gerek Amerikan gerekse Türk ve AB hukuklarında paralel davranışlar tek başına uyumlu eylemlerin ispatlanmış sayılması için yeterli görülmemektedir. Amerikan hukukunda bunların yanında bazı ek faktörlerin varlığı aranmakta, AB hukukunda pazarın normal şartlarına uygunsuz bir durumun olup olmadığı araştırılmaktadır. Türk hukukunda ise uyumlu eylemler karinesi olarak adlandırılan kanunî bir karine getirilmek suretiyle sorun çözümlenmeye çalışılmıştır. Uyumlu eylem karinesi, AB rekabet hukukundaki pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütünün Türk hukukundaki karşılığıdır. Bu ikisi arasında esaslı bir fark yoktur. Şu hâlde gerek Türk gerekse AB hukukunda, teşebbüslerin davranışları, pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açıcı bir özellik taşıdığı takdirde uyumlu eylemler ispatlanmış olacaktır.

12. Paralel davranış belirlendikten sonra bunlardan uyumlu eylemlere varılmasını sağlayacak ek emarelerin arandığı dikkate alındığında, emarelerin özellikle bağlantının ispatındaki güçlükleri aşmak için kullanıldığı görülmektedir. Gerçekten de, uyumlu eylemlerin doğası gereği, bağlantının doğrudan ispatı önemli güçlükler arz eder.

Bu nedenlerle uyumlu eylemlerin ispatında bağlantıya ilişkin ortaya konan çeşitli vakıalar, paralel davranışların yanında ek emare olarak kullanılabilir, paralel davranışlarla birlikte olduğunda uyumlu eylemlerin doğrudan ispatını mümkün kılmakta ya da paralel davranışlar olmadan da uyumlu eylemlerin varlığına ulaşmaya imkân verebilmektedir. Bu sonucusuna örnek olarak, AB hukukunda amaç açısından rekabeti sınırlayıcı görülebilen bilgi değişimleri verilebilir.

13. Komisyon/Kurul tarafından yürütülen ispat faaliyeti, aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak derecede uyumlu eylemlerin varlığına kanaat getirildiğinde tamamlanmış olur. Böylece teşebbüslerin aksini ispat faaliyeti başlar.

AB hukukunda, Komisyonun bağlantıya ilişkin yeterli delil bulamayıp, bazı ek emare ve ölçütlerle desteklenmiş paralel davranışların varlığından dolayı uyumlu eylemlerin gerçekleştiğine kanaat getirdiği durumlarda, teşebbüslerin paralel davranışları için uyumlu eylemlerden başka (buna alternatif) bir neden göstermeleri, ihlâl iddiasının aksini ispatlamış sayılmaları için yeterlidir. Esasen, uyumlu eylemlerin ispatı için aksi yönde hiçbir makul şüphenin kalmaması gerektiğinden, paralel davranışlara makul bir izah getiren kolayca görülebilir (varlığı aşikâr) alternatif nedenleri ihtimal dairesinden çıkarmadan Komisyonun ispat faaliyeti tamamlanmış da sayılmaz. Görülebilir alternatif nedenler olarak adlandırılacak, paralel davranış için uyumlu eylemlere alternatif makul bir açıklama getiren bu nedenlerin başında, oligopolistik bağımlılık gelir.

Bağlantı ispatlandıktan ya da paralel davranışların yanında bağlantının varlığına dair yeteri derecede kanaate ulaşıldıktan sonra uyumlu eylemlerin gerçekleştiğine karar verildiği durumlarda ise teşebbüslerin paralel davranışlar için alternatif bir nedenin olduğunu göstermeleri yetmez. Bunun yanında bağlantının paralel davranışlara neden olmadığını ya da bağlantıyı gösterdiği kabul edilen vakıaların iddia edildiği gibi gerçekleşmediğini ispat etmeleri gerekir.

Türk hukukunda, uyumlu eylemlere ilişkin kurtuluş beyyinesi ile alternatif nedenin ispatı teşebbüslere yüklenmiş olmaktadır. Ancak Kurulun uygulamasında da olduğu gibi, karine sonucuna dayanabilmek için, görülebilir alternatif nedenlerin

çürütülerek tam kanaate ulaşılmış olması gerekir. Bu bakımdan, paralel davranışların oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanma ihtimali çürütülmeden, karine gerekçe gösterilerek uyumlu eylemlerin varlığına karar verilmemelidir.

Uyumlu eylemler karinesi, paralel davranışlardan hareket ederek uyumlu eylemlere varılmasını sağlayan bir karinedir. Dolayısıyla bağlantının ispatı ile ilgili yukarıda söylenenler açısından, Türk hukuku ile AB hukuku arasında bir fark bulunmamaktadır.

14. İspat faaliyetinin tamamlanarak rekabetin sınırlandırıldığına karar verilmesinin kamu hukuku ve özel hukuk alanında birtakım sonuçları vardır.

İhlâlin kamu hukuku alanındaki sonuçları esasen iki kategori altında incelenebilir. Bunlardan ilki, Kurulun teşebbüslerden (ve teşebbüs birliklerinden) belirli bir şekilde davranmasını isteyebildiği kararlardır ki uyulması zorunlu olduğu için bunları yapma-yapmama emirleri olarak adlandırmak da mümkündür. İhlâlin kamu hukuku alanındaki daha önemli sonucu ise, rekabeti sınırlayan teşebbüslerin idarî para cezasına çarptırılmasıdır.

Rekabetin ihlâl edilmesinin özel hukuk alanındaki sonuçları, RKK'nın beşinci kısmında düzenlenmiştir.

Uyumlu eylemler medenî hukuk anlamında haksız fiillerdir. Bunlar, öncelikle RKK m.4 gereği hukuka aykırı ve yasaktır.

Haksız fiillere ilişkin kurallara tâbi olması itibarıyla, muafiyet kurumu uyumlu eylemler için hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerdendir.

Uyumlu eylemlerden dolayı teşebbüslerin başkalarına verdikleri zararlardan sorumluluğu kusur esasına dayanır. Bağlantının varlığı, kural olarak, kusurun da varlığı anlamına gelir.

15. RKK m.57'nin açık hükmü gereği, uyumlu eylemlerden zarar görenlere tazminat talep hakkı tanınmıştır.

Rekabetin sınırlandırılmasından zarar görenler iki tür tazminat talep edebilirler. Bunlardan ilkinin, teşebbüslerin tespit edilen zararları tutarında ödendiği için misli tazminat; ikincisini ise, tazminat miktarı, zararın üç katına kadar çıkabildiği için zararı aşan tazminat olarak adlandırmak mümkündür.

