

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA BİRLİĞİ ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

**AVRUPA BİRLİĞİ ORTAK PAZARINDA
MİKTAR KISITLAMALARINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER**

Yüksek Lisans Tezi

GİZEM YILMAZ

İstanbul, 2018

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA BİRLİĞİ ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

**AVRUPA BİRLİĞİ ORTAK PAZARINDA
MİKTAR KISITLAMALARINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER**

Yüksek Lisans Tezi

GİZEM YILMAZ

Danışman: PROF.DR. SİBEL ÖZEL

İstanbul, 2018



MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA BİRLİĞİ ENSTİTÜSÜ

TEZ DÜZENLEME ONAY FORMU

Marmara Üniversitesi
Avrupa Birliği Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Avrupa Birliği Enstitüsü AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU Anabilim
Dalı ~~İngilizce~~ / Türkçe Yüksek Lisans / ~~Doktora~~ Programı öğrencilerinden
GİZEM YILMAZ, 25/04/2018 tarihinde
AVRUPA BİRLİĞİ ORTAK PAZARINDA MİKTAR KISITLAMALARINA ES ETKİLİ
ÖNLEMLER... başlıklı tezini savunmuş ve başarılı bulunmuştur.

Adı geçen öğrenci, Tez Savunma Sınav Jürisi tarafından talep edilen tüm düzeltmeleri yapmıştır. Tezin bu haliyle Enstitüye tesliminin uygun olduğunu bilgilerinize arz ederim.

Tez Danışmanı
Adı Soyadı İmza

Prof. Dr. Sibel Özel



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
AVRUPA BİRLİĞİ ENSTİTÜSÜ

ONAY SAYFASI

Enstitümüz AB Hukuku Anabilim Dalı Türkçe / İngilizce Yüksek Lisans Programı öğrencisi Gizem Yılmaz'ın, **Avrupa Birliği Ortak Pazarında Miktar Kısıtlamalarına Eş Etkili Önlemler** konulu tez çalışması ...**25.4.2018** tarihinde yapılan tez savunma sınavında aşağıda isimleri yazılı jüri üyeleri tarafından **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞU** ile **BAŞARILI** bulunmuştur.

Onaylayan:

Prof. Dr. Sibel Özel

Danışman

Doç. Dr. Mustafa Erkan

Jüri Üyesi

Doç. Dr. F. Kerem Giray

Jüri Üyesi

Onay
Prof. Dr. Muzafer Dartan
Müdür

27/04/2018...tarih ve 2018/08...sayılı Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

ÖZET

Malların serbest dolaşımı ilkesi, uluslararası ticaret hayatını yakından ilgilendirmesi nedeniyle, ekonomik temelli kurulan Avrupa Birliği'ndeki serbestilerden en önemlisi olarak yorumlanabilir; ancak önemine rağmen bugüne kadar tam anlamıyla sağlanamamış, bu uğurda atılan adımlar ise yetersiz kalmıştır. Tek başına gümrük vergisi ve kotaların kaldırılması, iç pazar dâhilinde malların serbest dolaşımını temin edememiştir. Bu sebeple, malların serbest dolaşımını kısıtlayan diğer tüm üye devlet uygulamaları da yasaklanmıştır. Bu anlamda, bir ülkeden diğerine taşınan malların Avrupa Birliği ortak pazarı sınırları içinde serbest dolaşımını engelleyici etkiye sahip idari kurallar ve uygulamalar, ticareti engelleyen bariyerler olarak kabul edilmiş ve “eş etkili önlemler” olarak adlandırılmıştır. Eş etkili önlemler, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmada yasaklanmış olsa da, eş etkili önlemlerin nasıl tespit edileceğine ilişkin bir açıklama da getirilmemiştir. Bu itibarla, malların serbest dolaşımına eş etkili önlemler yasağının, gerek mevzuat kapsamında, gerekse Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları çerçevesinde incelenmesi ve devam etmekte olan sorunlara yönelik farklı bir hukuki bakış açısı kazandırılması önem arz etmektedir.

Çalışmamızda, malların serbest dolaşımının önünde birer ticaret engeli olan eş etkili önlemlerin ancak Birlik tarafından çıkarılacak bir hukuk düzenlemesiyle öngörülebilir kılınacağı ve bu şekilde eş etkili önlemler yasağının kapsamının belirgin hale geleceği savunulmaktadır. Bu yönde, önceki çalışmalardan farklı olarak, Adalet Divanı içtihatlarında oluşturulan formüller ve yapı taşı niteliğindeki kararların yanı sıra, Komisyon'un mevzuat çalışmaları tez kapsamında ayrıntılı olarak incelenmekte ve eş etkili önlemler kavramına ilişkin tespitler yapılmaktadır. Bu inceleme ve tespitler sonucunda ise, Birlik mevzuatında yer alması gerektiğini düşündüğümüz eş etkili önlemler kavramının tanımına katkı sağlayacak bir düzenleme önerisi oluşturmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cassis de Dijon, Dassonville, Doğrudan Ayrımcı Önlemler, Dolaylı Ayrımcı Önlemler, Karşılıklı Tanıma, Kamu Yararı, Keck ve Mithouard, Komisyon v. İtalya, Malların Serbest Dolaşımı, Miktar Kısıtlamalarına Eş Etkili Önlemler, Pazara Giriş Kriteri, Zorunlu Gereklilikler, 70/50 sayılı Yönerge, 2015/1535

sayılı Yönerge, 2017/0354 sayılı Tüzük Teklifi, 764/2008 Sayılı Tüzük, 98/34 Sayılı Yönerge.

ABSTRACT

The principle of free movement of goods is the greatest economic assurance to the domestic market in the European Union, as it closely concerns the international trade. However, despite its importance, the free movement of goods has not been achieved until now. The removal of customs duties and quotas alone has not provided a satisfactory guarantee to the free movement of goods. Therefore, it was necessary to ban all practices with restrictive effect. In this sense, administrative rules and practices with the authority to prevent free movement of goods carried from one country to another are accepted as trade barriers and referred to as "measures having equivalent effect". Although articles 34 to 36 of the TFEU prohibit quantitative restrictions (quotas) and measures having equivalent effect to quantitative restrictions on imports and exports, there is no explanation which national measures have a restrictive effect on the trade and how to determine this.

With this study, it is argued that measures having equivalent effect will be taken only by the regulation of the law which will be issued by the Union and that the scope of measures effective in this way will become obvious. In this respect, contrary to previous studies, the formulas established in the case law and the legislative works of the Commission are examined in detail and determinations are made on the concept of equally effective measures. As a result, a regulation proposal is made to contribute to the definition that we think should be included in Union legislation.

Key Words: Cassis de Dijon Formula, Commission v. Italy Formula, Directive 70/50/EC, Directive 98/34/EC, Directive 2015/1535/EC, Distinctly Applicable Rules, Free Movement of Goods, Indistinctly Applicable Rules, Keck and Mithouard Formula, Mandatory Requirements, Market Access Criteria, Measures Having Equivalent Effect to Quantitative Restrictions, Mutual Recognition Principle, Proposal (COM-2017/0796 final) No 2017/0354 (COD), Regulation (EC) No 764/2008, The Dassonville Formula.

TABLO LİSTESİ

Sayfa No.

Tablo 1 : Düzenlenmemiş Alan İçin Örnek Ürün Listesi	<u>268</u>
-------------------------------------------------------------------	------------

ŞEMA LİSTESİ

Sayfa No.

Şema 1 : Dassonville Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi	<u>153</u>
Şema 2 : Cassis de Dijon Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi	<u>178</u>
Şema 3 : Cinéthèque Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi	<u>180</u>
Şema 4 : Keck Kararının Odak Noktası	<u>207</u>
Şema 5 : Keck Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi	<u>209</u>
Şema 6 : Komisyon v. İtalya Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi	<u>234</u>
Şema 7 : 98/34 Sayılı Komisyon Yönergesi'ni Uygulama Yöntemi	<u>243</u>
Şema 8 : C-194/94 Sayılı CIA Davası	<u>245</u>

KISALTMA CETVELİ

AAET	: Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	: Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
Bkz.	: Bakınız
C-	: Case (dava)
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
C.M.L.R.	: Common Market Law Review
CYELS	: Cambridge Yearbook of European Legal Studies
dn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
ECR	: European Court Reports
Ed	: Edition (baskı)
E.L.Rev.	: European Law Review
EU	: European Union (Avrupa Birliği)
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GATT	: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
OJ	: Official Journal (Resmi Gazete)
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
S.	: Sayı
TRIS	: Technical Regulation Information System
v.	: Versus (karşı taraf)
Vol.	: Volume (Cilt)
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
WTO	: Dünya Ticaret Örgütü
Y.	: Yıl

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
TABLO LİSTESİ.....	iii
ŞEMA LİSTESİ	iii
KISALTMA CETVELİ.....	iv

GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN ÖNEMİ ve TAKDİMİ	1
II. TERMİNOLOJİ	5
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	8
IV. ARAŞTIRMA PLANI.....	9

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ VE MİKTAR KISITLAMALARINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER YASAĞI

I. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ	11
A. Malların Serbest Dolaşımı İlkesinin Tarihi Gelişim Seyri.....	13
B. Serbest Dolaşıma Konu Olan Mal Kavramı	16
II. MİKTAR KISITLAMALARI VE EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER YASAĞI.....	19
A. Miktar Kısıtlamaları Kavramı ve Unsurları	19
1. Kavram.....	19
2. Unsurlar	21
a. Kamu Otoritesi Tarafından Yerine Getirilme	21
b. Birlik İçi Ticareti Engelleyici Etki Yaratma	24
B. Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler	27
1. Genel Olarak	27
2. Komisyonun Eş Etkili Önlemler Listesi: 70/50 Sayılı Yönerge.....	32
a. Doğrudan Ayrımcı Uygulamalar (Madde 2)	35
b. Dolaylı Ayrımcı Uygulamalar (Madde 3)	38
3. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Dassonville Kararındaki Tanımı	43
C. Lizbon Antlaşması ile Getirilen Hukuki Düzenlemeye Genel Bakış	44

1. İthalatta Miktar Kısıtlamaları ve Miktar Kısıtlamalarına Eş Etkili Önlemler Yasağı: Madde 34 Düzenlemesi	46
2. İhracatta Miktar Kısıtlamaları ve Miktar Kısıtlamalarına Eş Etkili Önlemler Yasağı: Madde 35 Düzenlemesi	47
3. Madde 34 ve 35 in Birlikte Değerlendirilmesi	47
D. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebepler.....	49
1. Mevzuatta Belirtilen Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	49
a. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'dan Doğan İstisna Hükümü: Madde 36 Düzenlemesi	50
(1) Kamu Düzeni, Ahlakı, Güvenliği ve Sağlığının Korunması.....	52
(a) Kamu Düzeni.....	52
(b) Kamu Ahlakı	53
(c) Kamu Güvenliği	56
(d) Kamu Sağlığı ve İnsan Hayatının Korunması.....	58
(2) Hayvan Sağlığının ve Bitkilerin Korunması	63
(3) Ticari ve Sınai Mülkiyet Haklarının Korunması	65
(a) Hakkın Varlığı ve Kullanılması Yaklaşımı	66
(b) Hakkın Spesifik Konusu Yaklaşımı	68
(i) Patent ve Marka Haklarının Spesifik Konusu	68
(ii) Telif Hakkının Spesifik Konusu	71
(iii) Endüstriyel Tasarım Hakkının Spesifik Konusu	72
(c) Hakkın Asıl Fonksiyonu Yaklaşımı	73
(d) Hakkın Tükenmesi İlkesi	73
(4) Milli, Kültürel, Tarihi veya Arkeolojik Değerlerin Korunması	78
b. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'dan Doğan İstisnanın Uygulama Koşulları.....	79
(1) Keyfi Bir Ayrımcılığa Yol Açmama Koşulu.....	80
(2) Ulusal Önlemin Örtülü Kısıtlama Aracı Olarak Kullanılmaması Koşulu	81
(3) Orantılı Olma Koşulu	81
2. İçtihatlarla Geliştirilen Hukuka Uygunluk Sebepleri	82
a. Zorunlu Gereklik Kavramı	83
b. Zorunlu Gerekliklerin Dayandığı Haklı Sebepler	85
(1) Haklı Sebep Kavramı	85
(2) Cassis de Dijon Kararıyla Kabul Edilen Zorunlu Gereklik Halleri	86
(a) Mali Denetim.....	87
(b) Kamu Sağlığı.....	87

(c) Ticari İşlemlerde Adaleti Sağlama	88
(d) Tüketicinin Korunması.....	89
(3) İçtihatlar ile Oluşturulan Yeni Zorunlu Gereklilik Halleri.....	91
(a) Çevrenin Korunması.....	92
(b) Çalışma Şartlarının İyileştirilmesi.....	93
(c) Sosyal ve Kültürel Özelliklerin Korunması ve Desteklenmesi	94
(d) Temel Hakların Korunması.....	94
(e) Diğer Haller	96
c. Zorunlu Gerekliliklerin Hukuka Uygunluk Ölçüsü Olarak Orantılılık Prensibi	96
(1) Hukuk Tarafından Korunan Bir Menfaatin Varlığı.....	96
(2) Seçilen Aracın Elverişliliği.....	97
(3) Gereklilik Unsuru	98
3. Mevzuattan Kaynaklanan Hukuka Uygunluk Halleri ile İçtihatlarla Oluşturulan Hukuka Uygunluk Hallerinin Karşılaştırılması	99

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHATLARINDA GELİŞTİRİLEN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER

I. EŞ ETKİLİ ÖNLEMLERİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE GELİŞİM SEYRİ.....	101
A. Adalet Divanı'nın Ayrımcılık Esasına Dayanarak Oluşturduğu Kriterler.....	102
1. Doğrudan Ayrımcı Önlemler	102
a. Genel Olarak.....	102
b. Dağıtım Kanallarını Kısıtlayan Kurallar	103
(1) Paralel İthalatı Kısıtlayan Uygulamalar	104
(2) Sınır Kontrolleri.....	105
c. Ulusal Ürünlerin Satışını Teşvik Eden Uygulamalar	108
(1) Yerli Ürünlerin Satışının Teşvik Edilmesi	108
(2) Ayırt Edici Nitelikleri Olan Ürünlerin Tanıtımı ve Desteklenmesi	111
d. Menşe Etiketleme	112
(1) Menşe Ülke Bilgisine İlişkin İşaretleme Yükümlülüğü	113
(2) Tür İşaretlerinin Ulusal Ürünlere Özgülenmesi	115
2. Dolaylı Ayrımcı Önlemler	120
a. Genel Olarak	120

b. İsim, Şekil, Ölçü, Ağırlık, Kompozisyon, Etiketleme ve Sunuma İlişkin Önlemler	123
(1) İçerik Denetimine İlişkin Kurallar.....	124
(2) Dış Görünüşe İlişkin Kurallar	126
(3) Malların İsmine ve İşaretlenmesine İlişkin Kurallar	127
c. Reklam ve Piyasaya Giriş Kısıtlamaları	129
d. Maksimum, Minimum Satış Fiyatı ve Sabit Fiyat Uygulaması	130
3. Tersine Ayrımcılık İçeren Önlemler	137
B. Pazara Girişi Engelleme Kriteri.....	139
1. Eş Etkili Önlemlerin Tanımına İlişkin Adalet Divanı'nın İlk İçtihadı: Dassonville Kararı	139
a. Kamu Otoritesi Tarafından Oluşturulma ve Uygulanma.....	145
b. Birlik İçi Ticareti Doğrudan veya Dolaylı, Bilfiil ya da Potansiyel Olarak Engellemeye Elverişli Olma.....	149
c. Tüm Ticari Kurallar	152
2. Dassonville Perspektifinden Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi	153
C. Ürün Gerekliliklerine İlişkin Sınıflandırma Kriteri.....	154
1. Eş Etkili Önlemlerin Sınırının Daraltılması: Cassis de Dijon Kararı	154
a. Ürün Gereklilikleri.....	157
(1) Ürünün Paketlenmesi, Kompozisyonu, Sunumu ve Etiketlenmesine İlişkin Kurallar	158
(2) Ürünün İsmine, Şekline, Ölçüsüne, Ağırlığına İlişkin Kurallar.....	160
(a) Genel Olarak.....	160
(b) Reçel ve Çikolata Davaları.....	161
b. Karşılıklı Tanıma Prensibi.....	166
c. Haklı Sebep ve Zorunlu Gereklilik Kavramları.....	170
2. Cassis de Dijon Kararının Sonuçları Bakımından İnceleme	171
3. Cassis de Dijon Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemler Prosedürü	177
II. ADALET DİVANI'NIN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMINA YENİ YAKLAŞIMLARI	179
A. Dassonville ve Cassis de Dijon ile Benimsenen Temel Kuralların Karmaşıklaşması	179
1. Cinéthèque Kararı	179
2. Pazar Günü Ticaret Yapma Yasağı Kapsamındaki Kararlar	181
B. Belirli Satış Düzenlemeleri Yaklaşımı	184

1. Dassonville Formülünü Kısıtlayan Keck ve Mithouard Kararı	186
a. Keck Kararında Geliştirilen Kriterler	189
(1) Yurtiçi Ekonomik Bir Faaliyetin Düzenlenmesi	192
(2) Etkilenen Tüm Tacirlere Eşit Şekilde Uygulanma.....	193
(3) Yerli ve İthal Mallar Yönünden Hukuken ve Fiilen Aynı Etkiyi Doğurma	193
b. Ürün Gereklilikleri ve Belirli Satış Düzenlemeleri Ayrımı	194
c. Keck Kararından Sonra Kabul Edilen Belirli Satış Düzenlemeleri.....	195
2. Keck Sonuçlarına Göre Eş Etkili Önlemler Prosedürü.....	206
3. Keck Kararına Getirilen Eleştiriler	209

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMINA İLİŞKİN
ADALET DİVANI'NIN GÜNCEL YAKLAŞIMI ve KOMİSYON'UN YENİ MEVZUAT
ÇALIŞMALARI

I. ADALET DİVANI'NIN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMINA GÜNCEL YAKLAŞIMI	215
A. Keck Kararı Sonrası Adalet Divanı Uygulaması	215
1. Genel Olarak	215
2. Gourmet International Products Kararı (2001).....	217
3. Heimdienst Kararı (2000)	219
4. Doc Morris Kararı (2003).....	219
B. Pazara Giriş Kriteri ve Diğer Tüm Önlemler Yaklaşımı.....	222
1. Genel Olarak	222
2. Dassonville Formülüne Geri Dönüş: Komisyon v. İtalya Kararı (2009).....	224
3. Komisyon v. İtalya Kararı ile Mickelsson Kararının Etkisi Bakımından İnceleme.....	226
4. Pazara Giriş Testi.....	230
5. İthalatta Eş Etkili Önlemler Prosedürünün Komisyon v. İtalya Kararından Sonraki Güncel Durumu	233
C. İhracatta Uygulanan Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler Yasağına İlişkin Güncel Yaklaşım.....	234
1. Groenveld Kararı (1979).....	235
2. İhracatta Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler Kavramına Güncel Yaklaşım: Gysbrechts Kararı (2008)	237

II. AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN EŞ ETKİLİ ÖNLEM KAVRAMINA İLİŞKİN YENİ MEVZUAT ÇALIŞMALARI	240
A. Teknik Standartlar ve Düzenlemeler Hakkında Bilgi Verilmesine İlişkin 98/34 Sayılı Yönerge.....	240
1. Yönergenin Uygulama Usulü: Madde 8 ve 9	241
2. CIA Davası	245
3. Unilever Davası	247
B. Teknik düzenlemeler ve Bilgi Toplumu Hizmetlerine İlişkin Kurallar Hakkında Bilgi Verme Usulü (Kodifikasyon) Hakkında 9 Eylül 2015 Tarih ve 2015/1535 Sayılı Yönerge.....	251
C. 764/2008 Sayılı Karşılıklı Tanıma Tüzüğü	253
D. Bir Üye Devlette Yasal Olarak Pazarlanan Malların Diğer Üye Devletlerde de Karşılıklı Tanınması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi İçin Hazırlanan 19.12.2017 Tarih ve 2017/0354 Sayılı Tüzük Teklifi.....	255
1. Genel Olarak	255
2. Karşılıklı Tanıma Beyannamesi: Madde 4	259
3. Karşılıklı Tanıma İlkesinin Uygulanması İçin Malların Değerlendirilmesi: Madde 5	261
E. 4703 Sayılı Kanun Çerçevesinde Oluşturulan "Teknik Mevzuatın ve Standartların Türkiye ile AB Arasında Bildirimine Dair Yönetmelik" ve "Düzenlenmemiş Alanda Karşılıklı Tanıma Yönetmeliği" Kapsamında Düzenlenen Bildirim Yükümlülüğü	261
1. Genel Olarak	261
2. Teknik Mevzuatın ve Standartların Türkiye ile AB Arasında Bildirimine Dair Yönetmelik ve Bildirim Sistemi	263
3. Düzenlenmemiş Alanda Karşılıklı Tanıma Yönetmeliği.....	266
SONUÇ	269
KAYNAKÇA.....	284

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ ve TAKDİMİ

Gelişmekte olan dünyada, özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra sermaye ve ticaret alanına güçlü bir eğilim olmuş ve ulusal ekonomiler arasındaki ticari ilişkiler, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) ve Avrupa Birliği (AB) gibi büyük çapta örgütlenmeleri, antlaşmaları ve Birlik oluşumlarını gerekli kılmıştır. Bu birleşmelerden günümüze kimlik değiştirerek ve gittikçe genişleyerek ulaşan Avrupa Birliği, Roma Antlaşması ile kurulmuştur. Antlaşma'da yer alan dört serbestiden en önemlisinin ise, Birliğin temel ekonomik karakterini ve ortak pazarın ana çekirdeğini oluşturması nedeniyle "*Malların Serbest Dolaşımı*" ilkesi olduğu belirtilebilir. Ancak bu ilkenin uygulamasında ortaya çıkan sorunlar, halen serbesti sisteminin düzenli olarak işlemediğini göstermektedir.

Malların serbest dolaşımının gerçekleştirilebilmesi için Birlik içi ticaretin liberalizasyonunun sağlanması, Birlik üyesi ülkeler arasında tüm iç ticaret engellerinin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Ancak bu engeller her zaman gümrük vergisi ya da miktar kısıtlaması gibi belirgin şekilde olmayabilir. Üye devletler, kimi zaman bir malın ithali veya ihracını belirli bir zaman aralığında yasaklamak (geçiş yasağı) ya da miktar veya değerine göre sınırlandırmak (kotalar) suretiyle ulusal pazarlarını istenmeyen yabancı ürünlere kapatabilirler, kimi zaman da ulusal hukukların farklı uygulamalarından dolayı getirdikleri mali nitelikte olmayan, teknik engellerle Birlik içinde ithalat ve ihracatı engelleyebilirler. Bu kapsamda, gümrük formaliteleri, fiyat ayarlamaları veya özel bir onay sertifikasının istenmesi gibi tespiti güç, ancak malların serbest dolaşımını kısıtlamada eş etkiye sahip uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Ekonomiye ağır bir yük getiren bu durum; ulusal pazarlarda yerleşik üretim dallarını korumakla birlikte, Avrupa sanayisinin gelişmesini ve dünya piyasasındaki rekabet yeteneğini tümüyle zedeleyici mahiyettedir.

Malların serbest dolaşımının yalnızca gümrük vergisi ve eş etkiye sahip vergilerin kaldırılmasıyla sağlanamayacağını öngören Avrupa Birliği Antlaşmasında, serbest dolaşımın tam olarak sağlanabilmesi için üç ana hedef belirlenmiştir. Bu

hedefler: Gümrük Birliğinin sağlanması için gümrük vergisi ve eş etkili vergilerin kaldırılarak Ortak Gümrük Tarifesi oluşturulması (m.28-30), ayrımcı ve koruyucu iç vergilerin kaldırılması (m.110-113) ve son olarak miktar kısıtlamaları (kotalar) ile eş etkili her türlü uygulamanın (m.34-37) yasaklanmasıdır¹.

Üye devletlerin piyasalarını korumak amacıyla aldıkları ulusal önlemler, ortak pazarda serbest dolaşımı ve rekabet edilebilirliği engelleyebilmektedir. Böyle bir ortamda ise pazara sunulan malların miktarında ve çeşitliliğinde meydana gelen azalma, fiyat dengelerinin bozulmasına ve fiyatların yükselmesine neden olabilmektedir². Tüketicilere ve iç pazar piyasasına zarar veren bu durum, ithalat ve ihracat yapmak isteyenlerin üzerine zımni olarak ikinci bir yük yüklemektedir. Mali nitelikte olmayan söz konusu yükler, miktar kısıtlaması veya miktar kısıtlamasına eş etkili önlem niteliği teşkil eder.

Üye devletlerin iç pazar piyasalarını korumak için kullandıkları geleneksel argümanların en güçlüsü olan eş etkili önlemler, aynı miktar kısıtlamaları gibi serbest ticareti engelleme kabiliyetini haizdir. Aslında, kota engeline takılmak istemeyen devletlerin kendilerince oluşturdukları haklı gerekçelerle geliştirdikleri bu tür tedbirler, iç pazar serbestisi için en büyük tehlikedir. Doktrinde “görünmez engeller” olarak adlandırılan eş etkili önlemler, miktar kısıtlamaları gibi sayısal değerlerle ölçülebilen uygulamalar olmadığından tespiti de bir hayli güçtür. Avrupa Birliğine ait kaynaklarda henüz bir tanımı bulunmayan bu alan, Adalet Divanı içtihatlarıyla şekillendirilmeye çalışılmıştır; ancak halen net bir tanıma ulaşamadığından hukuki kesinlik ve güvenliği sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle sonuçları öngörülemeyen bu tür tedbirler, üye devletlerce belirsizliğinden yararlanan bir hukuk sorunu olmaya devam etmektedir. Ancak, son yıllarda Komisyon tarafından çıkarılan bir takım yönergelerle getirilen ön

¹ İlke GÖÇMEN, “**AB Maddi Hukuku, Malların Serbest Dolaşımı: Miktar Kısıtlamaları ve Eş Etkili Tedbirler**”, 2013, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <http://acikders.ankara.edu.tr/course/view.php?id=61> (26 Ağustos 2014).

² Mahmut YAVAŞI, “**Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Türkiye**”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku (FMR) Dergisi*, 2001, C.1, S.2001/4, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmmakale/2001-4/2.pdf> (25 Ağustos 2014), s.39.

denetimler sayesinde üye devletler tarafından sıkça ihlal edilen bu yasağın biraz olsun işlerlik kazanması sağlanabilmiştir.

Birlik içi pazarın tam işler hale gelmesi yolunda kademeli bir şekilde kaldırılan kotalar, Komisyonun 12.05.1960 tarihinde aldığı bir kararla tamamen kaldırılmıştır. Bugünkü uygulamada ise, miktar kısıtlaması ve miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler yasağına, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın³ (ABİA) üçüncü kısma ait alt üçüncü bölümünde, 34 ve 37 nci maddeler arasında yer verildiği görülmektedir.

ABİA sistematüğinde ithalatta ve ihracatta uygulanan miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemler yasağı ayrı maddeler altında düzenlenmiş, ayrıca Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşmasındaki (AETA) düzenlemelerden farklı olarak madde içindeki istisna hükmü kaldırılarak, istisnaların tahdidi olarak belirlendiği 36 ncı madde hükmü oluşturulmuştur. İhracatta miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasağını düzenleyen 35 inci madde hükmü ise 34 üncü madde düzenlemesiyle neredeyse aynıdır. Maddeye göre; “*üye devletler arasında, ihracata ilişkin miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler yasaktır*”. STEINER'in ifadesiyle⁴ bu iki madde arasındaki tek fark, *Dassonville* formülünün ithalata yönelik olması ve ihracata ilişkin kotalara veya eş etkili önlemlere uygulanmamasıdır. Burada sözü geçen ihracat kavramıyla, yalnızca üye devletler arasında gerçekleştirilen ihracat kastedilmektedir⁵. Yani, üçüncü bir ülkeden Birliğe ithal edilen bir ürün hakkında 35 inci madde uygulaması dikkate alınmayacak, bu ürün Birlik hukukunun konusunu oluşturmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenlemeler, uygulamada son derece yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Divan, önüne gelen davalarda vermiş olduğu emsal kararlarıyla eş etkili önlem olarak kabul edilebilme kıstasları ile bunları haklı kılacak zorunluluk hallerini belirlemeye çalışmış ve değerlendirmede esas alınacak bir takım ilkeler kabul

³ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [OJ (2012) C 326/49-199].

⁴ Josephine STEINER, **Textbook on EEC Law**, 3. Edition, London, 1992, s.91.

⁵ Tolga CANDAN, “**Topluluk Hukukunda Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler**” (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s.24.

etmiş, ilerleyen zamanlarda ise bazı ayrımlar yapmış, fakat 'eş etkili önlemler' ifadesini çoğunlukla geniş yorumlamıştır.

Geddo Kararıyla miktar kısıtlaması için bir tanım oluşturan Adalet Divanı, *Henn ve Darby* Davasında bu tanımı daha da genişletmiştir. Bu kavramın kuramsal tartışma içindeki önemi, eş etkili önlemler bahsinde kendini gösterecektir. Eş etkili önlem kavramı ile miktar kısıtlamasının birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Adalet Divanı'nın eş etkili önlemler kavramına yaklaşımına göre, kural olarak uyruklu temelde doğrudan veya dolaylı tüm ayrımcılık halleri ve pazara erişimi önleyen veya güçleştiren (serbestiyi kısıtlayan) tüm önlemler yasaktır; ancak istisnai olarak kimi meşru sebeplerle bu kısıtlamalar haklı görülebilmektedir. Madde 34 ün özünü oluşturan ithalat kavramı da yine madde metni gibi geniş yorumlanmakta, doğrudan ve dolaylı ithalat, paralel ithalat ve tekrar ithalat türlerini içine alacak şekilde değerlendirilmektedir.

Adalet Divanı, ayrıca, 34 üncü maddede yer alan yasağın doğrudan etkili olduğunu⁶ ve mal ticaretinde sınırı aşan unsurların varlığı halinde ulusal yargı organları önünde herkes tarafından ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken vurgu, malların muhakkak bir sınır geçişinde bulunması ve ticari hayatı sekteye uğratan bir üye devlet düzenlemesinin varlığıdır.

Adalet Divanı'nın bu çalışmalarının yanı sıra, Avrupa Birliği Komisyonu da mevzuat çalışmaları ile uygulamayı yakından takip etmiştir. İthalata ve ihracata yönelik miktar kısıtlaması ve eş etkili önlem yasağı, ABİA'da son şeklini alıncaya kadar birçok tüzük, yönerge ve düzenlemede yer almıştır. Bu çerçevede, Adalet Divanı kararlarına konu olan spesifik alanlarda Birlik içi özel mevzuat düzenlemeleri yapıldığı gibi, tüm üye devletleri yükümlülük altına sokan yönergeler çıkarıldığı da görülmektedir. Edam

⁶ ABİA madde 34 bir standstill hükmüdür. *Salgoil SPA Davasında* (C-13/68 *Salgoil SPA v. Italian Ministry of Foreign Trade*, Rome (1968) ECR 453) Divan, ABİA 34 üncü maddenin doğrudan bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. Aynı yönde bkz. *Volpi SpA Davası* (C-74/76 *Ianelli & Volpi SpA v. Ditta Paolo Meroni* (1977) ECR 557); *ABAD* bu davada, ABİA m.34 ve 35 (eski ATA m.28-29) hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olduğunu ve doğrudan etki doğurduğunu şöyle ifade etmiştir: “*ATA m.28 de düzenlenen miktar kısıtlaması ve eş etkili tedbir yasağının zorunlu olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu hükmün uygulanması için, üye devlet veya Topluluk kurumlarının ek bir işlem yapmasına gerek yoktur. Söz konusu yasak, bu nedenle doğrudan etkiler doğurur ve bireyler için ulusal mahkemelerin korumak zorunda olduğu haklar yaratır.*”

Peynirinin konu edildiği davadan sonra çıkarılan yönerge ve üye devletlere teknik düzenlemelerin önceden Komisyon'a bildirim yükümlülüğü getiren 98/34 sayılı Yönerge⁷ bunlara örnek gösterilebilir. Gümrük Birliği Kararının II. Bölümünde⁸, üye devletlerarası ithalat ve ihracatta miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasaklanmıştır. Buna rağmen mevzuat hükümlerinde ne miktar kısıtlaması ne de eş etkili önlem kavramının bir tanımına rastlamak mümkündür.

Eş etkili önlemler yasağının uygulama alanı ve kıstaslarının ABAD tarafından kesin çizgilere oturtulmaması ve içtihatlarında göstermiş olduğu değişkenlik, konuyu önemli bir sorun haline getirmiştir. Divan tarafından tanımlanmaya çalışılan eş etkili önlem kavramı, Birlik hukukunda henüz uyumlaştırmanın tamamlanmamış olmasının yol açtığı karmaşık yapı nedeniyle net bir tanıma kavuşabilmiş değildir. Bu nedenle öncelikle tanımı ve sınırları hakkında ABİA'da yer almasa da öğretide ve içtihatlarda birlik olan miktar kısıtlaması kavramı üzerinde durulacak ve ardından eş etkili önlem kavramının gelişim süreci incelenecektir.

II. TERMİNOLOJİ

Avrupa Toplulukları; Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu gibi sermaye kaynaklarını oluşturan aktörler üzerinden yapılan antlaşmalarla ortaya çıkmış ve 1965 yılında yapılan Füzyon Antlaşması ile bu topluluklar birleştirilerek tek bir çatı altında Avrupa Toplulukları (AT) olarak anılmaya başlanmıştır. Ancak Avrupa Topluluğu'nun kuruluşu 1957 de imzalanan Roma Antlaşması'na dayandırılmakta ve bu antlaşma için Kurucu Antlaşma ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle çalışma kapsamında Kurucu Antlaşma ifadesi kullanıldığında, 1957 de imzalanarak Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET) kuran Roma Antlaşması kastedilmiş olacaktır.

⁷ 22.06.1998 tarih ve 98/34/EC sayılı Parlamento ve Konsey Yönergesi [OJ (1998 L 204/37)].

⁸ 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi (Gümrük Birliği) Kararı "Decision No:1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on Implementing the Final Phase of the Customs Union" [OJ (1996) L 35 Vol. 19].

Avrupa Topluluklarını (AKÇT, AET, EURATOM) kuran Antlaşmalar, 1987 yılında yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi ile kapsamlı bir biçimde değişikliğe uğramıştır. 1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması ise "Ekonomik ve Parasal Birlik" ile ortak dış politika ve savunma politikası perspektiflerine dayalı 'Siyasi Birlik' kurulması amacıyla Avrupa Toplulukları'nın Avrupa Birliği bünyesine dahil edilmesini sağlamıştır. Bu nedenle Maastricht Antlaşması'nın Avrupa Birliği literatüründeki bir diğer adı "Avrupa Birliği Antlaşması (ABA)"dır.

Son olarak, 2009 yılında yürürlüğe girerek Avrupa Birliği'nde kapsamlı değişiklikler getiren Lizbon Antlaşmasından sonra, 2012 yılında Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma birleştirilerek Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşmanın adı "Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA)" adını almıştır.

Bu süreçte, Maastrich Antlaşması ile getirilen "Birlik" isminin kullanımına geçilene kadar Avrupa Topluluklarının yargı organı, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)" olarak anılmış, Avrupa Birliği terimi kullanılmaya başlandıktan sonra ise "Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)" olarak terminolojideki yerini almıştır.

Aynı şekilde, tarihsel gelişim sürecindeki söz konusu mevzuat değişikliklerinde, Kurucu Antlaşma'nın maddelerinde de değişiklikler yapılmıştır. Tez çalışmamızın konusunu oluşturan miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler yasağı, ilk olarak Kurucu Antlaşma'nın 30 uncu maddesinde düzenlenmiş, daha sonra bu düzenleme, 2001 de imzalanarak 2003 yılında yürürlüğe giren Nice Antlaşması ile 28 inci maddeye kaydırılmış ve nihayet Lizbon Antlaşması ile yapılan değişiklik sonucunda yeniden numaralandırılarak 34-36 ncı maddeler arasında yerini almıştır.

Görüldüğü üzere Avrupa Birliği'ne ilişkin terminoloji, alanın dinamik yapısı sebebiyle yıllar içinde değişim göstermiştir. Adalet Divanı tarafından kullanılan terminoloji de, davaların görüldüğü yıllara bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz kararlar ise bu değişimin farklı zamanlarına konu olmuş kararlardır. Bu nedenle, çalışmamızda terim birliğini sağlamak amacıyla, 2009 yılında yapılan Lizbon değişikliğinden sonra son şeklini alan Avrupa Birliği'nin

İşleyişi Hakkında Antlaşma'da yer alan güncel metindeki terminolojiye ve madde numaralarına yer verilecektir. Anılan çerçevede, Avrupa Topluluğu yerine Avrupa Birliği, Avrupa Toplulukları Antlaşması yerine Avrupa Birliği Antlaşması, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı yerine Avrupa Birliği Adalet Divanı ve miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler yasağından bahsederken 28 inci madde yerine 34 üncü madde, 29 uncu madde yerine 35 inci madde ve istisnaları düzenleyen 30 uncu madde yerine 36 ncı madde ifadelerinin kullanılması tercih edilecektir. Adalet Divanı'nın karar verdiği dönemde 28 inci madde yürürlükte olsa bile, bu yasak hükmünden 34 üncü madde olarak bahsedilecektir. Bunun nedeni, çalışma kapsamında incelenen karar sayısının fazla olması nedeniyle oluşabilecek karışıklığın önlenmek istenmesidir.

Adalet Divanı kararları ve ilgili Birlik mevzuatları Türkçe yazılmadığı için, yabancı literatürden çevirisi yapılırken; "Directive" yerine "Direktif" veya "Yönerge", "Regulation" yerine "Tüzük" ifadelerinin kullanımı tercih edilmiştir. Bu tüzük ve yönergelerden Türk Hukuku'nda kanunlaştırılanlar için ise, Türk Hukuku terminolojisine uygun olarak "kanun, tüzük, yönerge" ifadeleri kullanılmıştır.