Zararı aşan tazminatın azami haddi meydana gelen zararın üç katı olup, hâkim, somut olayın özelliklerine göre ödenecek tazminat miktarını tayin eder.

İstisnasız üç katına hükmedilmek yerine, hâkime bu konuda takdir hakkı tanıyan bir yorum, zararı aşan tazminatın sakıncalarını azaltacağı için de isabetli olacaktır.

Aslında geniş açıdan bakıldığında, tazminat davalarının sadece tarafların çıkarlarına değil, rekabetin korunmasına da hizmet ettiği görülmektedir.

16. Son olarak şu noktaların vurgulanmasında yarar vardır:

-Kapsamı açısından uyumlu eylemler, anlaşma ya da teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilemeyen tüm danışıklı faaliyetler için gündeme gelir. Anlaşma ve birlik kararları, teşebbüslerin hukukî açıdan ya da hukuk dışı bir nedenle kendilerini bağlı hissettikleri ilişkileri kapsadığına göre, bağlayıcı nitelikte olmayan tüm teşebbüs ilişkileri bağlantı olarak değerlendirilmeye adaydır.

-Rekabet hukukundaki düzenlenme amacı ve bununla bağlantılı misyonu açısından uyumlu eylemler, teşebbüslerin bağımsız karar almasını engelleyen ve bu durumdan teşebbüslerin sorumlu tutulabileceği her türlü ilişkiyi rekabet kurallarının denetime tâbi tutmak için kullanılabilir. Pazarın yapısından, devletin piyasalara müdahalesinden ya da başka bir nedenden dolayı, rekabet açısından sakıncalı durumun sorumluluğunun teşebbüslere yüklenemediği hâller, serbest rekabet ilkesinden özünü alan bağımsız karar alma ilkesine aykır görülmediği ya da bu ilkenin istisnalarını oluşturdukları için uyumlu eylemler kapsamına da sokulamaz.

-Uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı ve buna uygun yumuşak dokusu, onun esaslı unsurları gerçekleşmeden önce ve fakat o kullanılarak, teşebbüslerin bazı faaliyetlerine müdahale edilmesini sağlayacak ilkeler konmasına dahi müsaittir. Örneğin beklenebilirlik ilkesi yoluyla, belirli durumlarda, paralel davranışların görülmesi beklenmeksizin rekabet kurallarının ihlâl edildiğine hükmedilebilir. Bu noktadaki vazgeçilmez sınır, bireylerin tâbi oldukları kuralları, -en azından- onlara uyacak kadar anlayabilecekleri bir açıklık ve belirliliğin sağlanması ve korunmasıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

- Akıncı, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.
- Akıncı, M.: Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul 1999 (Atıf şekli: Akıncı, M.,...).
- Alangoya, H.Y.: Medenî Usul Hukuku Esasları, 3. bası, İstanbul 2003.
- Albach, H/Jin, J.Y/Schenk, C. (eds): Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, Berlin 1996, s.7-12.
- Altvater, C.: Kartellbildung durch Abstimmung?, Frankfurt am Main 1997.
- American Bar Association: Antitrust Handbook: Contract, Combination and Conspiracy, 1958, s.119 vd.
- Antunes, L.M.P.: Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is The Distinction Relevant?, in: Yearbook of European Law (11) 1991, ed. Barav.AWYatt, D.A., Oxford 1992, s.57-77.
- Ardiyok, Ş.: Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara 2002.
- Areeda, P./ Kaplow, L.: Antitrust Analysis, 5. ed., New York 1997.
- Arkan, S.: Ticarî İşletme Hukuku, 5. baskı, Ankara 1999.
- Arslanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumî Hükümler, 3. bası, İstanbul 1960.
- Aslan, İ.Y.: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992. (Kısaltma: Avrupa hukuku).
- Aslan, İ.Y.: Rekabet Hukuku, Bursa 1997 (Kısaltma: Türk hukuku).
- Aslan, İ.Y.: Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, Rekabet Der., 2/2000, s. 3-37 (Kısaltma: BİAK).
- Atalay, O.: Emare İspatı, Manisa Barosu Der., 70/1999, s.7-22 (Kısaltma: Emare ispatı).

* Burada, birden fazla atıf yapılmayan ve başka yazarlardan naklen aktarılan kaynaklara yer verilmemiştir.

- Atalay, O.; Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001 (Kısaltma: Menfi vakıaların ispatı).
- Axter, O.: Das Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens in § 25 Abs. 1 der Zweiten Novelle des GWB, WuW 9/1973, s.605-619.
- Azcuenega, M.L: Price Surveys, Benchmarking and Information Exchanges, in: Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, eds. Albach,H/Jin, J.Y/Schenk,C., Berlin 1996, s. 37-50.
- Azrak, A.Ü.: Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar (Tebliğ), Sempozyum kitapları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 5 Kasım 2001, s.19-27.
- Badur, E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Ankara 2001.
- Bael, I.V./Bellis, J-F.: Competition Law of the European Community, 3. ed., Oxfordshire 1994.
- Bahntje, U.: Gentlemen's Agreement und abgestimmtes Verhalten, Diss., Athenäum 1982.
- Baker, J.: Combinations and Conspiracies- Is There a Difference?, Antitrust Bulletin, 14/1969, s.71 vd.
- Barlas, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- Baştuğ, İ/Erdem, E.: Ticari İşletme hukuku, Ders Notları, Ankara 1993
- Beeser, S.: Strategische Allianzen im EU-Wettbewerbsrecht, Diss., Hallstadt 1995.
- Bellamy, C./Child G.: Common Market Law of Competition, 4. ed., London 1993.
- Benisch, W. (Hrsg.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen and europäisches Kartellrecht-Gemeinschaftskommentar, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1999 (Atıf şekli: Yazar adı, in: GK,....).
- Blackburn, J.D./ Klayman, E.I./Malin, M.H.: The Legal Environment of Business, 4. ed., Boston 1991.
- Bleckmann, A. (Hrsg.): Europarecht, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997 (Atıf şekli: Yazar adı, in: Bleckmann,....).

- Bleecham, M.: Conscious Parallelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Sherman Laws, New York Law School Law Rev. 24/1979, s.819-905.
- Bott, H.: Zwischenbetriebliche Kooperation und Wettbewerb, Diss., Köln 1967.
- Braakman, A.J/Dutilh, N: The Application of Articles 85&86 of The EC Treaty by National Courts in The Member States, Brussels 1997.
- Bruckner, V.: Die Abgrenzung zwischen einseitigen Maßnahmen und kooperativen Verhaltensweisen im amerikanischen und europäischen Recht der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen: Analyse und Vergleich der Rechtslage, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2002.
- Bryan, J.W.: The Development of the English Law of Conspiracy, London 1970.
- Bunte, H-J.: Kartellrecht, München 2003 (Kisaltma: Kartellrecht).
- Bunte, H-J: Empfehlungen im europäischen Kartellrecht, in: Festschrift für Ulrich Everling, Band I, Baden-Baden 1995, s.163-179. (Kisaltma: Empfehlungen).
- Card, R.: Introduction to Criminal Law, 10. ed., London 1984.
- Chamberlin, E.H.: The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge 1948.
- Chang, Y.: Abgestimmtes Verhalten im amerikanischen, europäischen und deutschen Kartellrecht, Diss., München 1992.
- Clerk, J.F/Lindsell, W.H.B.: Clerk & Lindsell on Torts, 17. ed., London 1995.
- Collins, W.D./Sunshine, S.C.: Is Private Enforcement Effective Antitrust Policy, in: Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law, ed. Slot, P.J./McDonnell, A., London 1993, s.50-60.
- Corley, R.N/ Shedd, P.J.: Fundamentals of Business Law, 5. ed., Prentice Hall 1990.
- Daig, H-W.: Zum Begriff "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" nach Art. 85 EWG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung des "Zuckerurteils" des EuGH vom 16.12.1975, EuR, 3/1976, s. 213-236.
- Dashwood, A./Guy, D/Laddie, H./Leigh, G.I.F.; Competition and Industrial Property, The Sugar Industry Marathon, European Law Rev., vol.1, London 1976, s. 481-499.

- Dausies, M.A. (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, München 2003 (Atrif şekli: Yazar adı, in: Dausies,....).
- Deringer, A.: Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst Durchführungs-Verordnungen und Richtlinien, Düsseldorf 1962.
- Developments in Law: Criminal Conspiracy, Harvard Law Rev., vol. 72, 1958/59, s.922 vd.
- Diekmann, E.: Abgestimmte Verhaltensweisen und Conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht, Diss., Göttingen 1971.
- Dietl, C.E/Moss, A.A./Lorenz, E.: Dictionary of Legal, Commercial and Political Terms/Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik, English-Deutsch, Newyork, München 1985.
- Domaniç, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I, İstanbul 1988.
- Dow, P.E.: Criminal Law, Monterey 1985.
- Ege, Y.: Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet, Rekabet Der., Sa. 9, s. 3-19, www.rekabet.gov.tr/dergi.html (24.11.2004).
- Ehle, D.: Verbot von Empfehlungen und aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen nach nationalem und EWG-Kartellrecht, NJW 1964, s.1593 vd.
- Emmerich, V.: Fälle zum Wahlfach Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 1981 (Kısaltma: Fälle).
- Emmerich, V.: Kartellrecht, 9. Aufl., München 2001 (Kısaltma: Kartellrecht).
- Ennecerus, L./Nipperdey, H.C.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband II, 15. Aufl., Tübingen 1960.
- Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003.
- Eryürekli, P.P.: Avrupa Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetimi (Merger Control), Ankara 1999.
- Esin, A.: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.

- Esser, J/Schmidt, E.: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984.
- Etter, B.: The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance, *World Competition*, 23/2000, s. 103-139.
- Faull, J./Nikpay, A.: *The EC Law of Competition*, London 1999.
- Feldkamp, H-M.: Statistische Marktinformationsverfahren und das europäische Kartellrecht, *EuZW*, 20/1991, s. 617-622.
- Fikentscher, W.: *Wirtschaftsrecht*, Band I-II, München 1983.
- Fisk, M./Mietus, N.J./ Snapp, J.C.: *Applied Business Law*, 10. ed., Cincinnati 1970.
- Gabriel, S.L.: Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter wettbewerbspolitischem Aspekt, *WuW*, 1961, s. 802-812.
- Gassner, U.: *Grundzüge des Kartellrechts*, München 1999.
- Girsch, B.: *Fusionskontrolle in konzentrierten Märkten*, Wien 2002.
- Glassen, H/von Hahn, H/ Kersten, H-C/Rieger, H. (Hrsg.): *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Köln 2001 (Atıf şekli: Yazar adı, in: Glassen/von Hahn/Kersten/ Rieger,...).
- Gleiss, A.: Der Begriff der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" in Art. 85 EWG-Vertrag, *WuW* 1964, 485 vd.
- Gleiss, A./Hirsch, M.: *Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band I*, bearbeitete von Hirsch, M./Burkert, T.O.J., 4. Aufl., Heidelberg 1993,
- Goyder, D.G.: *EC Competition Law*, 3. ed., Oxford 1998.
- Grabitz, E. (Hrsg.): *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München 1992 (Atıf şekli, Yazar adı, in: Grabitz,...).
- Green, N.: Evidence and Proof in E.C. Competition Cases, in: *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, ed. by Slot, P.J./ McDonnell, A., London 1993, s.127-143.
- Gürzumar, O.B.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, *Rekabet Der.*, Sa. 12, s.3-77, www.rekabet.gov.tr/dergi.html (24.11.2004).