Bununla birlikte, kısaltma yaptığımız ifadelere de yer verilecek ve Avrupa Birliği Adalet Divanı yerine kimi zaman "*Adalet Divanı*", kimi zaman "*Divan*" ifadesi, Avrupa Birliği yerine "*Birlik*" ifadesi, Avrupa Komisyonu yerine sadece "*Komisyon*" ifadesi kullanılacaktır. "*Antlaşma*" denildiğinde ise Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma kastedilmektedir. Yine "*eş etkili önlemler*" ifadesi kullanıldığında, 34 üncü maddede yer verilen miktar kısıtlamasına eş etki doğuran tedbirler kastedilmektedir.

Avrupa Birliği'nin sınırları içindeki ticaret alanına "ortak pazar" veya "iç pazar", Birlik üyesi devletlere de kısaca "üye devletler" denilecektir. Bir karar açıklandıktan sonra, bu karara daha sonraki bölümlerde atıf yapılırken, yalnızca kararın kısa ismi verilmekle yetinilecektir.

Ayrımcılık kriterine göre yapılan ayırımın yabancı literatürdeki kullanımı "*distinctly applicable rules/indistinctly applicable rules (dual burden/equal burden)*" ya da "*directly/indirectly discriminatory rules*" şeklinde iken, bu çalışma kapsamında ayrımcı önlem ve ayrımcı olmayan önlem ifadelerine yer verilmeyecek, bunun yerine

kullanılması daha isabetli görülen *"doğrudan ayrımcı önlemler/dolaylı ayrımcı önlemler"* ifadeleri tercih edilecektir.

Cassis de Dijon Kararıyla getirilen ilkelerden "mandatory requirement" ilkesi için ise gerek yabancı gerekse Türk Hukuku doktrininde birden fazla ifade kullanılmaktadır. "Emredici gereklilikler", "kamu yararının emredici gereklilikleri" "zorunlu gereklilikler", "kamu menfaatlerinin zorunlu gereklilikleri" ifadeleri, bu kullanımlardan bazılarıdır. Bu kullanımlar arasında bizim tercih ettiğimiz ifade ise "zorunlu gereklilikler" ifadesi olmuştur. Çalışmamızda "zorunlu gereklilikler" ifadesi ile, Cassis de Dijon Kararında ortaya konulan "mandatory requirement" ilkesi kastedilmektedir.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızın konusunu malların serbest dolaşımını engelleyen miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler oluşturduğu için, esas olarak malların serbest dolaşımının sağlanması için yasaklanan gümrük vergileri ve eş etkili vergiler ile miktar kısıtlamaları çalışmamızın dışında kalmaktadır. Belirtelim ki, 34 üncü madde yasağı iki yönlüdür: Miktar kısıtlamaları yasaktır, buna ilaveten miktar kısıtlamasıyla eş etkiye sahip önlemler de yasak kapsamındadır. Miktar kısıtlamaları yani kotalar, kolay belirlenebilir olduğundan, net bir tanımla yapılarak büyük ölçüde uygulamadan kaldırılmıştır. Bu nedenle, tez çalışması ile belirsiz kalan eş etkili önlemler inceleme konusu yapılacaktır. Ancak miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin, düzenlenmesine neden olan malların serbest dolaşımı ilkesinden ve bütünleyicisi olan miktar kısıtlamaları yasağından ayrı düşünülmesi ve tamamen bağımsız bir şekilde incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, malların serbest dolaşımı ilkesinin anlamı ve önemi, miktar kısıtlamalarının neler olduğu ve miktar kısıtlaması yasağının amaçları yeri geldikçe ele alınacaktır.

Tez konusunun araştırma kapsamı, Avrupa Birliği Hukuk sistemine dahil olan üye devletlerdir. Malların serbest dolaşımı çerçevesinde üye devletlerin kamu gücünü kullanarak uluslararası rekabeti bozucu ve ticareti sekteye uğraticı örtülü eylemleri ve

bu eylemlerin ortak ticaret politikası bağlamındaki yeri ise araştırmanın özünü oluşturmaktadır. Bu noktada, Avrupa Birliği Adalet Divanı, vermiş olduğu kararlar ile çalışmamızın merkezinde bulunmaktadır.

IV. ARAŞTIRMA PLANI

Bu çalışmada, malların serbest dolaşımı çerçevesinde “eş etkili önlemler”in neler oluştu tanımlanmaya ve kapsamı ile sınırları belirlenmeye çalışılacak, Divan içtihatları ışığında inceleme yapılarak üye devletlerin yarışan pazar menfaatleri ile haklı sebepler arasında dengeleyici bir yoruma ulaşmak için çaba sarfedilecektir. Miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin anlamı üzerine düşündükten sonra, miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlere ilişkin yargılamanın gelişimine odaklanılacaktır. Yargılama ve mevzuat çalışmaları ise genel olarak üç evreye ayrılarak incelenecektir. Bu kapsamda, eş etkili önlemler kavramını belirlemeye yönelik çalışmaları içeren ilk yıllar; devamında, Adalet Divanı'nın görüş değiştirdiği Keck ve Mithouard Kararı ile bu içtihadı takip eden süreç, üçüncü olarak da Adalet Divanı'nın güncel yaklaşımları çerçevesinde tutarlı bir politika izleyip izlemediği incelenecek ve Komisyonun eş etkili önlemler yasağını uygulanabilir kılmak için mevzuat çalışmalarında kat ettiği yol dikkate alınarak, eş etkili önlemlere ilişkin açık ve net bir mevzuat hükmü önerisi oluşturmaya çalışılacaktır. Neticede, ABİA'da teorik olarak yer alan 34, 35 ve 36 ncı maddelerin uygulamaya geçirilmesinde karşılaştığı sorunların azaltılması ve hem kuramsal anlamda doktrine, hem de uygulamaya yönelik katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

Söz konusu çalışmamız, bir giriş ve bir sonuç ile üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; malların serbest dolaşımı ilkesinden kısaca bahsedilmekte, miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemler yasağı, Komisyonun, Adalet Divanı'nın ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma hükümlerinin yaptığı belirlemelere göre açıklanmakta, genel kural verildikten sonra Antlaşma ve içtihatlarda bu kurala getirilen istisnalara yer verilmektedir. İkinci bölümde; Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler kavramına ilişkin geliştirdiği yaklaşımları ile tanımlamaları incelenmekte, böylece kavramın usul ve esasları belirlenmeye

çalışılmaktadır. Üçüncü bölümde ise, Adalet Divanı'nın kararlardaki belirlemeleri neticesinde Avrupa Komisyonu tarafından eş etkili önlemler kavramına ilişkin oluşturulan yasal düzenlemeler ve Adalet Divanı'nın kavrama yönelik güncel yorumu incelenmektedir. Nihayet sonuç bölümünde, miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler kavramı için mevzuatta yer almak üzere taslak bir hüküm ortaya konulmaktadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE

MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ VE

MİKTAR KISITLAMASINA EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER YASAĞI

I. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ

Avrupa Birliği'nde iç pazarın gerçekleştirilmesi için kurucu antlaşmalarda dört temel serbesti hedeflenmiştir. Bunlar, malların, hizmetlerin, işçilerin (kişilerin) ve sermayenin serbest dolaşımı olarak belirlenmiştir. Bu dört temel özgürlüğün her biri kuşkusuz çok önemlidir, ancak malların serbest dolaşımı ilkesinin, bunlar arasındaki en önemlilerden biri olduğu söylenebilir. Çünkü bu özgürlük, Birlik çapında pazara erişimi sağlayarak birçok üye devletin Avrupa Birliği'ne üye olmasının başlıca sebebi olmuştur⁹. Bu nedenle, malların serbest dolaşımı ilkesinin, Avrupa Birliği Ortak Ticaret Politikasının can damarlarından biri olduğu belirtilebilir.

Malların serbest dolaşımı, genel olarak üye devletler tarafından Birlik iç pazarına sunulan malların herhangi bir engelle karşılaşmadan Avrupa Birliği sınırları içinde serbestçe dolaşabilmesi anlamına gelmektedir¹⁰. Bu ilkedен, üye devlet menşeli ve üye devletlerde serbest dolaşımda bulunan üçüncü ülke çıkışlı mallar yararlanabilir. Dolayısıyla malların serbest dolaşımına ilişkin kurallar, Birlik mallarının bir üye devletten diğer bir üye devlete ihraç, ithal ve transit geçişinde; yani bir sınır geçişinde dolaşıma konu olması durumunda uygulanacaktır.

İç pazarın en büyük iktisadi güvencesi olan malların serbest dolaşımı ilkesi, uluslararası ticaret hayatını yakından ilgilendirmekteyse de, önemine rağmen bugüne kadar tam anlamıyla sağlanabilmiş değildir. Bu alanda yalnızca mevzuat uyumlaştırmasının genel olarak tamamlanabildiği görülmektedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın 28-37 nci maddeleri arasında düzenlenen bu ilkenin

⁹ Björn THORVALDSSON, "Keck and Mithouard", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund University, Master of European Affairs Programme - Law, 2002), s.8.

¹⁰ Ahmet M. GÜNEŞ, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş*, 1.Baskı, İstanbul, 2013, s.272.

gerçekleştirilebilmesi için, gümrük birliğinin sağlanması ve üye devletler arasında ithalat ve ihracatta her türlü miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemin yasaklanması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, Birlik içi ticaret liberalizasyonunun¹¹ sağlanması¹² ve Birlik üyesi ülkeler arasında tüm iç ticaret engellerinin ortadan kaldırılması gerekmektedir¹³. Bu engeller, gümrük vergisi ya da miktar kısıtlaması olabileceği gibi, her zaman bu kadar belirgin şekilde kendini göstermeyebilir¹⁴.

Üye devletler¹⁵ kimi zaman bir malın ithali veya ihracını belirli bir zaman aralığında yasaklamak (geçiş yasağı getirmek) ya da miktar veya değerine göre sınırlandırmak (kotalar koymak) suretiyle¹⁶ ulusal pazarlarını istenmeyen yabancı ürünlere kapatabilirler¹⁷, kimi zaman da ulusal hukukların farklı uygulamalarından dolayı getirdikleri teknik engellerle Avrupa Birliği içinde ithalat ve ihracatı engelleyebilirler¹⁸. Bu şekilde, gümrük formaliteleri¹⁹, fiyat ayarlamaları ya da özel bir onay sertifikasının istenmesi²⁰ gibi malların serbest dolaşımını kısıtlayan, tespiti güç uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Mal ticaretini zorlaştırarak ekonomiye ağır bir yük getiren bu durum; ulusal pazarlarda yerleşik üretim dallarını korumakla birlikte Avrupa sanayisinin gelişmesini ve dünya piyasasındaki rekabet yeteneğini de zedeleyici mahiyettedir. Bu çerçevede anılan sorunların giderilebilmesi, malların serbest dolaşımının sağlanması için gerekli olarak belirttiğimiz hususların tam olarak temin

¹¹ Mallar, hizmetler, kişiler ve sermayenin ülkeler arasında serbest dolaşımını engelleyici nitelik taşıyan ve rekabeti olumsuz yönde etkileyen ulusal kısıtlamaların kaldırılmasıdır.

¹² Catherine BARNARD, **The Substantive Law of the EU; The Four Freedoms**, 4. Edition, United Kingdom, 2003, s.138.

¹³ CANDAN, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.2.

¹⁴ C-159/78 Komisyon v İtalya (1979) ECR 3247 için bkz. Stephen WEATHERILL, **Case and Materials on EU Law**, 7. Edition, New York, 2006, s.345.

¹⁵ YAVAŞI, s.26; Devletlerin yanında şirketlerin de piyasaların serbest işlemlerini engelleme ihtimali bulunmaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılması örnek verilebilir.

¹⁶ YAVAŞI, s.26; Koruma araçlarının başında gümrük vergileri, miktar kısıtlamaları yani kotalar, ihracat teşvikleri ve döviz kurlarına yapılan müdahaleler gelmektedir.

¹⁷ Hacı CAN, **Avrupa Birliği Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul 2013-II, s.405.

¹⁸ Tolga CANDAN, “**Malların Serbest Dolaşımı**”, Belgin AKÇAY ve Gülüm Bayraktaroğlu ÖZÇELİK (Ed.), **Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar** içinde (15-75), 2.Baskı, Ankara, 2012, s.26 (CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı).

¹⁹ C-159/78 Komisyon v İtalya (1979) ECR 3247.

²⁰ C-124/81 Komisyon v. Birleşik Krallık “Re HT Milk” (1983) ECR 203.

edilebilmesi ile mümkün olacağından bu hususların yakından incelenmesinde fayda görülmektedir.

A. Malların Serbest Dolaşımı İlkesinin Tarihi Gelişim Seyri

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra oluşan barış ortamının devamlılığının sağlanabilmesi amacıyla, Robert Schuman önderliğinde başta Fransa ve Batı Almanya olmak üzere, İtalya, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda bir araya gelerek Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu oluşturmuş²¹ ve böylece 1951 yılında Avrupa ittifakının ekonomik anlamda temelini oluşturan ilk adım atılmıştır. Avrupa'da görülen bu birlik ve beraberlik hareketi, yeni antlaşmalara ve Birlik oluşumlarına duyulan gereksinimin habercisi olmuştur.

Âkit devletlerarasında hammaddeye dayalı olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların engellenmesini öngören Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu (AKÇT), 1957 de kurulan iki yeni topluluk izlemiştir; böylece olası bir savaşın önüne geçebilmek için, Batı devletleri arasındaki ekonomik birliktelik güçlendirilmeye çalışılmıştır. 1965 yılında imzalanan Brüksel Antlaşması²² ise, bu dönemde Roma Antlaşması ile kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET), Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET-Euratom) ve Avrupa Kömür Çelik Topluluğunu, Avrupa Topluluğu (AT) adıyla tek bir çatı altında birleştirmiştir²³. Böylece, yeni katılan üye devletlerle birlikte genişleme başlamış ve ekonomik temelli antlaşmalarla kurulan Avrupa Topluluğu, zaman içinde kimlik değiştirerek siyasi bir karaktere bürünmüştür.

²¹ 18.04.1951 tarihinde imzalanan Paris Antlaşması ile kurulmuş ve Antlaşma, 23.07.1952'de yürürlüğe girmiştir. Antlaşma Resmi Gazetede yayımlanmamıştır. Antlaşma metni için bkz. aei.pitt.edu/37145/ (11 Mart 2018).

²² 08.04.1965 tarihinde imzalanan Brüksel (Füzyon/Birleşme) Antlaşması 01.07.1967'de yürürlüğe girmiştir [OJ (1967) 152]. Yabancı literatürde "Merger Treaty" olarak bilinen bu Antlaşma metni için bkz. eur-lex.europa.eu/LexUniServ/LexUniServ.do?uni=CELEX:11965F:EN:HTML (11 Mart 2018).

²³ YAVAŞI, s.26, dn.2; AET, m.11 ve 18 çerçevesinde değerlendirildiğinde, 2 nci Dünya Savaşı sonrası uluslararası ticaretin gelişmesi yönünde IMF ve GATT ile aynı amaca sahiptir ve malların Gümrük Birliği çerçevesinde serbestçe dolaşımını öngörür.

Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşması olarak adlandırılan Roma Antlaşması²⁴, Birliğe üye olan ülkeler arasında daha yakın ilişkiler kurulması ile ekonomi faaliyetlerinin uyumlu biçimde geliştirilmesini amaçlamıştır²⁵. Roma Antlaşması'nın 2 nci maddesine göre, Topluluğun amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için, ilk etapta malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının gerçekleştirilmesi ve ortak bir pazar ile ekonomik birliğin kurulması öngörülmüştür²⁶. Antlaşmanın 3 üncü maddesinde ise, 2 nci maddede sayılan hedeflere ulaşılması için üye devletlerarasında ithalat ve ihracatta gümrük vergilerinin, miktar kısıtlamalarının ve bunlara eş etkili önlemlerin yasaklanması gerektiği tespit edilmiştir.

Esasen ortak pazarın oluşturulabilmesi, üye devletlerarasında gümrük vergisi ve eş etkili vergiler ile miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemlerin kaldırılması şartına bağlıdır. Bu bağlamda ortak pazarın garantisi olarak kabul edilen malların serbest dolaşımı ilkesi, genel olarak dört özgürlüğü güvence altına almaktadır. Bunlar; dahili anlamda gümrük vergisi ve eş etkili mali yükler muafiyeti ile harici olarak ortak bir gümrük tarifesi (ABİA m.28-33), ithalatta (ABİA m.34) ve ihracatta (ABİA m.35) miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasağı ve son olarak ulusal kamu ticari tekellerinin ayrımcılığa sebebiyet vermeyecek şekilde yapılandırılmasıdır (ABİA m.37)²⁷.

Ortak Pazarın ana çekirdeğini oluşturan malların serbest dolaşımı ilkesi, ekonomik temelli Avrupa Birliği'nin temel yapı taşı niteliğindedir²⁸. Devletlerin ulusal pazarlarını koruyucu uygulamaları ve bu yolda oluşturdukları yasal düzenlemeleri, uluslararası ticareti zedeleyici sonuçlar doğurabilmektedir. Söz konusu koruyucu uygulamalar, egemenlik hakkı dayanak alınarak çoğu zaman sınırı aşmakta ve ithalatı

²⁴ 25.03.1957 tarihinde imzalanan Roma Antlaşması, 01.01.1958'de yürürlüğe girmiştir. Antlaşma Resmi Gazetede yayımlanmamıştır. Antlaşma metni için bkz. <https://ec.europa.eu>tratatul-de-la-roma> (11 Mart 2018).

²⁵ CANDAN, s.2.

²⁶ Roma Antlaşması'nın 2.maddesinde, "Topluluğun görevi, ortak bir pazarı ve ekonomik ve parasal birliği kurmak ve üye devletlerarasında ekonomik ve sosyal bütünleşmenin ve dayanışmanın iyileştirilmesini sağlamak" olarak belirtilmiştir.

²⁷ CAN, s.382.

²⁸ CANDAN, s.3; Kurucu Antlaşmaya Avrupa Tek Senedi ile eklenen 7a maddesinin 2. fıkrasında, iç pazarının gerçekleşmesinde öncelikle malların serbest dolaşımının teminine yer verilmiştir.

ve ihracatı kısıtlayıcı etkilere sebep olmaktadır. Avrupa devletleri ise, tam bir karmaşaya neden olan bu durumun, ancak tüm devletlerin menfaatini eşit şekilde gözecek ortak kurallar bütünü'nün kabul edilmesiyle önlenebileceği konusunda fikir birliğine varmış ve bir Topluluk oluşturmuş, bu Topluluğa birtakım yetkilerini devrederek ortak ticari alanlarda düzenleme yapma hakkı tanımışlardır. Böylece devletler, egemenlikten kaynaklanan yetkilerini kendi rızalarıyla kısıtlayarak ticaret engellerini ortadan kaldırmayı ve Avrupa ekonomik bütünleşmesini gerçekleştirmeyi hedeflemişlerdir. Topluluğun henüz düzenleme yapmadığı alanlarda ise üye devletlerin yetkileri yeniden canlanmaktadır.