- Gwartney, J.D./Stroup, R.L.: *Microeconomics Private and Public Choice*, 6. ed., San Diego 1992.
- Gyselen, L.: *The Commission's Fining Policy in Competition Cases-"Questo è il Catalogo"*, in: *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, ed. by Slot, P.J/McDonell, A., London 1993, 63-75.
- Hailbronner, K/ Klein, E/Siegfried, M/ Müller-Graff, P-C. (Hrsg.): *Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union*, Köln 1994 (Atif şekli: Yazar adı, in: Hailbronner/Klein/Siegfried/Müller-Graff,...).
- Hay, G.A.: *The Meaning of "Agreement" under the Sherman Act: Thoughts from the "Facilitating Practices" Experience*, *Rev. of Industrial Organization*, 16/2000, s.113-129 (Kısaltma: Agreement).
- Hay, G.A.: *Practices that Facilitate Cooperation: The Ethyl Case*, in: *The Antitrust Revolution*, ed. Kwoka, J.E. Jr/ Lawrence, J.W., 3 rd ed., Oxford 1989, s. 183-207 (Kısaltma: Ethyl Case).
- Hefermehl, W.: *Risikobeschränkung durch abgestimmte Verhaltensweisen*, BB., 1972, 1469 vd.
- Hempel, R.: *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, Baden-Baden 2002.
- Henrichs, H.: *Die "conscious parallelism" Doktrin des US-Antitrustrechts und der Begriff "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" in Art. 85 EWG-Vertrag*, WuW, 1965, s. 95-105.
- Herdegen, M.: *Europarecht*, 5. Aufl., München 2003.
- Hirsch, E.E.: *Kontrolle wirtschaftlicher Macht*, Bern 1958.
- Holdsworth, W.: *A History of English Law*, vol.III, London 1973.
- Holmes, W.C.: *Antitrust Law Handbook*, New York 1993.
- Hopmann, E.: *Preismeldestellen und Wettbewerb*, WuW, 1966, 97 vd.
- Höfer, H.: *Abgestimmtes Verhalten- ein Zentralproblem der Wettbewerbspolitik*, Köln 1978.
- Immenga, U./Mestmäcker, E-J. (Hrsg.): *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB Kommentar*, 3. Aufl., 2001 [Atif şekli: Yazar adı, in: Immenga/Mestmäcker (GWB),...].

- Immenga, U./Mestmäcker, E-J. (Hrsg.): EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, München 1997 [Atrf şekli: Yazar adı, in: Immenga/Mestmäcker (EG),....].
- İkizler, M.: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul 2001, s. 233-277.
- İnan, N.: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s.597 (Kısaltma: Adli mahkemelerin rolü).
- İnan, N.: Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu (5 Kasım 1999), Rekabet Kurumu yayını, Ankara 1999, s.129 vd. (Kısaltma: Sempozyum).
- Jentz, G.A/Miller, R.L/Cross F.B/ Clarkson, K.W.: West's Business Law, 4. ed., St. Paul 1997.
- Jones, A.: Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?, ECLR, 6/1993, s.273-279.
- Joshua, J.M.: Proof in Contested EEC Competition Cases, A Comparison with the Rules of Evidence in Common Law, EL Rev. 12/1987, s. 315-353.
- Karayalçın, Y: Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, 3. baskı, Ankara 1968.
- Karluk, R.: Avrupa Birliği ve Türkiye, 6. baskı, İstanbul 2002.
- Kaysen C./Turner, D.F.: Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge 1959.
- Kaysen, C.: Collusion under the Sherman Act, Quarterly Journal of Economics, 65/1951, s. 263 vd.
- Kecht, W.: Kartellrecht, Österreich und EU, Eine Einführung, Wien 1995.
- Kekevi, G.: Kolaylaştırıcı Eylemler Bağlamında Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Der., 8/2001, s. 60-113.
- Konuralp, H.: İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.
- Korah, V.: Concerted Practices, The Modern Law Rev., 36/1973 (Kısaltma: Concerted Practices).
- Korah, V.: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 7. ed., Oxford 2000 (Kısaltma: Competition).

- Köksal, T.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İhisar Hakları, Ankara 2002.
- Kunter, N/Yenişey, F.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi hukuku, Birinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri, 12. bası, İstanbul 2002.
- Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. baskı, Cilt II, İstanbul 2001.
- Kuru, B/Arslan, R/Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, 9. baskı, Ankara 1997.
- Kühn, K-U/Vives, X: Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition, Brussels-Luxembourg 1995.
- Lane, R.: EC Competition Law, London 2000.
- Langen, E./Bunte, H-J. (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band I, 8. Aufl., Neuwied 1998 (Atıf şekli: Yazar adı, in: Langen/Bunte,...) ve aynı eser, Band II, 9. Aufl., Neuwied 2001 (Atıf şekli, Yazar adı, in: Langen/Bunte, ...).
- Law&Commercial Dictionary in Five Languages, A-J, ed. by West Publishing Company, St. Paul 1985.
- Leach, T. J.: Civil Conspiracy: What's the Use?, University of Miami Law Rev., 1/1999, s.1 vd.
- Leone V.M/Petriccione R.M: Recent Developments Concerning Exchange of Information, EL Rev., 13/1988, s.196-213.
- Linder, L.: Privatklage und Schadenersatz im Kartellrecht, Baden-Baden 1980.
- Lipps, W.: Kartellrecht, 3. Aufl., Berlin 1982.
- Low, P.W.:Criminal Law, St. Paul 1984.
- Low, P.W/Jeffries, Jr.J.C/Bonnie, R.J.:Criminal Law, Cases and Materials, 2. ed., Mineola 1986.
- Loy, C.: Die Entwicklung des amerikanischen Antitrustrechts –Ein kurzer Überblick-, in: Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart, hrsg. von Hans Pohl, Stuttgart 1985, s. 318-325.

- Lusk H.F/ Hewitt, C.M/ Dornell, J.D/ Barnes, A.J.; Business Law, 3. ed., Ontario 1974.
- Lübbert, H-D.: Das Verbot abgestimmtes Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, Diss., Hamburg 1975.
- Machlup, F.: Die Formen und Grade der Kollusion, in: Theorie und Praxis der Kartelle, hrsg. von Barnikel, H-H., Darmstadt 1972, s.295 vd.
- Mailänder, K.P.: Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Karlsruhe 1964.
- Mann, T.: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ, 17/2002, s. 819-826.
- Marx, T.: Zum Nachweis aufeinander abgestimmten Verhaltens, BB., 7/1978, s.331-337.
- Mathijsen, R.S.: A Guide to European Community Law, London 1985.
- Monti, G.: Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly?, or Enforceable Competition?, World Competition, 19/1996, s.59-102.
- Möhring, P: Abgestimmtes Verhalten im Kartellrecht, NJW, 18/1973, s.777-782.
- Neale, A.D/ Goyder, D.G.: The Antitrust Laws of The USA, 3. ed., Cambridge 1980.
- Novshek,W.: Directions for Research in Information Sharing, in: Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, eds. Albach,H/Jin, J.Y/Schenk,C., Berlin 1996, s. 13-26.
- OECD (Organization for Economic Co-operation and Development)/World Bank: A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, Washington 1998,
- OECD: Oligopoly, 1999, DAFFE/CLP(99)25, www.oecd.org/dataoecd/35/34/1920526.pdf (20.07.2004).
- Oğuzman, M.K./Öz, M.T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. bası, İstanbul 2000.
- Oppenheim, S.C/Weston, G.E/McCarthy, J.T.: Federal Antitrust Laws, 4. ed., St. Paul 1981.

- Ovacık, M.: İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara 1986.
- Oxford Dictionary of Law, London 1997.
- Öz, G.A.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- Özsunay, E.: Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul 1976 (Kısaltma: Karşılaştırmalı Hukuk).
- Özsunay, E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985 (Kısaltma: Kartel).
- Özsunay, E.: Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Şubat 2000, s.41-69 (Kısaltma: Perşembe konferansı).
- Öztürk, B./Erdem, M.R/Özbek,V.Ö.: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. baskı, Ankara 2003,.
- Palandt, O. (Hrsg.): BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, 60. Aufl., Bremen, Göttingen, Karlsruhe, Lübeck, München 2001 (Atıf şekli: Yazar adı, Palandt BGB,....).
- Parasız, İ.: Rekabet Ekonomisi ve Düzenlemeler, Bursa 2001.
- Pekcanitez, H/Atalay, O/Özekes, M: Medenî Usul Hukuku, 2. baskı, Ankara 2001.
- Perkins, R.M/Boyce, R.N.: Criminal Law, 3. ed., Mineola 1982.
- Pollock, F/Maitland, F.W.:The History of English Law, Before the Time of Edward I, 2. ed., vol.I, Cambridge 1988.
- Poroy, R/Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 9. bası, İstanbul 2001.
- Posner, R./Easterbrook, F.H.: Antitrust, Cases, Economic Notes and Other Materials, 2. ed., St. Paul 1981.
- Posner, R.: Oligopoly and the Antitrust Laws, A Suggested Approach, Standford Law Rev. 21/1969, s. 1562-1576.
- Power, V.: Competition Law and Practice, Dublin 2001.
- Prosser, W/Keeton, W.P/Dobbs, D.B/Keeton, R.E/Owen, D.G.: Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. ed., St. Paul 1984.

- Rahl, J.: Conspiracy and the Antitrust Laws, Illinois Law Rev., 44/1950, s.743 vd.
- Ranieri, P.: Europäisches Obligationenrecht, Lehr- und Textbuch, Wien 1999.
- Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 13. baskı, İstanbul 1999.
- Riesenkampff, A./Lehr, S.: Membership of Professional Associations and Article 85 of the EC Treaty, World Competition, 4/1996, s. 57-68.
- Ris, M.: The European Community Rules on Competition: The Concerted Practices Doctrine, Boston College International and Comparative Law Rev. 2/1990, s.465-481.
- Ritter, L./Braun, W.D./Rawlinson, F.: EEC Competition Law, A Practitioner's Guide, Deventer/the Netherlands 1991.
- Rittner, F.: Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, Karlsruhe 1981.
- Rodger, B.S./MacCulloch A.: Competition Law and Policy, 2. ed., London 2001.
- Ruge, D.: Begriff und Rechtsfolgen des gleichförmigen Unternehmerverhaltens in Europa und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Köln/Berlin/München/Bonn 1968 (Kısaltma: gleichförmiges Unternehmerverhalten).
- Ruge, D.: Zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise im Kartellrecht, BB. 27/1970, s.1148-1150 (Kısaltma: abgestimmtes Verhalten).
- Sandrock, O.: Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, WuW, 1971, s.585 vd.
- Sanlı, K.C.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.
- Sanlı, K.C.: Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003, s. 211-276 (Kısaltma: Sempozyum).
- Sanz, F.C: Information Exchange Mechanisms and EC Antitrust Policy, in: Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, eds. Albach,H/Jin, J.Y/Schenk,C, Berlin 1996, s.27-36.

- Sauter, H.: Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen (§ 25 GWB), Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, 66/1973, s. 684 vd.
- Scaletta, P./Cameron G.D.; Foundations of Business Law, 2. ed., Boston 1990.
- Schmidt, K.: Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht, Köln 1977.
- Schröter, H/Jakob, T/Mederer, W. (Hrsg.): Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003 (Atif şekli: Yazar adı, in: Schröter/Jakob/Mederer,...).
- Schumann, C.: Empfehlungen im deutschen und EG-Kartellrecht: Die Zulässigkeit von kartellrechtlich relevanten Empfehlungen nach Art.85 EG-Vertrag im Vergleich zur Reichweite der Empfehlungsverbote in §38 GWB, Berlin 1998.
- Schwarze J. (Hrsg.): EU-Kommentar, Baden-Baden 2000 (Atif şekli: Yazar adı, in: Schwarze,).
- Smith, J.C/ Hogan, B: Criminal Law, 6. ed., London 1988.
- Soames, T.: An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?, ECLR, 1/1996, s. 24-39.
- Statsky, W.P.: Torts: Personal Injury Litigation, Minneapolis 1982.
- Staudinger J. (Hrsg.): J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Buch, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Berlin 1996 (Atif şekli: Yazar adı, in: Staudinger,...).
- Stevens, D.: Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of EC and US Competition Law, in: Yearbook of European Law (15) 1995, ed. Barav.AWyatt, D.A., Oxford 1997, s. 47-78.
- Streinz, R. (Hrsg.): EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003 (Atif şekli: Yazar adı, in: Streinz,...).
- Sullivan, L.A.: Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul 1977.
- Tan, T.: Bağımsız İdari Otoriteler, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Ocak 2000, s.3-32.

- Taşpınar, S.: Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağıtılmasındaki Rolü, AÜHFD, 1-4/1996, s.534-573.
- TDK.: İngilizce-Türkçe Sözlük, (hazırlayan: Hâmit Atalay), Ankara 1999 (Kısaltma: İngilizce-Türkçe Sözlük).
- TDK.: Türkçe Sözlük, Ankara 1988 (Kısaltma: Türkçe Sözlük).
- TDK.: Yabancı Kelimelere Karşılıklar, Ankara 1995 (Kısaltma: Yabancı Kelimelere Karşılıklar).
- Tekinalp, G./Tekinalp, Ü./Atamer, Y.M/Oder, B.E/Oder, B/Okutan, G.: Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000 [Atıf şekli: Yazar adı, (Tekinalp/Tekinalp),...].
- Tekinalp.G.: Uyumlu Eylemler Kavramı, Prof. Dr Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, 201-207.
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Alttop, A.: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. baskı, İstanbul 1993.
- Topçuoğlu, H.: Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), İzmit 1950 (Atıf Şekli: Topçuoğlu, H.,...).
- Topçuoğlu, M.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, AÜHFD., Cilt: 50, 4/2001, s.129-171. (Kısaltma: Teşebbüs Birlikleri).
- Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001 (Kısaltma: Rekabet).
- Topke, U-P.: EEC Competition Law, Newyork 1982.
- Treitel, G.H.: The Law of Contract, 10. ed., London 1999.
- Treuman,W/Peltzer, M/Kuehn, A.M.: US-Amerikanisches Wirtschaftsrecht/US Business Law, 2 Aufl., Köln 1990.
- Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 6. bası, İstanbul 1976.
- Turner, D.F.: The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Rev., 75/1962, s. 655-706.
- Türkkın, E.: Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001.
- Ulmer, P.: Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, Karlsruhe 1972.