Henüz mevzuat uyumlaştırmasının yapılmadığı bu gibi durumlarda, serbest dolaşım ilkelerinin nasıl anlaşılması gerektiği Adalet Divanı içtihatlarıyla belirlenmeye çalışılmış, serbest dolaşım alanında adeta bir normlar ihtilafı kurulmuştur²⁹. Bu kapsamda Birlik içinde dört adet serbesti belirlenmiş ve bu serbestilerin işlerliği için bir takım güvenceler ve kurallar oluşturulmuştur. Serbestilerin en önemlisi ise, Kurucu Antlaşmanın belkemiği olan, ticaretin serbestleştirilmesini sağlayan ve günümüzde uluslararası ilişkilerde etkisi halen yoğun olarak gözlemlenen ilke; malların serbest dolaşımı (free movement of goods) ilkesi olmuştur.

Malların serbest dolaşımı ilkesi, uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi amacıyla Adam Smith tarafından savunulan *Laissez Faire*³⁰ prensibinin bir uzantısı olarak ortaya çıkmıştır³¹. Ancak Smith'in görüşüne karşılık ileri sürülen bir diğer görüş³², devletlerin piyasa işleyişine müdahalesinin gerekli ve kaçınılmaz olduğuna ilişkindir ve bu görüş, II. Dünya Savaşı döneminde devletlerin piyasalarını koruyucu gerekçelerle uluslararası ticarete yeniden müdahale etmelerine neden olmuştur³³.

²⁹ CAN, s.408.

³⁰ "Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler." görüşü için bkz. Adam SMITH, "*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*", Lausanne, 2007, https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf (24 Aralık 2017).

³¹ YAVAŞI, s.25.

³² John Maynard KEYNES, "*The General Theory of Employment Interest and Money*", United Kingdom, 1936, <https://cas2.umkc.edu/economics/people/facultypages/kregel/courses/econ645/winter2011/generaltheory.pdf> (26 Aralık 2017).

³³ YAVAŞI, s.26.

Böylece, ulusal pazarlarını korumak isteyen devletler arasında baş gösteren ayrımcı muameleler, uluslararası ticaretin gelişimini engellemiştir.

Ticaretin serbest kılınması ile mal ve hizmet uyumsuzluklarına dayalı çıkabilecek olası savaş sebeplerinin önüne geçmek için bir araya gelen Avrupa devletleri, Avrupa Ekonomi Alanını kurarak üye devletlerin serbest ticareti kısıtlayacak uygulamalarını yasaklayan bir güvence sistemi oluşturmaya gayret göstermiştir. Malların serbest dolaşımı ilkesi, bu hususta öncelikli olarak prensip edinilmiştir. Bu şekilde üretimde etkinliğin artmasının ve farklı ülkelerdeki üreticilerin birbirleriyle doğrudan rekabet etmesine izin verilmesinin amaçlandığı söylenebilecektir³⁴.

B. Serbest Dolaşıma Konu Olan Mal Kavramı

Malların serbest dolaşımının sağlanması için bertaraf edilmesi gereken engellerden birini konu edinen bu çalışmada, ticarete serbest dolaşımın esasını teşkil eden “mal” (goods) kavramının kullanıldığı anlam üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Mal, genel anlamda ticarete konu olan her türlü şey/eşyadır³⁵. Ancak yine de ticarete konu olan bazı şeylerin niteliği hakkında net bir tanım yapmak mümkün olmayabilir. Bu nedenle, Adalet Divanı'nın, önüne gelen bazı davalarda malların serbest dolaşımına konu olmaları açısından dava konusu şeyler üzerinde açıklama yapma gereği duyduğu görülmektedir.

Mal kavramının tanımlanmasına ilişkin önemli bir dava olan C-7/68 sayılı *Komisyon v. İtalya (Kunstschatze I)*³⁶ Kararında Divan, para ile ölçülebilir nitelikte olan ve ticari işlemlerin konusunu oluşturan ürünlerin mal mahiyetinde olduğunu³⁷, ancak tarihi ve sanat değeri olan eserlerin bu tanımın istisnasını oluşturduğunu

³⁴ Stephen WEATHERILL, **Cases and Materials on EU LAW**, 7. Edition, New York, 2006 (WEATHERILL, Cases and Materials), s.341; CANDAN, s.2.

³⁵ YAVAŞI, s.28; GÜNEŞ, s.272.

³⁶ C-7/68 Komisyon v. İtalya; "Re Export Tax on Art Treasures- Kunstschatze -No:1" (1968) ECR.423-634.

³⁷ Cansu KORKMAZ, “Free Movement of Goods In European Union Member States”, *Kadir Has Üniversitesi*, https://www.academia.edu/2583771/Free_Movement_of_Goods_in_European_Union (21 Ocak 2018), s.2.

belirtmiştir. Divan'a göre, yürürlükten kaldırılmış olan ve koleksiyon parçası olarak kullanılan altın ve gümüş gibi metal paralar harcama için kullanılamayacağından mal olarak nitelendirilecektir³⁸.

Örneğin, İngiltere'de yasak olan eski para ticareti adı altında eski paraları eriterek ithal ettiği tespit edilen bir firma, İngiliz hukukuna göre yasak olan bu işlem sebebiyle mahkum edilmiş ve söz konusu firma tarafından ilgili İngiliz yasağının malların serbest dolaşımını kısıtlamasını iddia etmesi üzerine, dava ön karar usulü ile Adalet Divanı önüne getirilmiştir.

İngiltere, 1947 yılından önce basılmış olan ve tedavülden kalkmış bulunan altın ve gümüş paraların eritilerek ülkeye ithal edildiğini, bu işlemin ülke yasalarına göre kamu düzeni gereğince yasak olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, firmanın eski para ticareti perdesinin arkasına gizlenerek ülkeye altın ve gümüş ithal ettiğini tespit etmiş ve İngiltere'ye altın ve gümüş ithali yasak olduğu için firmanın mahkumiyetine karar vermiştir. Adalet Divanı ise, öncelikle ilgili madeni paraların bir ödeme aracı olarak kullanılamaması sebebiyle "mal" kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁹.

Adalet Divanı'nın, mal kavramını belirlerken ilk olarak Birlik sınırlarından içeri giren eşyanın belirlenmesine, daha sonra ise o eşyanın gümrük mevzuatına göre tasniflendirilmesine özen gösterdiği görülmektedir. Bu tasniflendirmeyi yaparken ise, ulusal tanımlamalardan bağımsız olarak⁴⁰ ürünün kullanıcı hedef kitlesini, ürüne yönelik teamülleri ve ürünün özelliklerini inceleyerek karar vermiştir. Örneğin, çocuk taşımak için kullanılan kangurunun puset olarak mı yoksa sırt çantası olarak mı sınıflandırılacağı konusunda görüş bildirdiği bir davada, hedef kitlenin bu ürünü sırt

³⁸ C-7/68 Komisyon v. İtalya (1968) ECR 423.

³⁹ C-7/78 Regina v Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss (1978) ECR.2247. Ayrıca bkz. Nicholas GREEN, Trevor C. HARTLEY ve John Anthony USHER, **The Legal Foundations of The Single European Market**, New York, 1991, s.83.

⁴⁰ C-229/87 Komisyon v. Yunanistan (1988) ECR I-6347; Hukuki şekil önemli değildir, ulusal hukukun nasıl tanımladığıyla ilgileneilmemektedir.

çantası olarak değil, puset işlevi nedeniyle kullandığına dikkat çekerek puset kategorisi kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir⁴¹.

Atıkların niteliğinin tartışıldığı *Abfall*⁴² Davasında, Adalet Divanı, atıkların geri dönüştürülebilir olup olmadığının belirlenmesinin sınır geçişleri esnasında oldukça zor olduğunu ve atıkların yeniden değerlendirilip ticari bir değere kavuşması ihtimali olsa bile, böyle bir ayırım yapmaksızın tüm atıkların mal kapsamında olduğunu kabul etmiştir.

Bununla birlikte mal kavramı, satış yanında hizmete konu malları da kapsamakta⁴³, ancak hizmetleri kapsamına almamaktadır⁴⁴. Bir diğer ifadeyle, internetten indirilen yazılımlar gibi gayrimaddi niteliğe sahip hizmetler, hizmet niteliğinde olduğundan mal olarak nitelendirilememektedir; ancak gayri maddi hizmetler içeren plak, film, CD, DVD gibi ticari değeri olan şeyler, mal olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Bu nedenle yazılım programları içeren bellek ve hard disk gibi taşıyıcılarda, yalnızca taşıyıcının değeri dikkate alınmakta, içinde taşıdığı programın değerine bakılmamaktadır⁴⁶. Yine televizyon ve radyo yayınlarının sınır ötesinde gösterilmesi mal kavramında değerlendirilmemektedir⁴⁷.

Diğer taraftan, rüzgar, doğal gaz, elektrik enerjisi gibi parasal karşılığı olmasına rağmen maddi karşılığı olmayan unsurların mal olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır⁴⁸. Su bu kapsamda değildir, çünkü akışkan bir hacme sahip olması ve cisimlendirilebilmesi sebebiyle mal olarak kabul edilmektedir. Elektrik ve rüzgar ise

⁴¹ Opinion-288/99, VauDe Sport GmbH & Co. KG formerly VauDe Sport Albrecht von Dewitz v Berfinanzdirektion Koblenz ZuVA-Außenstelle Frankfurt am Main (2001); Dava için bkz. C-288/99 Frankfurt am Main (2001) ECR I-3684, para.28, 31.

⁴² C-2/90 Komisyon v. Belçika (1992) ECR I-4431, para.26 vd.

⁴³ C-45/87 Komisyon v. İrlanda (1989) ECR 4929.

⁴⁴ C-97/98 Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson (1999) ECR I-7319.

⁴⁵ C-155/73 Giuseppe Sacchi (1974) ECR 409, para.7; C-92/92 ve C-326/92 Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH. (1993) ECR I-5145, para.23.

⁴⁶ CAN, s.388.

⁴⁷ C-155/73 Giuseppe Sacchi (1974) ECR 409.

⁴⁸ KORKMAZ, s.3.

sürekli bir akım halinde olduğundan depolanamamaktadır. Bu maddelere ilişkin soru işaretlerini gideren Adalet Divanı, elektrik, karbon veya gaz gibi enerji kaynaklarının tüketime yönelik olması ve parasal bir karşılığı bulunması sebebiyle mal niteliğinin bulunduğunu kabul etmiştir⁴⁹.

Görüldüğü üzere her eşya, uluslararası ticaret sınırları içinde mal kavramı dahilinde değerlendirilmediği gibi, mal kavramına girdiğinde ise kullanım amacı ve işlevi dikkate alınarak farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedir. Bir şeyin mal olarak nitelendirilmesi noktasında öne çıkan unsur, parasal bir karşılığının bulunup bulunmamasıdır. Şayet bir şeyin parasal karşılığı varsa, o şeyin mal olarak ticarete konu olabileceği ve böylece malların serbest dolaşımı kapsamında uluslararası ticaret hayatında yerini alabileceği söylenebilecektir.

II. MİKTAR KISITLAMALARI VE EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER YASAĞI

A. Miktar Kısıtlamaları Kavramı ve Unsurları

1. Kavram

Miktar kısıtlamaları, uluslararası ticaret hukukuna göre, devletlerarası ithalata getirilen sayısal kısıtlamalar olarak değerlendirilmekte iken⁵⁰, AB Hukukunda genel olarak, devletlerin belirli bir dönemde ithal veya ihraç edilebilecek mal hacmi üzerine fiziki miktar veya değer olarak koyduğu kısıtlamalar (kotalar) olarak tanımlanmaktadır⁵¹.

⁴⁹ C-393/92 Municipality of Almelo ve diğerleri v. NV Energiebedrijf Ijsselmij (1994) ECR I-1477, para.27; C-158/94 Komisyon v. İtalya (1997) ECR I-5789; C-159/94 Komisyon v. Fransa (1997) ECR I-5815.

⁵⁰ Stephen WEATHERILL ve Paul BEAUMONT, **EU Law**, Londra 1999, s.501.

⁵¹ GREEN, HARTLEY ve USHER, s.51; Lorna WOODS, **Free Movement of Goods and Services within the European Community**, Ashgate, 2004, s.49-50; Halil SEYİDOĞLU, **Uluslararası İktisat: Teori, Politika ve Uygulama**, 15. Baskı, İstanbul 2003, s. 161; aynı yönde bkz. YAVAŞI, s.40.

Bu tanıma ulaşma yolunda ilk adımı 1974 yılında verdiği *Geddo v. Risi*⁵² Kararıyla atan Adalet Divanı⁵³, miktar kısıtlaması kavramını, “malların üye devlet topraklarına girişini, ithalini, ihracını veya transit geçişini tamamen veya kısmen yasaklayan yahut ithalatı değer veya zamanla kısıtlayan veya imkansızlaştıran tüm önlemler” olarak tanımlamış; “miktar kısıtlaması yasağının, ticari hayatın gereklerine göre ithalatta veya ihracatta veya nakliye halindeki mallara uygulanan tam veya kısmi kısıtlamaları kapsadığını” belirtmiştir⁵⁴. Böylece bir devletten gelen ya da bir devlete giden malların miktarını kısıtlayan kotaların, miktar kısıtlamaları içinde değerlendirildiği görülmektedir⁵⁵. Miktar kısıtlamaları bu bağlamda, üye devletlerin belirli bir dönemde ithal veya ihrac edilebilecek mal hacmi üzerine fiziki miktar veya değer olarak koyduğu sınırlamaları ifade etmektedir⁵⁶. Yapılan bu kısa tanıma takip eden Divan, kullanılan teknik ya da açıklama ne olursa olsun kısıtlama ile aynı etkiye sahip bir eş etkili önlemin de meydana gelebileceğini belirtmiştir⁵⁷.

*R v. Henn & Darby*⁵⁸ Kararıyla birlikte bu tanıma ilave olarak; “sayı, ağırlık, değer veya diğer sayısal değerler ile ithalatın ve ihracatın yasaklanması veya sınırlandırılması” kıstasları getirilmiş ve bunlara genel olarak “kota” denilmiştir⁵⁹. Buna göre miktar kısıtlamaları, ithalat veya ihracat üzerindeki bir yasak anlamına gelmektedir

⁵² C-2/73 Riseria Luigi Geddo v. Ente Nazionale Risi (1974) ECR 865; Paul CRAIG ve Gráinne de BURCA, **EU Law: Text, Cases and Materials**, 5. Edition, New York, 2011, s.639.

⁵³ Ayrıca bkz. BARNARD, s.72.

⁵⁴ C-2/73 Riseria Luigi Geddo v. Ente Nazionale Risi (1974) ECR 879, para.7; ayrıca bkz. Nigel FOSTER, **Questions & Answers EU Law**, 6. Edition, Oxford, 2007, s.129; WEATHERILL, **Cases and Materials**, s.338; CANDAN, **Malların Serbest Dolaşımı**, s.28, GÜNEŞ, s.283; Senem GÜRBÜZER, **"Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Malların Serbest Dolaşımı"** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC. Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2010), s.78.

⁵⁵ BARNARD, s.72.

⁵⁶ GÜNEŞ, S.283.

⁵⁷ C-2/73 Riseria Luigi Geddo v. Ente Nazionale Risi (1974) ECR 865, para.7. Ayrıca bkz. WEATHERILL, **Cases and Materials**, s.338.

⁵⁸ C-34/79 Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby (1979) ECR 3795.

⁵⁹ C-34/79 Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby (1979) ECR 3812, para 12, 13. Ayrıca bkz. Enver BOZKURT, Mehmet ÖZCAN ve Arif KÖKTAŞ, **"Avrupa Birliği Hukuku"**, 6. Baskı, Ankara 2012, s.223; aynı yönde bkz. Hakan Serdar ÇÖPOĞLU, **"Avrupa Birliği'nde Malların Serbest Dolaşımında Eş Etkili Önlemler"**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009), s.73; YAVAŞI, s.40.

ve davada, Birleşik Krallık'ın pornografik materyaller üzerinde uyguladığı ithalat yasağı, 34 üncü maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle miktar kısıtlaması olarak kabul edilmiştir⁶⁰.

Divan'ın, söz konusu yoruma ulaşırken ulusal düzenlemelerin yapmış olduğu etkinin kısıtlama teşkil edip etmediği noktasına yoğunlaştığı anlaşılmaktadır. Bu kısıtlamalar, bir yıl içinde ithal edilecek yabancı otomobil sayısının bin (1.000) adet olacağı veyahut X marka otomobiller bakımından onbin (10.000) adet ithalat yapılabileceği örneğinde olduğu üzere fiziki anlamda düzenlenebildiği gibi⁶¹, 2016 yılı içinde 1 milyon USD (\$1.000.000) değerinde yabancı otomobil ithalatına izin verileceği şeklinde düzenlenerek malın değeri üzerinden de getirilebilmektedir.

2. Unsurlar

a. Kamu Otoritesi Tarafından Yerine Getirilme

Ortak Pazar içindeki ithalatı veya ihracatı engelleyici ulusal düzenlemenin, kamu otoritesi kullanılarak oluşturulması gerekmektedir. Kamu otoritesi kullanılarak yapılan düzenlemelerin birinci hâli, ulusal düzenlemenin doğrudan bir üye devlet tarafından oluşturulması ve uygulanmasıdır. Bir başka ifadeyle, Avrupa Birliği İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 34 ve 35 inci madde hükümleri, yalnızca devlet tarafından uygulanan önlemler için geçerlidir⁶². Özel hukuk kişisi olan teşebbüslerin düzenleme ve uygulamaları ise, miktar kısıtlaması ya da eş etkili önlem sayılmamaktadır⁶³. Bu tür uygulamalar, genelde Rekabet Hukuku alanına girmekte ve ulusal düzenlemeler ile rekabet kurallarınca sınırlanabilmektedir. Serbest dolaşımı ilgilendiren kurallar ise genelde devletin yetki alanına giren kamusal nitelikte kurallardır⁶⁴.

⁶⁰ C-34/79 Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby (1979) ECR 3817. Ayrıca bkz. BARNARD, s.73.

⁶¹ SEYİDOĞLU, s.161; GÜNEŞ, s.283.

⁶² Jukka SNELL, **Goods and Services in EC Law; A Study of the Relationship Between the Freedoms**, United Kingdom, 2002, s.219.

⁶³ Kamu iktisadi teşebbüslerinin düzenlemeleri de eş etkili önlem sayılabilir.

⁶⁴ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.221.

Bununla birlikte, üye devlet eylemleri ile kastedilen eylemlerin sınırını belirlemek gerekir. Öyle ki, ortak tarım politikasının uygulanması gibi Antlaşmanın diğer hükümleri ile açıkça bunu yapmaya yetkili kılınan Birlik kurumlarının uygulamaları, bu kapsamda değerlendirilebilir⁶⁵.