- Ulusoy, A.: Bağımsız İdari Kurumlar, Danıştay Der., 100/1999, s.3 vd. (Kısaltma: Danıştay Der.).
- Ulusoy, A.: Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003 (Kısaltma: Bağımsız İdari Otoriteler).
- Ulusoy, A.: Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Kasım 1999. s.3-30. (Kısaltma: Perşembe konferansı).
- Umar, B/Yılmaz, E.: İspat Yükü, 2. bası, İstanbul 1980.
- van Gerven G./Varona E.N.: The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, CMLR, 31/1994, s. 575-608.
- von Beseler D./ Jacobs-Wüstefeld, B.: Law Dictionary, English-German, 4. ed, Berlin/Newyork 1986.
- von Gamm, O-F. F.: Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Art. 85, 86 EWGV, 2. Aufl., Köln 1990.
- von Groeben, H/Thiesing, J/Eklermann, G. (Hrsg.): Kommentar zum EG-Vertrag, 4. Aufl., Baden-Baden 1991 (Atıf şekli: Yazar adı, in: von Groeben/Thiesing /Eklermann,...).
- Whish, R.: Competition Law, 4. ed., London 2001.
- Wils, W.P.J: The Undertaking as subject of EC Competition Law and The Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons, EL Rev., 2/2000, s.99-116.
- Witter, C.: Abstimmungsverbot und strategisches Parallelverhalten im Wettbewerbsrecht, Wiesbaden 1999.
- Yıldırım, M.K.: Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz, E.: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Usul ve İspat Sorunları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Kasım 1999, s. 79-130.
- Yurtcan, E.: Ceza Yargılaması Hukuku, 9. baskı, İstanbul 2002.

- Yüksel, O.Y.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2004.
- Wessely, T. W.: Case C-49/92P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, [1999] ECR I-4287; Case C-235/92P, Montecatini v. Commission, [1999] ECR I-4539; judgements of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases), CMLR, 38/2001, s.740-765.
- Zimmer, D.: Kartellrecht und neuere Erkenntnisse der Spieltheorie, ZHR, 154/1990, s. 470-487.



YARARLANILAN KARARLAR

I. AMERİKAN REKABET HUKUKU

- *American Column and Lumber Co. v. United States*, 227 US 377 (1921).
- *American Tobacco Co v. United States*, 328 US 781 (1946),
- *Arnold Pontiac-GMC, Inc. v. Bud Baer, Inc*, 826 F 2d 1335 (3d Cir. 1987).
- *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F. 2d 434,445, (3d Cir. 1977).
- *Cement Manufactures Protective Assn. v United States*, 268 US 588 (1925).
- *C-O-Two Fire Equip Co. v United States*, 197 F 2d 489, 497 (9th Cir. 1952) cert. denied 344 US 892, 73 S.Ct 211, 97 L.E. 690 (1952).
- *Delawsre Valley Marine Supply Co. v American Tobacco Co.*, 297 F 2d 199, 202 (3d Cir. 1961)
- *Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. US* 234 US 600 (1914).
- *Federal Trade Commission v. Cement Institute* 333 U.S. 683 (1948).
- *Grenada Lumber Co. v. Mississippi*, 217 US 433, 54 L. Ed. 826, 30 Supreme Court Rep. 535.
- *Interstate Circuit, Inc. v. United States.*, 306 U.S. 208 (1939).
- *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram&Sons*, 340 US 211, 213-214, (1951).
- *Maple Flooring Manufacturers' Assn. v United States*, 268 US 563 (1925).
- *Market Force, Inc. v Wauwatosa Realty Co.*, 1990-2 Trade Cas. (CCH) 69,094 (7th Cir. 1990)
- *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986)
- *Milgram v Loew's Inc.*, 192 F2d 579, 583 (3d Cir. 1952).
- *Moore v Jas. H. Matthews and Co.*, 473 F. 2d 328, 330 (9th Cir. 1973).
- *Nash v. United States* 229 US 373 (1913).
- *Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp.*, 392 US.134 (1968).

- **Pevely Dairy Co. v. United States**, 197 F.2d 489 (9th Cir. 1952)
- **Precision Piping and Instruments, Inc. v E.I. DuPont de Nemours and Co.**, 951 F.2d 613 (4th Cir. 1991).
- **Theatre Enterprises, Inc v. Paramount Film Distributing Corp.**, 346 US 537 (1954).
- **United States v American Linseed Oil Company**, 262 US 371 (1923)
- **United States v Container Corp. of America**, 393 US 333 (1969).
- **United States v FMC Corp.**, 306 F Supp. 1106 (E.D. Pa. 1969).
- **United States v. Addystone Pipe&Steel** 85 F 271 (6th Cir. 1819).
- **United States v. American Linseed Oil Company**, 262 US 371 (1923)
- **United States v. Container Corp. of America**, 393 US 333 (1969)
- **United States v. Griffith** 334 US 100 (1914).
- **United States v. Masonite Corporation et al**, 316 US 265 (1942)
- **United States v. Mitsubishi Corporation**, (2001), US.District Court (for the Eastern District of Pennsylvania) www.usdoj.gov.atr/cases/f7400/7480.html, 20.04.2001.
- **United States v. Singer Mfg Co.**, 374 US.174 (1963).
- **United States v. Singer Mfg. Co.**, 374 US 174 (1963).
- **Venzie Corp. v United States Mineral Products Corp.**, 521 F2d 1309 (3d Cir. 1975).
- **Winchester Theatre Co. v Paramount Film Distributing Corp.**, 324 F. 2d 652 (1st Cir. 1963)

II. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU

Adalet Divanı Kararları

- A.Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission, Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; ECR 1993, I-1307.
- ACF Chemiefarma NV v. Commission (the Quinine Cartel), Case T-41/69, ECR 1970, 661.
- BAT and Reynolds v. Commission, Cases 142, 156/84, ECR 1987, 4487.
- Belasco and others v. Commission, Case 246/86, ECR 1989, 2117.
- Bodson v. Pompes funebres des régions libérées, Case 30/87, ECR 1988, 2513.
- Brasserie De Haecht v. Wilkin Janssen, Case 23/67, ECR 1967, 407.
- Bureau National Interprofessionnel du Cognac v. Clair, Case 123/83, ECR 1985, 391.
- Corbeau, Case C-320/91, ECR 1993, I-2555.
- Centrafarm BV and others v. Sterling Drug, Case 15/74, ECR, 1974, 1147.
- Commission v. Anic Partecipazioni SpA, Case C-49/92P, ECR 1999, I-4125.
- Commission v. Italy, Case 118/85, ECR 1987, 2599.
- Compagnie Maritime Belge Transports and others v. Commission, Cases C-395, 396/96P, ECR 2000, I-1365.
- Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (GRAM) and Rheinzink GmbH v. Commission, Cases 29-30/83, ECR 1984, 1679.
- Consten and Grundig v. Commission, Cases 56 ve 58/64, ECR 1966, 299.
- Consten and Grundig v. Commission, Cases 56, 58/64, ECR 1966, 299.
- Continental Can v. Commission, Case 6/72, ECR 1973, 215.
- Coöperatieve Stresel- en Kleurselfabriek v. Commission, Case 61/80, ECR 1981, 851.
- Delimitis v. Henninger Bräu AG, Case C-234/89, ECR 1991, I-935.
- Deutsche Bahn v. Commission, Case C-436/97P, ECR 1999, I-2387.

- Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co KG., Case 78/70, ECR 1971, 487.
- EMI Records Ltd v. CBS UK Ltd, Case 96/75, ECR 1976, 811.
- Europemballage Continental Can v. Commission, Case 6/72, ECR 1973, 215.
- Geitling and others v. High Authority of the European Coal and Steel Community, Cases 13/60, ECR 1962, 83.
- Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij, Case C 393/92, ECR 1994, I-1477.
- Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvarselskab AmbA, Case C-250/92, ECR 1994, I-5641.
- Hasselblad v. Commission, Case 86/82, ECR 1984, 883.
- Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76, ECR 1979,
- Höfner and Elser v. Macrotron, Case C-41/90, ECR 1991-I, 1979;
- Hüls AG v. Commission, Case C-199/92P, ECR 1999, I-4287
- Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Case 170/83, ECR 1984, 2999.
- ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) and others v. Commission (Dyestuffs), Cases 48,49,51-57/69, ECR 1972, 619.
- Italy v. Commission, Case 41/83, ECR 1985, 873.
- Italy v. Council and Commission, Case 32/65, ECR 1966, 389.
- John Deere v. Commission, Case C-7/95P, ECR 1998, I-3111.
- Michelin v. Commission, Case 322/81, ECR 1983, 3461.
- Miller International Schallplatten v. Commission, Case 19/77, ECR 1978, 131.
- Musique Diffusion Française v. Commission, Cases 100-103/80, ECR 1983, 1825.
- New Holland Ford Ltd. v. Commision, Case C-8/95P, ECR 1998, I-3175.
- Pavlov and others v. Stichting Pensionenfonds Medische Specialisten, Case C-180-184/98, ECR 2000, I-6451.

- Pronuptia de Paris GmbH v. Proniuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Case 161/84, ECR 1986, 353.
- Remia BV and others v. Commission, Case 42/84, ECR 1985, 2545.
- SA Binon-Cie v. SA Agence et messageries de la presse, Case 234/83, ECR 1985, I-2015;
- Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission, Case 277/87, ECR 1990, I-45.
- Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA) - Kali und Salz, AbI 1973 L 217/3.
- Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm, Case 56/65, ECR 1966, 235.
- Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della Sanità, Case 283/81, ECR. 1982, 3415.
- Stichting Sigarettenindustrie and others v. Commission, Cases 240, 241, 242, 261, 262, 268, 269/82, ECR 1985, 3831.
- Suiker Unie and others v. Commission, Case C-40-48, 50, 54-56, 111 ve 114/73, ECR 1975, 1663.
- Tepea v. Commission, Case 28/77, ECR 1978, 1391.
- Tipp-Ex v. Commission, Case C-279/87, ECR 1990, I-261.
- van Landewyck v. Commission (FEDETAB), Cases 209 etc/78, ECR 1980, 3125.
- Verband der Sachversicherer (VdS) v. Commission, Case 45/85, ECR 1987, 405
- Viho v. Commission, Case C-73/95P, ECR 1996, I-5457.
- Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and others, Case 36/74, ECR 1974, 1405.
- Windsurfing, C-193/83, ECR 1986, 611.
- Wouters and others v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Case C-309/99, ECR 2002, I-1577.
- Züchner v. Bayerische Vereinsbank, Case 172/80, ECR 1981, 2021.

İlk Derece Mahkemesi Kararları

- **BASF v. Commission, Case T-4/89, ECR 1991, II-1523.**
- **Bayer v. Commission, Case T-41/96, ECR 2000, II-3383.**
- **Chemie Linz v. Commission, Case T-15/89, ECR 1992, II-1275.**
- **Deutsche Bahn v. Commission, Case T-224/94, ECR 1997, II-1689.**
- **Enichem Anic v. Commission, Case T-6/89, ECR 1991, II-1623.**
- **European Night Services (ENS) v. Commission, Cases T-374, 375, 388-94, ECR 1998, II-1341.**
- **Hercules v. Commission, Case T-7/89, ECR 1991, II-1711**
- **Hüls AG v. Commission, Case T-9/89, ECR 1992, II-499.**
- **Imperial Chemical Industries PLC v. Commission (ICI II), Case T-13/89, ECR 1992, II-1021.**
- **John Deere v. Commission, Case T-35/92, ECR 1994, II-957.**
- **NV IAZ International Belgium and others v. Commission, Cases 96-102, 104, 105, 108, 110/82, ECR 1983, II-3369.**
- **NV Limburgse Vinly Maatschappij v. Commission, Cases T-305 etc/94, ECR 1999, II-931.**
- **Rev DSM v. Commission, Case T-8/89, ECR 1991, II-1833.**
- **Rhône-Poulenc v. Commission, Case T-1/89, ECR 1991, II-869.**
- **Shell v. Commission, Case T-11/89, ECR 1992, II-757.**
- **Società Italiano Vetro v Commission, Cases T-68, 77, 78/89, ECR 1992, II-1403.**
- **Thyssen Stahl AG v. Commission, Case T-141/94, ECR 1999-3/4, II- 347.**
- **Tréfileurope Sales v. Commission, Case T-141/89, ECR 1995, II-791.**
- **Usines Gustave Bœl Sa v. Commission, Case T-142/89, ECR 1995, II-867.**
- **Viho v. Commission, Case T-102/92, ECR 1995, II-17.**