İkinci olarak, sivil toplum kuruluşları gibi özel nitelikte olmakla birlikte hükûmetin merkezi, bölgesel veya yerel her türlü eylem bakımından, herhangi bir kamu kurumu faaliyetini genişletmek ve yetkilerini kullanmak için tümüyle ya da kısmen devlet tarafından finanse edilen kuruluşlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁶⁶. *Buy Irish*⁶⁷ Davasında olduğu gibi, devletin veya kamu kuruluşlarının özel teşebbüs olarak yapmış oldukları faaliyetlerde kamu/özel ayrımını yapmak zor olduğundan⁶⁸, ulusal önlemler kataloğu AB Hukuku kapsamında geniş ele alınmaktadır⁶⁹. Kararda Divan, konseyin yönetim komitesinin İrlanda Hükûmeti tarafından atanması ve masraflarının birçoğunun hükûmet tarafından karşılanması vb. nedenlerle devlet tarafından desteklenen söz konusu kampanyanın, özel hukuk kişiliğini haiz bir konsey (İrlanda Ürün Konseyi) tarafından yürütülmesinin, devlet önlemi olarak değerlendirilmesine engel olmayacağını belirtmiştir⁷⁰.

Divan'ın bu kararını izleyen içtihatlarında, kamu otoritesinin elinin değdiği her düzenleme, devlet düzenlemesi olarak değerlendirilmiştir. Buna göre; merkezi, bölgesel ve yerel yetkili otoriteler ile yürütme organının yanında, yasama veya yargı organları,

⁶⁵ C-37/83 Rewe Zentrale AG v Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland. Ayrıca bkz. Josephine STEINER ve Lorna WOODS, **EU LAW**, 10. Edition, New York, 2009, s. 414.

⁶⁶ C-222/82 Apple and Pear Development Council v KJ Lewis Ltd ve diğerleri (1983) ECR 4083; C-470/03 A.G.M.-COS.MET Srl v Suomen valtio and Tarmo Lehtinen (2007) ECR I-2749; Ayrıca bkz. STEINER ve WOODS, s. 415.

⁶⁷ C-249/81 Komisyon v. İrlanda (1982) ECR 4005. Dava, İrlanda menşeli yerli ürünlerin tanıtımına ilişkindir ve söz konusu tanıtımı yapan işletme özel bir teşebbüs olduğu halde yönetim kurulu devlet tarafından atanmakta ve devlet tarafından desteklenmektedir.

⁶⁸ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.221.

⁶⁹ CAN, s.385

⁷⁰ C-249/81 Komisyon v. İrlanda (1982) ECR 4020, para.15, 23.

belirli şartlarla özel kuruluşlar ve üye devletin üzerinde kontrol yetkisine sahip olduğu kuruluşlar, üye devlet kavramına dahildir⁷¹.

Kamu otoritesinin kullanıldığı üçüncü hâl ise, Barolar Birliği, Tabipler Odası ve belediyeler gibi kendisine devlet tarafından özel yetki verilmiş yarı-özel meslek kuruluşları tarafından yapılan düzenlemelerdir. Çünkü devlet, bu kuruluşlara özel yetki vererek kamusal nitelikli görev ve sorumluluğunu devretmektedir⁷².

Bunlarla birlikte ayrıca, yasa, yönetmelik, idari kural ve usuller gibi klasik devlet işlemleri yanında, bağlayıcı talimatlar, bir bakanlığın talepleri, devlet tarafından organize edilen reklam kampanyaları, yaptırımlar veya ihaleler de kamu otoritesi kullanılarak oluşturulan önlemler içerisindedir⁷³.

Buy Irish Davasına benzer içerikte olan *CMA Gütezeichen*⁷⁴ Davasında ise, bir özel hukuk sermaye şirketinin organize ettiği, ancak devlet tarafından desteklenen 'Alman Toprakları Kalite Markası' bilgisini içeren ürün işareti verilmesi, devlet faaliyeti olarak kabul edilmiş ve köken belirtmesi sebebiyle ayrımcılık yarattığı sonucuna ulaşılmıştır. Benzer şekilde *The Queen*⁷⁵ Davasında, üye devletlerarasında ticareti engelleme kabiliyeti olan ve yetkili devlet organlarınca yapılan yasal ve idari düzenlemeler ile tavsiyeler de dahil olmak üzere, her türlü düzenleme miktar kısıtlaması ve eş etkili önlem kapsamında değerlendirilmiştir. *Rémy Schmit*⁷⁶ Davasında ise bir mahkeme kararı, kamu otoritesi olarak kabul edilmiş ve miktar kısıtlamasına eş etkili önlem mahiyetinde görülmüştür.

Burada hemen belirtelim ki, bir ulusal düzenlemenin miktar kısıtlaması oluşturup oluşturmadığı tespit edilirken, kamu otoritesinin kullanılmasının yanı sıra,

⁷¹ ÇÖPOĞLU, s.86.

⁷² Birleşik Dava C-266/87 ve C-267/87, *The Queen v Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers* (1989) ECR 1295. Ayrıca bkz. STEINER ve WOODS, s. 415.

⁷³ CAN, s.385.

⁷⁴ C-325/00 Komisyon v. Almanya, "*CMA Gütezeichen*" (2002) ECR I-9977.

⁷⁵ Birleşik Dava C-266/87 ve C-267/87, *The Queen v Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers* (1989) ECR 1295, para. 15.

⁷⁶ C-240/95 *Rémy Schmit* (1996) ECR I-3179. Dava, paralel ithalatta ayrımcı uygulamalar hakkındadır.

aynı zamanda ticareti engelleyici ya da kısıtlayıcı bir etkisinin de bulunuyor olmasına dikkat etmek gerekir. Nitekim *Kramer*⁷⁷ Davasında, stoktaki balıkları konserve yapmak amacıyla balık avlanmasına sınır getirilmesini öngören üye devlet düzenlemesi, kamu otoritesi tarafından oluşturulmasına karşın ticareti etkiler nitelikte olmadığından eş etkili önlem olarak kabul edilmemiştir.

b. Birlik İçi Ticareti Engelleyici Etki Yaratma

Gümrük Birliğinin işleyişini tehlikeye sokan miktar kısıtlamaları, Birlik içi ticareti engellediği anda 34 üncü madde uygulamasıyla karşı karşıya kalır. Konuyla ilgili olarak *Komisyon v. İtalya*⁷⁸ Kararında Adalet Divanı, domuz eti ithalatını geçici süreyle askıya alan İtalya'nın uygulamasını miktar kısıtlaması yasağına aykırı bulmuş, hukuka aykırı ulusal düzenlemelerin geçici veya sürekli uygulamasına ilişkin bir ayrıma veyahut istisnaya yer verilmediğini belirtmiştir⁷⁹.

Divan, miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemlerin tespitini yaparken, konu olan ulusal düzenlemenin bilfiil mevcut bir etki yahut istatistiksel olarak verilenebilecek bir ticari etki doğurmasını şart koşmamış, potansiyel olarak ticaretin engellenme ihtimalini de yeterli kabul etmiştir⁸⁰. Ayrıca, yasağın uygulanmasında üye devletin kastı da aranmamaktadır; ticareti zedeleyici etki tek başına yeterlidir⁸¹. Öyle ki, *Komisyon v. Fransa*⁸² Davasında Divan, çiftçilerin tarım ürünlerinin ithalatını engelleyen faaliyetleri karşısında Fransız polislerinin ihmalkar davranmasını miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak değerlendirmiştir⁸³. Fransa Devleti'nin pasif kalması, ABİA'nın amaçlarının yerine getirilmesine karşı potansiyel aykırılık içermektedir ve malların serbest

⁷⁷Birleşik Dava C-3, 4 ve 6/76, Cornelis Kramer ve diğerleri v. Hollanda (1976) ECR 1279. Dava, denizdeki biyolojik araştırmalar hakkındadır.

⁷⁸ C-7/61 Komisyon v. İtalya (1961) ECR 317.

⁷⁹ C-7/61 Komisyon v. İtalya (1961) ECR 329. Ayrıca bkz. ÇÖPOPLU, s.75.

⁸⁰ C-126/91 Yves Rocher GmbH (1993) ECR I-2361; C-177-178/82 Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV. (1984) ECR 1797; C-16/83 Karl Prantl (1984) ECR 1299.

⁸¹ ÇÖPOĞLU, s.74.

⁸² C-265/95 Komisyon v. Fransa; "Kızgın çiftçiler" (1997) ECR I-6959.

⁸³ C-265/95 Komisyon v. Fransa; "Kızgın çiftçiler" (1997) ECR I-7005, para.66. Ayrıca bkz. STEINER ve WOODS, s.415.

dolaşımının sağlanabilmesi için üye devletlerin gerekli ve uygun her türlü önlemi alması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁴.

Burada, üye devletlerin eş etkili önlemleri engelleme yükümlülüğünün ne zaman doğacağı ve sınırlarının ne olacağı sorularını sormak gerekir⁸⁵. Anılan "kızgın çiftçiler" kararından sonra, üye devletlerin eylem ya da eylemsizliklerinden kaynaklanan ticaret engelleriyle başa çıkmak için "Acil Müdahale Mekanizması" diye adlandırılan bir düzenleme yürürlüğe girmiş ve uyuşmazlık Adalet Divanı'nın önüne gitmeden Komisyon'a müdahale etme hakkı tanınmıştır⁸⁶.

Söz konusu düzenlemede, eylemsizlik tanımlanırken kızgın çiftçiler davasındaki ifadeler yer verilmiş ve bu gibi üye devletlerin hareketsiz kaldığı durumlarda harekete geçme yükümlülüklerini doğuran bir belirleme yapılmıştır. Buna göre, malların serbest dolaşımında ciddi bir aksama meydana gelmesi, etkilenen kişilerin ciddi biçimde zarar görmesi ve acil durum eyleminin gerekli olması aranmaktadır. Bu tür durumlarda, üye devletlerin, derhal harekete geçerek ticaret engellerini bertaraf etmeleri gerekli kılınmıştır⁸⁷. Ticaret engeli niteliğindeki eş etkili önlemlere karşı hareketsiz kalan üye devletlerin ise ihmal suretiyle 34 üncü maddeyi ihlal ettiği kabul edilmiştir.

Miktar kısıtlamaları kategorisi, devletin ithalata genel olarak izin verdiği, ancak özel olarak engel olduğu durumları da kapsamaktadır. Bu durumun bir örneği,

⁸⁴ Ayrıca bkz. Giovannini ORLADINI, "The Free Movement of Goods as a Possible Community Limitation or Industrial Conflict", *European Law Journal*, Vol.6, No.4, 2000, s.349.CRAIG ve de BURCA, s.625; WEATHERILL, *Cases and Materials*, s.353.

⁸⁵ C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich Schmidberger (2003) ECR I-5659. Ayrıca bkz. STEINER ve WOODS, s. 416.

⁸⁶ Regulation 2679/98 [OJ (1998) L337/8]. Ayrıca bkz. KORKMAZ, s.4.

⁸⁷ STEINER ve WOODS, s. 416; Ancak bu Tüzüğün uygulanması üye devletlerin keyfiyetine bırakıldığından uygulamada beklenen başarıyı yakalayamadığı tespit edilmiştir. 2007 yılında *Acil Müdahale Mekanizmasının* işleyişi hakkında Komisyon tarafından düzenlenen bir raporda, uygulamadaki problemlerin, Tüzüğün kapsamının yeterince açık ve net olmamasından kaynaklandığı ifade edilmiştir. Tüzüğe uymayan üye devletlere herhangi bir cezai yaptırım uygulanmaması ise, devletlere ilişkin bir takip mekanizmasının bulunmadığı şeklinde yorumlanmış ve üye devletlerin yükümlülükleri ölçüsünde tedbirler almasının, devletlerin tazminat sorumluluğu altında sağlanacağı ve Tüzüğün uygulanırılık kazanacağı belirtilmiştir.

*Rosengren*⁸⁸ Kararında görülmektedir. Uyuşmazlıkta, İsveç kuralları, kişilerin bireysel olarak mail yoluyla ya da internet üzerinden alkollü içki satın almasını yasaklamıştır; ancak şarap, bira ve alkollü içkilerin perakende satışlarında tekel olan devlet şirketi Systembolaget Şirketi'nden satın almalarına izin vermektedir. Ticaret bakımından devlet destekli şirketi, diğer özel hukuk kişisi şirketlerinden ayrıcalıklı bir hale getiren söz konusu uygulama, Adalet Divanı tarafından miktar kısıtlaması olarak kabul edilmiştir⁸⁹. Bununla birlikte, yerli sanayiler ve iç pazar piyasasının korunması da, gümrük duvarlarından ziyade miktar kısıtlaması ile yapılmaktadır⁹⁰. İhracatın fiilen engellenmesini miktar kısıtlaması yasağı kapsamında değerlendiren Adalet Divanı'na göre, “bir malın ihracatını ya da transit geçişini⁹¹ tamamen engelleyen veya miktar açısından kısmen kısıtlamalar getiren ulusal düzenlemeler”⁹² ABİA'nın 35 inci maddesine tabidir. Adalet Divanı, *Geddo v. Risi* Kararında da açıkça transit geçiş bakımından miktar kısıtlaması yapılamayacağına hükmetmiştir⁹³.

Divan, 118/86 sayılı Kararında⁹⁴, ulusal düzenleme gereği firmaların geri dönüştürülebilir atıklarını sadece buldukları bölgedeki birimlere satmak zorunda bırakılmasını ihracatı engelleyici bir düzenleme olarak kabul etmiş ve m.35 e aykırı bulmuştur⁹⁵. Bir başka kararında, miktar kısıtlaması yasağının serbest dolaşımda bulunan malları kapsadığını vurgulamıştır⁹⁶. İhracata yönelik miktar kısıtlamalarının

⁸⁸ C-170/04 *Rosengren v. Riksaklagaren* (2007) ECR I-4071. Aynı yönde bkz. C-185/05 *Komisyon v. İsveç* (2007) ECR I-129.

⁸⁹ C-170/04 *Rosengren v. Riksaklagaren* (2007) ECR I-4071, para.33.

⁹⁰ Haluk GÜNUĞUR, "**Avrupa Birliği'nin Kurucu Antlaşmaları, Gümrük Birliği ve Tek Pazar (İç Pazar)**", *Avrupa Birliği El Kitabı*, Ankara 1995, s.82.

⁹¹ Transit geçiş kısaca, ithalatın ardından yapılan ihracat anlamına gelmektedir. Transit geçiş konu karar için bkz. C- 266/81 *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) contre Ministero delle finanze, Ministero della marina mercantile, Circonscrizione doganale di Trieste et Ente autonomo del porto di Trieste* (1983) ECR 731.

⁹² CANDAN, *Malların Serbest Dolaşımı*, s.29; aynı yönde bkz. ÇÖPOĞLU, s.74; CAN, s.405.

⁹³ C-2/73 *Riseria Luigi Geddo v. Ente nazionale Risi* (1973) ECR I-879, para.7.

⁹⁴ C-118/86 *Openbaar Ministerie v. Nertsvoederfabriek zum sag. Stillschweigenden Ausfuhrverbot* (1987) ECR 3883.

⁹⁵ C-118/86 *Openbaar Ministerie v. Nertsvoederfabriek zum sag. Stillschweigenden Ausfuhrverbot* (1987) ECR 3891 vd. Ayrıca bkz. CANDAN, s. 28.

⁹⁶ Ayrıca bkz. C-41/76 *Danckerwolke v. Procurer de la République de Lille* (1976) ECR 1921. Aynı yönde bkz. C-59/84 *Tezi Textiel v Komisyon* (1986) ECR 887; YAVAŞI, s.40.

kaldırılmasına ilişkin bu tanımlamanın dayanağı olarak 359/67 Sayılı Birlik Tüzüğü⁹⁷ gösteren Divan, üye ülkelerin 3.ülkelere⁹⁸ yapacakları ihracatlarda miktar sınırlamalarının ve eş etkili önlemlerin yasaklandığını ve bu yasaklamanın, serbest dolaşımın sağlanması için Birlik içi ticareti de kapsadığını belirtmiştir⁹⁹.

*Delhaize*¹⁰⁰ Davasına konu olayda ise; Belçika'da bir şirket, İspanya'nın diğer üye devletlere toptan şarap ihracatı yasağına aykırı olarak İspanya'dan 3.000 hektolitrelik Rioja Şarabı sipariş etmiştir. Adalet Divanı, İspanya'nın söz konusu yasağına ilişkin kurallarının Antlaşmanın 35 inci maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır¹⁰¹.

B. Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler

1. Genel Olarak

Avrupa Ekonomik İşbirliği Teşkilatı çerçevesinde kaldırılmaya başlanılan kota uygulamaları, 1958 yılı itibariyle Birlik dahilinde büyük oranda ilga edilmiştir¹⁰² ve artık miktar kısıtlaması olarak uygulamada etkisini yitirmiştir¹⁰³. Ancak Antlaşmanın 34 üncü maddesinde yer alan miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler, örtülü şekilde uygulanması sebebiyle fark edilmesi oldukça güç önlemlerdir ve kavramın içi henüz net bir şekilde doldurulamadığından uygulamada büyük bir sorun haline gelmektedir. Bu belirsizlik hali¹⁰⁴, eş etkili önlemlerle uygulamada sıkça karşılaşılmasına ve pek çok

⁹⁷ Regulation 359/67/EEC of the Council "On the Common Organisation of the Market in Rice" [OJ (1967) 174/1].

⁹⁸ Avrupa Birliği üyesi olmayan ve Gümrük Birliği'ne taraf olmayan devletler, üçüncü ülke olarak nitelendirilmektedir.

⁹⁹ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.28.

¹⁰⁰ C-47/90 Etablissements Delhaize Frères et Compagnie Le lion SA v. Promalvin SA and AGE Bodegas Unidas SA (1992) ECR I-3669. Aynı yönde bkz. C-388/95 Belçika v. İspanya (2000) ECR I-3123.

¹⁰¹ C-47/90 Etablissements Delhaize Frères et Compagnie Le lion SA v. Promalvin SA and AGE Bodegas Unidas SA (1992) ECR I-3712. Ayrıca bkz. BARNARD, s.72.

¹⁰² Josephine SHAW, **European Community Law**, 1. Edition, Oxford, 1993, s.273.

¹⁰³ GÜRBÜZER, s.79.

¹⁰⁴ WEATHERILL, Cases and Materials, s.346.

davanın, dava konusunun eş etkili önlem niteliğinin sorulması amacıyla ABAD önüne gönderilmesine sebep olmaktadır.

Eş etkili önlemler, ulusal pazarlarını, malların mahiyeti, paketlenmesi, işaretlenmesi gibi kurallardan ve rekabetten korumak isteyen üye devletlerin gizli korumacılığının bir yansımasıdır. Üye devletler, bu tür önlemlere başvurarak iç pazardaki rekabette kendi mallarına avantaj sağlamak istemektedir¹⁰⁵. Bu nedenle uygulamada geniş bir yelpazeye sahip olan bu kavram, çeşitli isimler altında kendini göstermekte ve doktrinde “formalitelere savaşı”¹⁰⁶, “üye devletlerin gizli silahı” ve “menfaatler arası denge arayışı”¹⁰⁷ gibi benzetme ve söylemlerle anılmaktadır.