Komisyon Kararları

- Aluminium Imports from Eastern Europe, OJ 1992 L 92/1.
- Aminosäuren (Amino Acids), Abi. 2001 L 152/24.
- AOIP/Beyrard, OJ 1976 L 6/12.
- APG, OJ 1990 L 18/35.
- AROW/BNIC, OJ 1982 L 379/1.
- BDS (Bundesverband Deutscher Stahlhandel e.V.) Abi. 1980 L62/28.
- Belgian Roofing Felt, OJ 1986 L 232/15.
- BMW Belgium, OJ 1978 L 46/33.
- British Sugar plc and others, OJ 1999 L 76/1.
- Burns Tractors Ld v. Sperry New Holland, OJ 1985 L 376/21.
- Cement, OJ 1994 L 343/1.
- Centraal Stikstof Verkoopkantoor, OJ 1978 L 242/15.
- COBELPA/VNP, OJ 1977 L 242/10.
- Deutsche Philips, OJ 1973 L 217/34.
- Fatty Acids (Fettsäuren), OJ 1987 L3/17.
- Fenex, OJ 1996 L 181/28.
- Fire Insurance, OJ 1985 L 35/20.
- Flat Glass, OJ 1989 L33/44;
- *FLORAL*, Abi. 1980 L 039/5.
- Franco-Japanese Ball-bearings, OJ 1976 L 343/16.
- Hasselblad , OJ 1982 L 161/18.
- Johnson&Johnson, OJ 1980 L 377/16.
- Karton (Cartonboard), Abi. 1994 L 243/1.
- Kawasaki, OJ 1979 L 16/9.
- LdPE, OJ 1989 L 74/21.

- National Panasonic, OJ 1982 L 354/28.
- Nutricia, OJ 1982 L 376/22.
- Pioneer, OJ 1980 L 60/21.
- Polypropylene, OJ 1986 L 230/1.
- Pre-Insulated Pipes, OJ 1999 L 24/1.
- PVC, OJ 1989 L 74/1.
- PVC II, Abl. 1994 L 239/14.
- Re Nuovo CEGAM, OJ 1984 L 99/29.
- Stichting Sigarettenindustrie, OJ 1982 L232/1.
- Tipp-ex, OJ 1987 L222/1
- UK Agricultural Tractor Registration Exchange, OJ 1992 L 68/19.
- van den Bergh Foods OJ 1998 L 246/1.
- Viho/Toshiba, OJ 1991 L287/39.
- Welded Steel Mesh, OJ 1989 L 260/1.
- Woodpulp, OJ 1985 L 85/1.
- World Cup Tickets, OJ 1992 L136/31.
- X/Open Group, OJ 1987 L35/36.
- Zinc Producer Group, OJ 1984 L 220/27.

III. TÜRK REKABET HUKUKU

Rekabet Kurulu Kararları*

- ASKİ, K. Sa.: 01-12/114-29, K. T.: 13.3.2001.
- BİAK, K. Sa.:99-13/99-40, K. T.: 04.03.1999.
- ÇAYKUR, K. Sa.: 01-06/46-11, K. T.: 30.1.2001.
- Ege Çimento, K. Sa.: 99-30/276-166 (a), K.T.: 17.6.1999.

* RK kararlarına www.rekabet.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

- EMO, K. Sa.:53/384-44, K.T.:19.02.1998.
- Eti, K. Sa.: 00-1/2-2, K.T.: 4.1.2000.
- Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, K. Sa.: 00-24/255-138, K. T.: 27.06.2000.
- Gazete, K.Sa.: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000.
- İlaç Sanayi, K. Sa.: 00-1(b)/11-5, K.T.: 12.01.2000
- Kadirli, K. Sa.: 00-25/258-140, K.T: 04.07.2000.
- Kadirli, K. Sa: 00-25/258-140, K.T.: 04.07.2000.
- Kızılay, K.Sa.: 01-23/217-57 , K.T.: 15.5.2001
- Köy-Tür, K. Sa.: 89/705-147, K. T: 05.11.1998
- LPG-Adıyaman, K. Sa: 93/750-159, K. T.: 26.11.1998
- Milta/Bosstay, K. Sa.: 42/278-23, K. T.: 10.12.1997.
- Sürücü kursları, K. Sa: 01-18/151-40 K.T.: 10.4.2001
- Süt, K. Sa.: 00-11/109-54, K.T.: 23.3.2000, para.43.
- TIAD, K. Sa.: 00-40/443-243 K. T.: 20.10.2000.
- TOBB, K. Sıra Nu.: 99-24/217-130 Toplantı T.: 20.5.1999
- TŞOF, K.Sa. 99-12/91-33, K. T.: 3.3.1999.
- Turkcell/Telsim, K.Sa.: 99-57/614-391 K.T.: 14.12.1999.
- Uludağ, K. Sa.: 99-12/93-35, K. T.: 03.03.1999.

Yargı Kararları

- Anayasa Mahkemesi, 22.12.1998, E: 1998/48, K:1998/85, RG 31.03.2000, Sa. 24006.
- Danıştay 10. D., E.: 2001/1441 K.: 2003/4468. Danıştay Kararları Der., Yıl:2, 4/2004, s.294-299.
- Danıştay 10. D., E.: 2002/3686 K.:2003/5292, Danıştay Kararları Der., Yıl:2, 4/2004, s. 299-303.

- Danıştay 10. D., E.: 2002/4495 K.: 2003/4374, Danıştay Kararları Der., Yıl:2, 4/2004, s.304-307.
- Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, YD İtiraz Nu: 1999/13 sayılı Karar (Aslan, Türk hukuku, 413-414'ten naklen).
- Yargıtay 11. Hukuk D., 4.5.2000, E.: 2000/5999 K.:2000/3861 (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı CD-Medya).
- Yargıtay 19. Hukuk D., 01.11.1999, E.:99/3350 K.:99/6364 (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı CD-Medya).
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.6.2001, E: 2001/11-426, K: 2001/481 (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı CD-Medya).