Bu süreçte geliştirilen yaklaşımlar ve ölçütlere göz atıldığında, ayrımcılık teşkil eden veya ithalatı büyük ölçüde engelleyen uygulamaların eş etkili önlem sayılması gerektiği üzerinde durulduğu; ölçütlerden ise, üye devlet düzenlemesinin etkisinin hissedilirliği, düzenlemenin amacı ve Kurucu Antlaşma amaçlarıyla uygun yorum ilkesinin ön plana çıkarıldığı görülmektedir¹⁰⁸. Gerçekten 34 üncü maddenin uygulama alanı da Birliğin amaçları¹⁰⁹ ve iç pazar hedeflerine uygun şekilde yorum yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Belirtelim ki, miktar kısıtlaması kavramını açıklarken bahsetmiş olduğumuz ölçütler, eş etkili önlemler için de geçerlilik arz etmektedir. Avrupa Birliği sistemi içinde ülkesel yahut bölgesel sınır geçişlerinin bulunduğu, ticari hayata ve ortak pazara bilfiil veya potansiyel olarak etki eden üye devlet düzenlemeleri, eş etkili önlem niteliğinde kabul edilmektedir.

¹⁰⁵ GÜNEŞ, s.284.

¹⁰⁶ Nicholas MOUSSIS, **Avrupa Birliği Politikalarına Giriş Rehberi**, Ahmet Fethi (çev.), İstanbul, 2004, s.87.

¹⁰⁷ Sanem BAYKAL, **AB’de Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Farklı Menfaatler Arasında Denge Arayışı**, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Prof. Dr. Ahmet Gökdere’ye Armağan, C.5, No.2, 2006, s.103-129.

¹⁰⁸ Söz konusu yaklaşımların ayrıntılı incelemesi için bkz. CANDAN, s.87-104.

¹⁰⁹ Avrupa Birliği’nin bütünleşme amacı, üye devletler tarafından akdedilen Maastricht Antlaşması’nda açıkça belirtilmiştir; “işbu antlaşma ile kurulmuş işbirliği Avrupa halkları arasında daha sıkı ve kesintisiz birliği kuracak olan süreçte, ...yeni bir aşama kaydetmektedir.” Avrupa Birliği Antlaşması’nın 3üncü maddesi de Birliğin gelişmekte olan yapısını ve amaçlarını net bir şekilde açıklamıştır.

Malların mahiyeti, paketlenmesi, işaretlenmesi gibi kurallar getirerek malların serbest dolaşımını ihlal eden devletler, ulusal pazarlarını korumak için miktar kısıtlaması yasağını aşarak alternatif kısıtlamalar oluşturmaktadır. Bu kısıtlamalar, devletlerarası ticareti engellemesine rağmen miktar kısıtlaması olarak tanımlanmadığından, miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler şeklinde adlandırılmaktadır¹¹⁰. Bir diğer ifadeyle, bu tür uygulamalar, birer miktar kısıtlaması teşkil etmese bile, miktar kısıtlamalarıyla aynı etki ve sonuçları doğurdıkları için 34 üncü madde yasağı kapsamına dahil edilmektedirler.

Üye devletlerce oluşturulan bu tür kısıtlamaların temel nedenlerinden bir diğeri, ulusal hukuk düzenleri arasındaki mevzuat farklılıklarıdır¹¹¹. Ortak pazarı ilgilendiren alanlarda üye devletler, Avrupa Birliği tarafından yapılan uyumlaştırmalara ve düzenlemelere tabidirler ve bu alanlarda artık üye devletlerin ulusal düzenleme yapma yetkisi askıya alınmış durumdadır. Ancak ortak pazarı ilgilendiren bir alanda henüz böyle bir uyumlaştırma veya düzenleme yapılmamışsa, üye devletlerin ilgili alan hakkında askıya alınan düzenleme yapma yetkisi, subsidiarity¹¹² ve proportionality¹¹³ prensipleri çerçevesinde yeniden canlanmaktadır. Söz konusu bu durum, uluslararası ticaret sahasında farklı uygulamalara neden olması sebebiyle ticaret engelleri oluşturmakta, böylece malların serbest dolaşımını kısıtlamaktadır.

Özellikle kendi menfaatleri doğrultusunda ulusal düzenleme getiren üye devletler ile diğer üye devletler arasında çıkan uyuşmazlıklar ise, genel olarak, Adalet Divanı nezdinde doğurdıkları etkiye bakılarak değerlendirilirler. Ancak burada önemle

¹¹⁰ C- 2/73 Riseria Luigi Geddo v Ente Nazionale Risi (1973) ECR 879.

¹¹¹ CAN, s.406.

¹¹² Türkçeye “yerellik, yerindenlik, ikincillik ilkesi” ya da “hizmette halka yakınlık ilkesi” olarak çevrilen, İngilizce, Fransızca ve Almanca karşılığı sırasıyla “principle of subsidiarity”, “subsidiarité” ve “Subsidiaritätsprinzip” olan ilke, alınacak kararların ve uygulamaların vatandaşlara en yakın yönetim mekanizması tarafından alınması gerekliliğini öngörür ve AB tasarruflarını, üye devletler tarafından aynı amaca daha etkin ulaşılması koşuluyla sınırlar. İlkeye göre üye devletler ile Birliğin yetkilerinin paylaşıldığı alanlarda üye devletlerin yetkisi asıl, Birliğin yetkisi ise ikincil niteliktedir. Türk Hukuk literatüründe ise bu ilke “talilik ilkesi” olarak yerleşmiştir.

¹¹³ Türkçe’de “orantılılık ilkesi” olarak kullanılan söz konusu ilke, kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasındaki orantının kurulmasını hedeflemektedir. Bu ilkeye göre, Avrupa Birliği içindeki hiçbir tasarruf, Antlaşmanın amaçlarının elde edilmesi için gerekli olan düzeyden daha ileriye gidemez.

belirtilmelidir ki, söz konusu ulusal düzenleme yapma yetkisinin çıkış kaynağı Avrupa Birliği Hukuku ise, diğer bir ifadeyle, eş etkili sayılan düzenleme, aslında bir Avrupa Birliği Hukuku düzenlemesinin verdiği yetkiden kaynaklanıyorsa, bu düzenleme haklı görülerek eş etkili önlem yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir. O halde, ortak pazarı ilgilendiren bir alanda düzenleme yapma yetkisinin çıkış kaynağının, yasağın kapsamını belirlemek bakımından önem taşıdığı söylenebilecektir.

Bununla birlikte, bir ulusal düzenlemenin eş etkili önlem oluşturup oluşturmadığı, ancak o düzenlemenin meydana getirdiği yahut getirebileceği muhtemel sonuç ve etkiye bakılarak anlaşılabilir¹¹⁴. Kanun koyucuya göre, kısıtlamanın “etkisi”¹¹⁵ onun amacından çok daha önemlidir¹¹⁶. Düzenlemeyi yapan üye devletin niyeti Birlik içi ticareti engellemek olmasa da sonuç olarak öyle bir etki doğurmuşsa, bu düzenleme, eş etkili önlemler kapsamına girecektir.

Görüldüğü üzere Rekabet Hukukunda hakim olan “*de minimis*” kuralı, AB hukuku dahilinde malların serbest dolaşımı bahsinde yer almamaktadır¹¹⁷. Kurala göre, kâr-zarar durumları hesaplandıktan sonra uygulamanın ticari hayata ne kadar etki ettiğinin görülmesi gerekmektedir. Ancak AB Hukukunda eş etkili önlemlerin tespiti yapılırken ticari hayatın sekteye uğraması¹¹⁸ yahut sekteye uğraması için potansiyel bir etki yeterlidir¹¹⁹, ayrıca kesin veriler şeklinde zarar veya etki oranına ihtiyaç yoktur.

Miktar kısıtlamalarına eş etkiye sahip önlemler, miktar kısıtlamaları gibi sayısal nitelik taşımadıkları için kolayca tespit edilememekte, etki ve sonuçları da çoğu zaman kesin veriler şeklinde ortaya konamamaktadır. Bu itibarla, eş etkili önlemler kavramını, ABİA' nın 3 üncü maddesini¹²⁰ dayanak alarak inceleyen Adalet Divanı, bu kavramın

¹¹⁴ Bazı durumlarda ulusal düzenleme kusurlu olarak görülmesi bile aşırı yaptırımlar getirmesi nedeniyle eş etkili önlem olarak kabul edilebilmektedir; C-41/76 Donkerwolle (1976) ECR 1921.

¹¹⁵ ABİA m.3, 28 ve 29 da “effect” kelimesi kullanılmıştır. Ayrıntı için bkz; BOZKURT, s.224 dip. 38.

¹¹⁶ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.224.

¹¹⁷ C-16/83 Karl Prantl (1984) ECR 1299.

¹¹⁸ CAN, s.405.

¹¹⁹ YAVAŞI, s.40.

¹²⁰ ABİA m.3 te yer alan gümrük birliği, iç pazarın işleyişi için gerekli rekabet kurallarının oluşturulması ve ortak ticaret politikası dikkate alınarak incelenmiştir. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.223.

ticaretteki sayısal kısıtlamalardan ibaret olmadığı ve farklı şekillerde tezahür edebileceği sonucuna ulaşmış ve eş etkili önlem kavramını dar kalıplar ve kesin sınırlar içine yerleştirmekten imtina ederek önüne gelen davalarda geniş yorum yapma yoluna gitmiştir¹²¹. Örneğin, *Re HT Milk*¹²² Davasında, Birleşik Krallık düzenlemesi Divan tarafından eş etkili önlem kabul edilmiştir. Düzenlemeye göre; UHT tekniğiyle üretilen sütün ithali için ithalat belgesine sahip olmak ve sütün yerel mercilerce yetki verilmiş bir mandırada paketlenmiş olması aranmaktadır. Üreticilere fazladan yük ve teferruat getiren bu durum nedeniyle sütler, tankerlerle getirilip Birleşik Krallık'ta paketlenmek mecburiyetinde bırakılmıştır. Birlik içi ticareti zorlaştıran söz konusu düzenlemenin, ABİA madde 34 e aykırılık içerdiği kabul edilmiştir¹²³.

Bir diğer davada, Divan, kuru pastaların “durum buğdayı” denilen özel bir çeşit undan yapılması ve normal un kullanılmaması şartını arayan İtalyan mevzuatı uygulamasını, diğer üye ülkelerde usulüne uygun olarak üretilen pastaların ithalini zorlaştırdığı gerekçesiyle miktar kısıtlamasına eş etkili sonuç doğuran bir kısıtlama olarak kabul etmiştir¹²⁴.

Bu davalara ek olarak, başka davalarda da Divan'ın, ithal edilen mallar için asgari veya azami fiyat belirleyen, ürünün maliyetini artırarak veya içeriğine müdahale ederek değerini düşüren, ithal ürünler için yerli ürünlerinkinden farklı ödeme koşulları öngören, sadece ithal ürünler için yerli ürünlere kıyasla daha farklı ve daha zor olan ambalajlama, kompozisyon, ürün kimlik tespiti, ürünün büyüklüğü, hafifliği vb. koşulları öngören, ithal mallara karşı yerli malların satın alınmasını teşvik eden veya ithal ürünlerin alımını engelleyen, yerli ürünlerle karşılaştırıldığında ithal mallarla ilgili reklam ve tanıtımı sınırlayan, yerli mallar için geçerli olanlardan farklı ve daha zor olan

¹²¹ CAN, s.407.

¹²² C-124/81 Komisyon v. Birleşik Krallık (Re HT Milk) (1983) ECR 203.

¹²³ C-124/81 Komisyon v. Birleşik Krallık (Re HT Milk) (1983) ECR 241. Ayrıca bkz. YAVAŞI, s.40.

¹²⁴ C-407/85 Drei Glocken v. USL Centro-Sud (1988) ECR 4233. Ayrıca bkz. BARNARD, s.102.

stoklama gereksinimini öneren veya zorunlu kılan uygulamaları da miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak kabul etmiştir¹²⁵.

Sonuç itibarıyla, eş etkili önlemler kavramının içi, Adalet Divanı tarafından verilen kararlarda yapılan yorumlar ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak Komisyon'un da, üye devletler tarafından oluşturulan eş etkili önlemlerin önüne geçmek için bugüne kadar oluşturulan mevzuatlarla ciddi bir yol kat ettiğini belirtmek gerekir.

2. Komisyonun Eş Etkili Önlemler Listesi: 70/50 Sayılı Yönerge

Miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasağı, Divan içtihatlarıyla geliştirilmiş ve ABİA'daki mevcut düzenleme ile son haline kavuşmuştur. Ancak söz konusu yasağın, daha Topluluğun kurulduğu yıllarda Kurucu Antlaşmada yerini aldığını belirtmek gerekir. Antlaşmanın bugün yürürlükte olmayan 33 üncü maddesiyle, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem niteliğindeki uygulamaların kaldırılması için Komisyona yönerge çıkarma yetkisi verilmiştir.

İlk etapta tavsiye vermekle yetinen ve yönerge oluşturmaktan geri duran Konsey ve Komisyon¹²⁶, eş etkili önlemlerin artması üzerine, Gümrük Birliği kuruluncaya dek toplam beş adet yönerge çıkarmış, daha sonra ise Adalet Divanı içtihatları çerçevesinde, uygulamada gündeme gelen ithalat ve ihracat kısıtlamalarını dikkate alarak ürün ve yasak türlerine göre spesifik yönergeler düzenlemiş¹²⁷, hatta zaman içinde değişen koşullara göre çıkarmış olduğu bir tüzüğün veya yönergenin yerine yenisini çıkarmak durumunda kalmıştır¹²⁸. Ancak bu ürün ve yönerge listesini burada vermek çalışmanın

¹²⁵ Kararlar için bkz. C-82/77 Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v Jacobus Philippus van Tiggele (1978) ECR 25; C-27/80 Anton Adriaan Fietje; "Likuer" (1980) ECR 3839; C-229/83 Association des Centres distributeurs Édouard v. SARL "Au blé vert" (1985) ECR 0001; C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291; C-261/81 Walter Rau v. De Smedt (1982) ECR 3961; C-788/79 İtalya v. Gilli ve Andreas (Re Italian Vinegar) (1981) ECR 2071; C-182/84 Miro; "Cin karışimli içki" (1985) ECR 3731; C-13/91 Michel Debus (1992) ECR I-3617; C-42/90 Procédure Pénale Contre Jean-Claude Bellon (1990) ECR I-4863; C-130/801 Keldermann (1981) ECR 527; C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR I-649; C-249/81 Komisyon v. İrlanda (1984) ECR 4005.

¹²⁶ ÇÖPOĞLU, s.79.

¹²⁷ 02.12.2010 tarih ve 1121/2010 sayılı Komisyon Yönergesi [OJ (2010) L 317/14].

¹²⁸ Kakao ve çikolata ürünlerinin serbest dolaşımını sağlamak için mülga 73/241 [OJ L 228/23] ve 2000/36 [OJ (2000) L 197/19] sayılı olmak üzere aynı alana ilişkin iki defa düzenleme çıkarılmıştır. Bu

sınırlarını aşacağından, yalnızca eş etkili önlemlere ilişkin temel mevzuat çalışmalarına değinmekle yetinilecektir.

Komisyon tarafından eş etkili önlemler hakkında oluşturulan ilk yönergeler sırasıyla şöyledir;

1. 28.07.1964 tarih ve 64/486 sayılı Almanya'da Patates İthalatının Takvimine Dair Yönerge¹²⁹,
2. 07.11.1966 tarih ve 66/682 sayılı Yerli Ürünlerin Satışı ile İthalatın Birleştirilmesi Yönergesi¹³⁰,
3. 07.11.1966 tarih ve 66/683 sayılı İthal Ürünlerin Piyasaya Sunumunun Kısıtlanması ve Toptan Yasaklanması ile Yerli Ürünler Avantaj Sağlanmasına Dair Yönerge¹³¹,
4. 17.12.1969 tarih ve 70/32 sayılı Kamu Alımlarında İthal Ürünler Ayrımcılık Yapılmasına Dair Yönerge¹³²,
5. 22.12.1969 tarih ve 70/50 sayılı Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemlerin Kaldırılmasına Dair Yönerge¹³³.

Bu yönergelerden 70/50 sayılı Yönerge, eş etkili önlemlerin değerlendirilmesi hususunda Adalet Divanı tarafından sıkça başvuru ve eş etkili önlem kavramının tespit edilmesi için yararlanılan önemli bir kaynak halini almıştır.

Söz konusu 70/50 sayılı Komisyon Yönergesi, 1966 da çıkarılan 66/682 ve 66/683 sayılı Yönergelerin 1969 da birleştirilmesi ile oluşturulmuştur. Bu Yönerge, geçiş dönemi¹³⁴ boyunca yürürlükte kalmış ve Gümrük Birliğinin kurulmasıyla birlikte

durum, söz konusu uyumlaştırıcı ve düzenleyici kuralların günün koşullarına göre oluşturulan geçici doğasının da bir göstergesidir.

¹²⁹ 28.07.1964 tarih ve 64/486/EEC sayılı Komisyon Yönergesi [OJ (1964) 2253/64].

¹³⁰ 07.11.1966 tarih ve 66/682/EEC sayılı Komisyon Yönergesi [OJ (1966) 3745/66].

¹³¹ 07.11.1966 tarih ve 66/683/EEC sayılı Komisyon Yönergesi [OJ (1966) 3748/66].

¹³² 17.12.1969 tarih ve 70/32/EEC sayılı Komisyon Yönergesi [OJ (1970) Nr. L 13].

¹³³ 22.12.1969 tarih ve 70/50/EEC sayılı Komisyon Yönergesi [OJ (1970) Nr. L 13].

¹³⁴ Yani henüz uyumlaştırmanın ya da Birlik tarafından düzenlemenin yapılmadığı dönem kastedilmiştir.

kaldırılmıştır. Ancak miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemlerin yorumlanmasında mahkemeler için önemli bir başvuru kaynağı olmaya devam etmektedir¹³⁵.

Yönerge sayesinde, üye devlet yönetimleri ile diğer kamu kuruluşlarının eylemlerinden doğan malların serbest dolaşımını kısıtlayıcı önlemlerin kaldırılmasının hedeflendiğini belirtmek gerekir. Söz konusu saik ile hareket eden Komisyon, miktar kısıtlamasına eş etkili önlemleri katı bir sınır çizerek tanımlama yoluna gitmemiş¹³⁶, ancak örnekler vererek yasak hakkında fikir sahibi olunmasını ve bir öngörü oluşmasını sağlamıştır.

Yönergenin önsözünde belirtildiği üzere, “*yasa, yönetmelik gibi hukuk kuralları ve idari kurallar ile istikrarlı ve düzenli şekilde uygulanan idari uygulamalar ve tavsiyeler gibi esinlendirmeler de dahil olmak üzere bir kamu merciinden kaynaklanan tüm işlemler*” miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kategorisindedir. Buna göre, işlemin düzenleme şekli ve hukuki bağlayıcılığı için herhangi bir koşul aranmaksızın, Birlik içi ticarete olumsuz etkisi olan her türlü devlet eylem ve işlemi eş etkili önlem olarak kabul edilmiştir¹³⁷. Örnek olarak; ithalatın izne bağlanması; zorlaştırılması, geciktirilmesi veya pahalılaştırılması, ithal mallara yönelik asgari veya azami fiyatlar ile yerli ürünlerden farklılaşan ödeme koşulları, yerli ürünlere nazaran ithal ürünlere uygulanması daha zor paketleme, kompozisyon ve depolama koşulları¹³⁸, sınır kontrolleri¹³⁹, acente/temsilci bulundurma zorunluluğu, ulusal ürün satın almaya teşvik politikaları, paralel ithalat kısıtlamaları ile kâr hadleri getiren ve ürünlerin özellikleriyle ilgili uzunluk veya ağırlık gibi sayısal değerlere ilişkin şartlar içeren hükümler¹⁴⁰, ticareti etkileyen uygulamalar arasında sayılmıştır¹⁴¹. Esasen bu örnekler, yönergenin 2

¹³⁵ STEINER ve WOODS, s.154; BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.229; GREEN, HARTLEY ve USHER, s.61.

¹³⁶ Gülören TEKİNALP ve Diğerleri, **Avrupa Birliği Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul, 1997 s.265.

¹³⁷ CAN, s.407.

¹³⁸ CRAIG ve de BURCA, s.639.

¹³⁹ C-53/76 Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier ve diğerleri (1977) ECR 197.

¹⁴⁰ TEKİNALP ve diğerleri, s.265.

¹⁴¹ 70/50 sayılı Direktif [OJ (1970) L 13/29] Madde 2 (3).

nci ve 3 üncü maddesinde sıralanmış olan listeden çıkarılmış¹⁴² ve Divan içtihatlarına ışık tutmuştur. Sayılan bu kısıtlamaların kaldırılmasına yönelik düzenlemelerin, serbest dolaşıma sokulmuş tüm ürünler için geçerli olduğu da Komisyon tarafından ayrıca vurgulanmıştır¹⁴³.

Komisyonun 70/50 sayılı Yönergede yer alan eş etkili önlemler kavramına ilişkin en önemli yorumu, ayrımcılık içeren hükümler (distinctly applicable) ile ayrımcılık içermeyen hükümler (indistinctly applicable) arasında bir ayırım gözetmesi¹⁴⁴ yani ayrımcılığı, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak iki farklı şekilde değerlendirmesi olmuştur¹⁴⁵. Bu ayırım, aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir:

a. Doğrudan Ayrımcı Uygulamalar (Madde 2)

Yönergenin 2 nci maddesi, ayrımcılık içeren hükümleri düzenlemiştir¹⁴⁶. Maddeye göre, yapılan kısıtlamaların etkisi, kısıtlamanın asıl amacını aşacak nitelikte ise ve aynı amaca başka yöntemlerle ulaşma imkanı varsa, bu durumda yapılan kısıtlamalar ve uygulamalar ayrımcı uygulamalardır¹⁴⁷. İthal ürün ile yerli ürüne eşit şekilde uygulanmayan bu hükümler, üye devletlerin kendi mallarını korumak için ithal ürünlerce karşılanması daha zor şartlar getiren kısıtlamaları¹⁴⁸ veya yalnızca belirli üye

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖPOĞLU, s.80-81; 2. maddede yer alan doğrudan ayrımcı uygulama listesi şu şekildedir: İthal mallar için yerli mallara nazaran aleyhte olabilecek fiyat veya sabit kar payı belirlenmesi, asgari ya da azami fiyat belirlemesi, maliyetteki artışa rağmen ithal ürünün fiyatının yükselmesine engel olunması, ithal ürünün değerinin düşürülmesi, ithal edilen ülkede temsilci/acente bulundurma zorunluluğu getirilmesi, özel ödeme koşulları, ithal ürünlerden garanti istenmesi ve büyüklük, uzunluk gibi standartların belirlenmesi, yerli ürünü teşvik eden uygulamalar, depolamaya ilişkin özel koşullar, gümrük kontrolleri, ithalatta karşılık arayan uygulamalar, yerli ürünlere verilen menşe isim hakkının ithal mallara verilmemesi.

¹⁴³ CANDAN, s.31.

¹⁴⁴ YAVAŞI, s.40; BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.230.

¹⁴⁵ Sigmar STADLMEIER, "Milestones on the Road to Keck", *Croatian Yearbook of Euroean Law and Policy (CYELP)* No.2, 2006, (51-68), <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/14/14> (10 Ağustos 2017), s.53.

¹⁴⁶ WEATHERILL, *Cases and Materials*, s.339.

¹⁴⁷ Alan DASHWOOD ve Derrick WYATT, *Wyatt and Dashwood's European Community Law*, 3.Edition, London, 1993, s.210; BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.232.

¹⁴⁸ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.230.

devlet ürünlerine karşı uygulanan düzenlemeleri içermektedir¹⁴⁹. Aynı zamanda doğrudan ayrımcı uygulamalar olarak da adlandırılan hükümler, yerli ürünler karşısında ithal ürünlerin kazanç sağlayacak şekilde pazarlanmasını zorlaştırarak rekabet etme güçlerini ellerinden alan sonuçlar doğurmaktadır¹⁵⁰.

Komisyunun yapmış olduğu bu ayırım, Adalet Divanı kararlarına da yansımış, bir ulusal düzenlemenin eş etkili önlem niteliği tartışılırken ayrımcılık içerip içermediği göz önünde bulundurulmuştur. Üye devletlerin, eş etkili önlemleri, kendi piyasalarının rekabet üstünlüğünü arttırmak maksadıyla çıkarmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, uygulamaların amacı ve ayrımcı mahiyeti doğrultusunda karar vermek kanımızca da isabetli görülmektedir, ancak tek başına yeterli değildir. Öyle ki, Divan tarafından 1982 yılında verilen bir kararda¹⁵¹, İtalyan hükûmetinin ithalat işlemlerinde aradığı depozit uygulaması, ithal ürünlere ek bir yük getirmesi nedeniyle Yönergenin 2 nci maddesi ile uyumlu görülmuş ve malların serbest dolaşımını engellediği belirtilmiştir¹⁵². Benzer şekilde bir başka davada¹⁵³, üretildiği ülkede patent haklarını ihlal etmemesine rağmen ithal edildiği ülkedeki patent haklarını ihlal eden bir ürünün pazarlanmasını engellemek için hukuki yardımda bulunulması, ayrımcı bir kısıtlama olarak görülmüştür¹⁵⁴. Yine İtalyan düzenlemesinin eş etkili önlem kabul edildiği bir davada¹⁵⁵, ikinci el araba ithalatı yapılması için arabaya ait tüm dokümanlar ile ithalat ve ihracat lisans belgesinin istenmesi ve gümrük formaliteleri gibi ayrımcı işlemler, Adalet Divanı tarafından Birlik içi ticareti engeller mahiyette bulunmuştur.

İrlanda'ya karşı açılan *Buy Irish*¹⁵⁶ Davasında, “yerli malı satın al kampanyası” bir eş etkili kısıtlama olarak kabul edilmiş ve ABAD, kampanyanın yerli üretici lehine bir ayrımcılık içerdiğini, ayrımcılığın devlet tarafından teşvik edildiğini ve yasak

¹⁴⁹ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.30.

¹⁵⁰ BAYKAL, s. 108.

¹⁵¹ C-95/81 Komisyon v. İtalya (1982) ECR 2187.

¹⁵² C-95/81 Komisyon v. İtalya (1982) ECR 2203. Ayrıca bkz. DASHWOOD ve WYATT, s.209.

¹⁵³ C-263/85 Allen and Hanburys v. Generics (1985) ECR 2281.

¹⁵⁴ Bu dava aynı zamanda karşılıklı tanıma ilkesinin de bir uzantısıdır.

¹⁵⁵ C-154/85 Komisyon v. İtalya (1986) ECR 1753; ayrıca bkz. BAYKAL, s.109.

¹⁵⁶ C-249/81 Komisyon v. İrlanda (1984) ECR 4005.

kapsamına girdiğini belirtmiştir¹⁵⁷. Bu kapsamda Divan tarafından eş etkili ayrımcı uygulama olarak değerlendirilen davalar arasında, *Apple and Pears Council*¹⁵⁸, *Campus Oil*¹⁵⁹, *International Fruit Company*¹⁶⁰ ve *Komisyon v. Fransa*¹⁶¹ Davaları da örnek verilebilir.

*Bouhelier*¹⁶² Davasında ise Divan, ihraç edilecek Fransız saatlerinin kalite kontrolüne tabi tutulmasına karşılık iç pazardaki satışlarda kalite kontrole tabi tutulmamasını, Yönergenin 2 nci maddesi kapsamında gümrük kontrollerine ilişkin ayrımcı önlemlerden saymıştır¹⁶³. *Irish Souvenirs*¹⁶⁴ ve *CMA-Gütezeichen*¹⁶⁵ Davalarına konu edilen, malın menşesinin ürün üzerinde belirtilmesi zorunluluğunu içeren ulusal düzenlemeleri ise ayrımcı düzenlemeler olarak değerlendirmiştir.

Adalet Divanı, bunlara ek olarak, farklı standartlarda üretilen ürünlere getirilen benzer uygulamaları da ayrımcılık olarak kabul etmiştir. Bu anlamda *Van Tiggele*¹⁶⁶ Davası örnek olarak gösterilebilir. Davada Adalet Divanı, sabit fiyat zorunluluğu sebebiyle sahip olduğu avantajlardan arındırılan ve yerli ürün seviyesine indirgenen ithal ürünler bakımından ayrımcılık oluşturulduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁶⁷.

¹⁵⁷ C-249/81 Komisyon v. İrlanda (1984) ECR 4019 vd. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.231.

¹⁵⁸ C-222/82 Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd ve diğerleri (1984) ECR 4083.

¹⁵⁹ C-72/83 Campus Oil v. Ministry of Energy and Industry (1984) ECR 2727.

¹⁶⁰ Birleşik Dava C-51 ve 54/71 International Fruit Company NV ve diğerleri v. Productschap voor Groenten en Fruit (1971) ECR 1107.

¹⁶¹ C-152/78 Komisyon v. Fransa (1980) ECR 2299.

¹⁶² C-53/76 Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier ve diğerleri (1977) ECR 197.

¹⁶³ C-50/85 Schloh v. Auto Centrole Technique (1986) ECR 1855. Ayrıca bkz. BAYKAL, s.109; Sağlık kontrolleri de 34.maddeye aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir.

¹⁶⁴ C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1980) ECR 1625.

¹⁶⁵ C-325/00 Komisyon v. Almanya (2002) ECR I-9993; Bir özel hukuk sermaye şirketi tarafından organize edilen ancak devlet tarafından desteklenen ürün işareti , “Alman Toprakları Kalite Markası” bilgisini içermesi ayrımcılık olarak değerlendirilmiş ve devlete isnat edilmiştir.

¹⁶⁶ C-82/77 Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v Jacobus Philippus van Tiggele (1978) ECR 25.

¹⁶⁷ C-82/77 Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v Jacobus Philippus van Tiggele (1978) ECR 41. Ayrıca bkz. BAYKAL, s.109.

b. Dolaylı Ayrımcı Uygulamalar (Madde 3)

Komisyona'nun eş etkili önlemlere ilişkin yaptığı ayrımın bir diğer kolunu, ayrımcı olmayan ya da diğer bir ifadeyle dolaylı ayrımcı hükümler oluşturmaktadır. Bu hükümler, genel olarak yerli ürünlerin ithal ürünlere nazaran daha kolay yerine getirebileceği düzenlemeler olarak kendini göstermektedir. Görünürde ülke sınırları içindeki tüm ürünlere eşit olarak uygulanan¹⁶⁸ kısıtlamalar da ayrımcılık içeren kısıtlamalar gibi Birlik içi ticareti ihlal eden etkiler doğurabilmektedir. Yönergenin 3 üncü maddesinde yer alan düzenleme ile malların pazarlanmasına ilişkin şekil, ölçü, ağırlık, içerik, büyüklük, sunum gibi konularda yerli ve ithal ürüne aynı şekilde uygulanan, ancak Birlik içi ticareti ve malların serbest dolaşımını engelleyen kısıtlamalar, 34 üncü maddeye aykırı kabul edilmiştir¹⁶⁹.

Adalet Divanı'nın, ayrımcı olmayan uygulamaları da eş etkili önlem yasağı kapsamında değerlendirmesinin nedeni, Avrupa Birliği üyesi tüm devletlerin ithalat kurallarını düzenleyen mevzuat hükümlerinin birbiriyle uyumlu olmasındaki zorluk ve Birlik tarafından yapılan mevzuat uyumlaştırmasının henüz tamamlanmamış olması şeklinde yorumlanmaktadır¹⁷⁰. *Reinheitsgebot für Bier*¹⁷¹ Davasında Divan, yerli veya ithal ürünler arasında ayırım gözetmeksizin uygulanan Bira Vergilendirme Kanunu'nu 34 üncü maddeye aykırı bulmuştur. Kanunun 9 uncu paragrafı, bir biranın Alman pazarında satılabilmesi için birtakım şartları sağlaması gerekliliğini öngörmekte, söz konusu şartları taşımayan yabancı biraların Almanya'ya ithalatını ise imkansız hale getirmektedir¹⁷². Almanya'daki bira üreticileri açısından bir zorluk teşkil etmeyen bu düzenleme, Alman Bira Vergi Kanunu'nu bilmeyen diğer üye devlet üreticileri açısından ticareti engelleyici niteliktedir. Yabancı üreticiler, hem bağlı buldukları ülkenin mevzuatına göre üretim yapmakta hem de ürünü ithal edecekleri ülkelerin mevzuatlarına göre ayrıca üretim yapmak mecburiyetinde bırakılmakta ve ithalat

¹⁶⁸ ÇÖPOĞLU, s.81.

¹⁶⁹ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.231; BAYKAL, s. 108; CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.31.

¹⁷⁰ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.232.

¹⁷¹ C- 178/84 Komisyon v. Federal Republic of Germany (1987) ECR 1227.

¹⁷² C- 178/84 Komisyon v. Federal Republic of Germany (1987) ECR 1264, para. 5, 6. Ayrıca bkz. CANDAN, s.32.

oldukça zor bir hale getirilmektedir. İşte bu sebeplerle Divan, ayrımcı nitelikte olmayan ulusal kısıtlamaların da diğerleri gibi Pazar içi dolaşımı engelleyici etkisini görmezden gelmemiş ve eş etkili önlem yasağı kapsamında değerlendirmiştir¹⁷³.

Dolaylı ayrımcılık içeren ulusal düzenlemelere ilişkin belirlemeler yapan Divan'a göre, malların satışını yer ya da zaman bakımından sınırlayan ya da engelleyen kurallar¹⁷⁴, malların kim tarafından satılabileceğine ilişkin koşullar getiren düzenlemeler¹⁷⁵, ürüne yönelik reklam ve kampanyalara getirilen kısıtlamalar eş etkili önlem yasağı kapsamına girmektedir¹⁷⁶. Ayrıca, bir ürünün üretim yerinin ambalajında belirtilmesi zorunluluğu, ancak o bölgenin ürün için ayırt edici özellikler taşıması halinde mümkündür. Aksi halde ambalaj üzerinde kökene ilişkin yer alacak ibareler, 34 üncü maddeyi ihlal edici niteliktedir¹⁷⁷.

Adalet Divanı, dolaylı ayrımcı düzenlemelerin ABİA madde 34 ü ihlal edebileceğine ilişkin içtihadını 1993 yılında verdiği *Keck ve Mithouard* Kararına dek sürdürmüştür. Birlik düzeyinde uyumlaştırma yapılan kadar üye devletlerarası mevzuat farklılıklarından kaynaklanan ve ayrımcılık içermeseler dahi 34 üncü maddeyi ihlal eden ticaret engellerinin varlığını kabul etmiştir¹⁷⁸. Ancak zamanla önüne gelen olay kategorilerine göre içtihadını önemli ölçüde değiştirmiş ve doğrudan ayrımcı-dolaylı ayrımcı uygulama ayrımını kaldırmış, yalnızca düzenlemenin doğurduğu ticareti engelleyici etkiye önem vermiştir.

Divan, 1974 yılında verdiği *Dassonville*¹⁷⁹ Kararında, dava konusu uygulamanın ayrımcı niteliğine bakmamış, ulusal önlemin Birlik içi ticareti engellemeye olan etkisini değerlendirmeye almış ve böylece madde 34 ün kapsamını genişleterek potansiyel

¹⁷³ C- 178/84 Komisyon v. Federal Republic of Germany (1987) ECR 1227

¹⁷⁴ C-145/88 Torfaen B. v B&Q plc (1989) ECR 3851.

¹⁷⁵ C-369/88 Jean-Marie Delattre (1991) ECR I-1487.

¹⁷⁶ C-362/88 GB-INNO-BM v Confédération du Commerce Luxembourgeois (1990) ECR I-667. Ayrıca bkz. BAYKAL, s.110.

¹⁷⁷ C-12/74 Komisyon v. Almanya (1975) ECR 181; C-261/81 Walter Rau v. De Smedt (1982) ECR 3961; C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994) ECR I-2039; C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb v. Clinique Laboratories SNC (1994) ECR I-317.

¹⁷⁸ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.34.

¹⁷⁹ C-8/74 Procureur de Roi v. Benoit & Gustave Dassonville (1974) ECR 837.

engelleri de eş etkili önlem kategorisine dahil etmiştir. *Dassonville* Kararını desteklediği *Cassis de Dijon*¹⁸⁰ Kararında, alkollü içkilerin üretimi ve pazarlanmasına ilişkin ortak bir Topluluk düzenlemesi bulunmadığından, alkollü içeceklerin satışına yönelik asgari alkol oranını şart koşan üye devlet düzenlemesini, diğer üye devletlerde üretilen daha düşük alkollü içeceklerin ithalatını engelleyeceğinden 34 üncü maddeye aykırı bulmuş ve eş etkili önlem olarak değerlendirmiştir. Ancak 2 nci maddede sayılan örnek eş etkili önlemler kategorisinde yer alan "ithal edilen ülkede temsilci veya acente bulundurma şartı yasağına" (m.2/3-g fıkrası) ilişkin bir olay gündeme geldiği bir davada¹⁸¹, Adalet Divanı'nın bu yöndeki içtihadında değişiklik yaptığı görülmektedir.

Divan, 1984 yılında görülen bu davada, yabancı ilaç firmalarının ürünlerini Alman pazarında satmasını, bu firmaların Almanya'da yerleşik bir temsilcisinin veya bir acente veya şubesinin bulunması şartına bağlayan Alman düzenlemesini eş etkili önlem kabul ederek hukuka aykırı bulmuş; bununla birlikte bu dava ile bir üye devlet uygulamasının eş etkili önlem sayılabilmesi için doğurduğu sonuçlar itibariyle Birlik içi rekabeti engellemesinin yeterli olduğunu belirtmiştir¹⁸². Aynı yönde verilen *Cinéthèque*¹⁸³ Kararında, bir uygulamanın 34 üncü madde kapsamında olabilmesi için ayırıcı olmasının bazen yeterli, hatta çok önemli olabileceğini, ancak bunun bir ön şart olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁸⁴.

ABAD'ın içtihat çizgisindeki değişikliklerden görüldüğü üzere, dolaylı ayırıcılık içeren hallerde *Dassonville*'de benimsenen usul ve esaslar uygulanmış; ancak sonraki kararlarda üye devlet düzenlemesi oluşturulurken güdülen amaç önemini kaybetmiş ve eşit koşullardan çok, AB içi ticarete engellerin kaldırılması ve gerçek bir iç pazarın kurulması fikrine ağırlık verilmiştir¹⁸⁵. Bu nedenle günümüzde, ayırıcı olsun

¹⁸⁰ C- 120/78 Rewe-Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (1979) ECR 649.

¹⁸¹ C-247/81 Komisyon v. Almanya (1984) ECR 1111.

¹⁸² C-247/81 Komisyon v. Almanya (1984) ECR 1119 vd. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.230.

¹⁸³ C-60-61/84 Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français (1985) ECR 2605.

¹⁸⁴ C-60-61/84 Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français (1985) ECR 2628. Ayrıca bkz. DASHWOOD ve WYATT, s.224.

¹⁸⁵ WOODS, s.60-61.

olmasın ticareti engelleme yeteneğine sahip olduğu sürece her iki yaklaşım da miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak değerlendirilmektedir.

Keck Davasına kadar verilmiş olan kararlar incelendiğinde, eş etkili önlemler yasağının kapsamını kategorize etmek mümkündür. Buna göre, doğrudan ithalata yönelik düzenlemeler eş etkili önlem yasağı olarak kabul edilmiş, 70/50 sayılı Yönerge ile birlikte malların içeriğine, niteliğine ve isimlendirilmesine yönelik önlemler de ayrımcı olmasına ve olmamasına göre sınıflandırılarak¹⁸⁶ Birlik içi ticareti engellemesi nedeniyle yasak kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca, fiyat belirlemeleri ve ürünlerin tanıtımına ilişkin kısıtlamalar da içtihatlarda yerini almış ve 34 üncü madde denetimine takılmıştır.

Söz konusu kategorileri örneklemek gerekirse; doğrudan ithalata yönelik kısıtlamalar arasında; ithalat lisansları¹⁸⁷ ve üretilen ülkeden talep edilen devlet kalite ve menşe belgeleri¹⁸⁸ ile sınır kontrolleri sayılabilir. Ancak 1992 de iç pazarın gerçekleştirilmesiyle birlikte gümrük kontrolleri kaldırıldığından, sınır kontrolleri, artık sadece ABİA madde 36 çerçevesinde uygulanabilmektedir¹⁸⁹; bunun dışındaki kontroller yasaktır¹⁹⁰. Ürün özelliklerine getirilen kısıtlamalar arasında ise, az evvel ayrıntılı olarak açıklandığı gibi ayrımcı düzenlemeler ile dolaylı ayrımcı düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre; ulusal ürünlerin satışının teşvik edilmesi¹⁹¹, ithal edilen mallara "yabancı" ibaresi konulması ya da menşesine ilişkin işaretlendirme yükümlülüğü¹⁹², ürünlerin türüne göre isimlendirilmesinin yalnızca ulusal ürünlere

¹⁸⁶ CAN; s.416-418.

¹⁸⁷ C-131/94 Komisyon v. Almanya (1994).

¹⁸⁸ C-53/76 Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier ve diğerleri (1977) ECR 197.

¹⁸⁹ C-159/78 Komisyon v. İtalya (1979) ECR 3247; ayrıca bkz. CAN, s.417.

¹⁹⁰ C-272/95 Deutsches Milch-Kontor (1997) ECR I-1985.

¹⁹¹ C- 249/81 Komisyon v. İrlanda (1982) ECR 4005.

¹⁹² C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR 1625 .

tanınması¹⁹³ ya da ulusal maddelerin kullanılmasında öncelik işareti konulması¹⁹⁴ gibi uygulamalar¹⁹⁵ ayrımcı nitelikte önlemler olarak yasaklanmıştır.

Ayrımcı olmayan (dolaylı ayrımcı) uygulamalar ise, at etinin işlenmesi yasağı¹⁹⁶, ekmekteki katkı maddelerinin içeriğinin belirlenmesi¹⁹⁷, ekmekte izin verilen tuz içeriğine ilişkin düzenleme¹⁹⁸ ve süt tozlarının kullanımına yönelik düzenleme¹⁹⁹ gibi ürün içeriğine ilişkin kurallar; margarinlerin biçimi²⁰⁰, gümüş madeninden yapılan ürünlere ayar damgası basılması²⁰¹, köpüklü üzüm suyunu şişeleme şekli²⁰² gibi malın dış görünüşüne ilişkin kurallar ve ürünlerin işaretlenmesine ilişkin kurallar²⁰³ olarak içtihatlarda yerini almıştır²⁰⁴.

İthal ürünlerin pazara girişini engellemeye veya yerli ürünlere nazaran satışını zorlaştırmaya elverişli olması halinde, fiyat düzenlemelerinin de 34 üncü maddede belirtilen yasak kapsamına gireceği belirtilmiştir²⁰⁵. Ürünlerin reklamı ve pazarlanması ile piyasaya girişine yönelik kısıtlamalar ise *Keck ve Mithouard* Kararına kadar ayırım yapılmaksızın eş etkili önlem kabul edilirken, 1993 yılından sonra yalnızca ithal ürünler aleyhine yapılan ayrımcı rekabet kısıtlamaları ile 34 üncü madde kapsamında görülmeye başlanmıştır²⁰⁶.

¹⁹³ C-16/83 Karl Prantl; "Tulum şarabı" (1984) ECR 1299.

¹⁹⁴ C-13/78 Eggers (1978) ECR 1935.

¹⁹⁵ C-182/84 Miro; "Cin karışımı içki" (1985) ECR 3731; C-12/74 Komisyon v. Almanya; "Weinbrand kalite sektı" (1975) ECR 181.

¹⁹⁶ C-15/79 P.B. Groenveld BV v Produktschap voor Vee en Vlees (1979) ECR 3409.

¹⁹⁷ C-130/80 Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV. (1981) ECR 527.

¹⁹⁸ C-17/93249/81 J.J.J. van der Velt (1994) ECR I-3553.

¹⁹⁹ C-298/87 Smanor SA (1988) ECR 4489.

²⁰⁰ C-261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA (1982) ECR 3961.

²⁰¹ C-220/81 Timothy Frederick Robertson ve diğerleri (1982) ECR 2349.

²⁰² C-179/85 Komisyon v. Almanya (1986) ECR 3879.

²⁰³ C-27/80 Anton Adriaan Fietje; "Likuer" (1980) ECR 3839.

²⁰⁴ Ayrıca bkz. CAN, s.417.

²⁰⁵ C-63/94 Groupement National des Négociants en Pommes de Terre de Belgique v ITM Belgium SA and Vocarex SA (1995) ECR I-2467; C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291.

²⁰⁶ C-1/90 ve C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivia SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (1991) ECR I-4151.

Ayrımcı rekabet kısıtlamasının nasıl meydana geleceği meselesinin, *Christian Dior*²⁰⁷ Davasıyla açıklandığı görülmektedir. Buna göre; ithal ürünün, ev sahibi üye devlet pazarında satışa yönelik tek bir araçtan mahrum bırakılması durumunda, hukuken ve fiilen eşit olmayan muamelelerin ve pazara girişin baz alınması suretiyle ayrımcı rekabet kısıtlamasının varlığı tespit edilebilmektedir²⁰⁸.

3. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Dassonville* Kararındaki Tanımı

Adalet Divanı'nın, ithalatta miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemleri tanımladığı ilk dava *Dassonville*²⁰⁹ Davası, ihracatta²¹⁰ ise *Bouhelier*²¹¹ Davası olmuştur.

Dassonville Kararı, eş etkili önlemler kavramına yönelik getirdiği tanım nedeniyle önemlidir. Nitekim eş etkili önlem kavramının uygulamada bu tanım üzerine geliştirildiği görülmektedir. Tarihsel sürece bakıldığında ise; *Dassonville* Kararının, yüzyıllardır yerleşmiş uygulamayı değiştirmek için bir araç olduğu söylenebilir. Öyle ki; Adalet Divanı, *Dassonville* Kararıyla hukuki bir manevra yaparak 34 ve 35 inci maddenin yorumlanmasında ayrımcılık yaklaşımından ziyade pazara giriş yaklaşımını benimsemiştir²¹². Bir diğer ifadeyle; bu karar, ortak pazara katılmayı önleyen ulusal kuralları bertaraf edebilmek imkanını en üst seviyeye çıkarmayı amaçlayarak, AB anayasasının ekonomik temelini oluşturan 34 üncü madde yaklaşımını desteklemeye eğilimindedir²¹³. Bu nedenle *Dassonville* Kararı, eş etkili önlem kavramına ilişkin bir tanım geliştirmenin yanı sıra, ortak pazarın gerçekleştirilmesinin önündeki engelleri kaldırma noktasında da büyük önem taşımaktadır.

²⁰⁷ C-337/95 Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV. (1997) ECR I-6013.

²⁰⁸ CAN, s.418.

²⁰⁹ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 837.

²¹⁰ İhracatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler konusu üçüncü bölümde anlatılmaktadır.

²¹¹ C-53/76 Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier ve diğerleri (1977) ECR 197. İhracatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler yorumu için ayrıca bkz. C-412/97 ED Srl v. Italo Fenocchio 1999 ECR I-3845.

²¹² BARNARD, s.75.

²¹³ Joseph H.H. WEILER, "The Constitution of The Common Market Place", Paul CRAIG ve Gráinne de BURCA (Ed.) , **The Evolution of EU Law**, New York 1999, s.351-364.

Adalet Divanı'nın eş etkili önlem kavramının usul ve esasları yönünden adeta bir formül haline gelen *Dassonville* yorumu uyarınca; bir düzenlemenin eş etkili önlem sayılması, yerli ürünlerle ithal edilen ürünler arasında haklı bir sebep bulunmaksızın makul olma sınırını aşacak ölçüde ayırım yapılmasına, bu ayırımın da ticaret hayatını sekteye uğratma riski taşımasına bağlıdır. Buna göre; üye devletler tarafından uygulanan ve Birlik içi ticareti doğrudan veya dolaylı, halihazırda veya potansiyel olarak etkilemeye elverişli tüm ticari kurallar, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak değerlendirilmelidir. Bu yorum ile Adalet Divanı'nın, eş etkili önlem kavramı için bir takım unsurlar belirlediği görülmektedir. Bu unsurlar ise kısaca; (i) Topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı, halihazırda veya potansiyel olarak etkilemeye elverişli olma unsuru, (ii) üye devletler tarafından oluşturulma unsuru ve nihayet (iii) yasak kapsamına girecek kuralların ticari nitelik taşıması gerektiği unsuru şeklinde özetlenebilir²¹⁴.

Adalet Divanı tarafından oluşturulan bu yorum ve eş etkili önlemlerin tespiti için belirlenen unsurlar ile 34 üncü madde kapsamının ve uygulamasının arttırıldığı, böylece 70/50 sayılı Komisyon Yönergesi ile belirlenen eş etkili önlemler listesinin, *Dassonville* Kararıyla genişletildiği görülmektedir.

C. Lizbon Antlaşması ile Getirilen Hukuki Düzenlemeye Genel Bakış

Kural olarak herkesin yararlanabileceği bir karaktere sahip olan malların serbest dolaşımı prensibinin uygulamadaki somut varlığı, Lizbon Antlaşması'nın 34 ve 35 inci maddelerinde kendini göstermektedir. Söz konusu Antlaşma hükümleri, serbest ticaret ivmesi yönünde sahip oldukları hukuki yetkilerini ulusal çıkarlarını korumak için kullanan üye devletler arasında denge kurmaya yarayan hükümlerdir²¹⁵. Bu hükümlerin koruma alanı, yalnızca Birlik vatandaşları ve şirketleriyle sınırlandırılmış değildir; üçüncü ülke vatandaşları, şirketler, vatansızlar ve hatta ev sahibi üye devletin gerçek ve

²¹⁴ Söz konusu unsurlar, çalışmanın ikinci bölümünde yer alan "B. Pazara Girişi Engelleme Kriteri" başlığı altında daha ayrıntılı açıklanacağından bu bölümde yalnızca isimlerini belirtmekle yetinilmiştir.

²¹⁵ WEATHERILL, Cases and Materials, s.337.

tüzel kişileri de koruma kapsamındadır²¹⁶. Bu bağlamda 34 ve 35 inci madde korumasından yararlanacak bireyler ve hukuk kişileri, ilgili düzenlemelerin getirdiği yasağın üye devletlerce ihlali karşında, ulusal mahkemeler nezdinde dava açarak kendilerine tanınan bireysel hakları ileri sürebileceklerdir²¹⁷.

ABİA m.34 ün, pazar vatandaşlarına bireysel haklar verme amacını taşıyan bir norm olduğuna ilişkin görüşler içtihatlarda da belirtilmiş²¹⁸; 1963 yılında verilen *Van Gend & Loos*²¹⁹ Kararıyla konuya ilişkin önemli bir değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu kararda;

“Topluluğun, üye devletlerin egemen yetkilerini belirli alanlarda da olsa sınırladığını ve sükülerinin sadece üye devletlerden değil, aynı zamanda onların vatandaşlarından da oluşan yeni bir hukuk düzenine vücut verdiğini, dolayısıyla Topluluk hukukunun üye devletlerin kanunlarından bağımsız olarak bireylere sadece yükümlülük öngörmekle kalmadığı, aynı zamanda onlara hukuki statülerinin bir parçası haline gelen haklar da tanıdığı” belirtilmiş²²⁰ ve doğrudan etki ilkesi uyarınca kişilerin, kendilerine tanınan bu bireysel hakları, ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri ifade edilmiştir²²¹. Böylece, üye devletlerin ulusal korumacı politikalarıyla mücadelede bireylerin de aktif rol alması sağlanarak Ortak Pazarın oluşturulması ve korunmasına katkı sağlanması hedeflenmiştir.

²¹⁶ CAN, s.384.

²¹⁷ CANDAN, s.83.

²¹⁸ Divanın bu konudaki görüşü için bkz. C-74/76 Iannelli and Volpi SpA v Ditta Paolo Meroni (1977) ECR 557; C-83/78 Pigs Marketing Board (1978) ECR 2347.

²¹⁹ C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (1963) ECR 1.

²²⁰ C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (1963) ECR 12.

²²¹ Ayrıca bkz. Sanem BAYKAL, "AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar", *Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi (ATAUM) Araştırma Dizisi No:14*, Ankara, 2002, s. 40 vd.; CANDAN, s.82.

1. İthalatta Miktar Kısıtlamaları ve Miktar Kısıtlamalarına Eş Etkili Önlemler Yasağı: Madde 34 Düzenlemesi

Avrupa Birliği ortak mevzuatı oluşturma ve üye devlet yasaları ile uyumlaştırma hareketi 1992 yılından bu yana devam etmektedir. Uyumlaştırmanın temel amaçlarından birisi, ortak pazarı etkileyen konularda bir an önce ulusal hukuk sistemlerinin müdahalesini önleyici hukuki düzenlemelerin çıkarılması olmuş, fakat tüm bu düzenlemelere rağmen üye devletlerin yasal düzenlemelerinin Birlik içi ticareti ve malların serbest dolaşımını engellemesinin önüne geçilememiştir²²². Bu itibarla, 1958 yürürlük tarihli Roma Antlaşması'nın 30 uncu maddesi ile, ithalatta miktar kısıtlamaları ve bunlara eş etkili tüm önlemler yasaklanmış, Kurucu Antlaşmanın yenilendiği Nice Antlaşması'nın²²³ 28 inci maddesinde ise, 30 uncu madde düzenlemesine benzer şekilde malların serbest dolaşımını önündeki engellerin kaldırılması için üye devletler arasında ithalatta yapılan miktar kısıtlamaları veya aynı etkiye sahip diğer kısıtlamalar yasaklanmış, aynı madde içinde istisnalar da belirlenmiştir.

Lizbon Antlaşması ile yapılan değişiklik sonucunda yeniden numaralandırılarak “Başlık II-Bölüm 3- Madde 34” halini alan bu madde, aynı zamanda içerdiği istisnai hükümden arındırılmış ve istisnalar, ayrı bir madde numarası altında 36 ncı madde ile düzenlenmiştir. Madde 34 ün Lizbon Antlaşması sonrası yeni hali ise şu şekildedir:

“Üye devletler arasında, ithalata ilişkin miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler yasaktır.”

Belirtelim ki, 34 üncü maddenin temel amacı, ulusal pazarların izolasyonunu engellemek ve böylece ulusal sınırların varlığından bağımsız, etkin bir rekabet ortamı teşvik etmektir. Rekabetin sağlanması ile gündeme gelen düşük fiyatlar ve yüksek kalite gibi ekonomik avantajların yanı sıra, tüketiciye seçim imkanı sunulmakta ve ancak bu şekilde ortak pazarın faydalarından yararlanılabilmektedir²²⁴.

²²² BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.222.

²²³ OJ (2002) C/325 için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT> (26 Eylül 2017).

²²⁴ WEATHERILL, Cases and Materials, s.341.

2. İhracatta Miktar Kısıtlamaları ve Miktar Kısıtlamalarına Eş Etkili Önlemler Yasağı: Madde 35 Düzenlemesi

Avrupa Birliği'nde mevzuat uyumlaştırmasının ve pazar entegrasyonunun sağlanması için atılan adımlardan bir diğeri de ihracata yönelik engellerin ortadan kaldırılması olmuştur. Bu doğrultuda Roma Antlaşma'nın 34 üncü maddesi ile getirilen düzenlemede ihracatta miktar kısıtlamalarının yasaklandığı görülmektedir. Hükme göre;

“1. Üye Devletler arasında ihracata ilişkin miktar kısıtlamaları ile eş etkili tüm tedbirler yasaktır.

2. Üye Devletler işbu Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan ihracata ilişkin tüm miktar kısıtlamaları ile eş etkili tedbirleri, en geç birinci aşamanın sonuna kadar kaldırırılar.”²²⁵

Bu madde, Nice Antlaşması ile 29 uncu madde numarasını almış ve ihracatta miktar kısıtlamaları ile bunlara eş etkili önlemlerin yasaklandığı şeklinde düzenlenmiş; nihayetinde, Lizbon Antlaşması ile yapılan değişiklik sonucunda 35 inci madde numarasını alarak;

“Üye devletler arasında, ihracata ilişkin miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler yasaktır.” şeklinde düzenlenmiştir.

3. Madde 34 ve 35 in Birlikte Değerlendirilmesi

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 34 ve 35 inci maddesi, Birlik içinde malların serbest dolaşımının sağlanması ve ulusal pazarların entegrasyonu ile ilgili önemli bir yere sahiptir. Fakat uygulamada, 35 inci maddenin, yerli ürünlerin korunmasına yönelik üye devlet uygulamalarını konu edinmesi sebebiyle, üye devletler arası ticaret engellerinin kaldırılması hususunda 34 üncü maddeye kıyasla daha arka planda kaldığı gözlemlenmektedir.

²²⁵ Antlaşma metni için bkz. <http://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf> (26 Eylül 2017).

Belirtmek gerekir ki, 34 ve 35 inci maddelerde ithalat ve ihracat kelimeleri hariç metinler hemen hemen aynıdır²²⁶, ancak ihracatta uygulanan miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler, etkisi ve sonuçları bakımından ithalatta uygulanan eş etkili önlemler ile aynı olmakla birlikte, temelinde yatan düşünce ve saikler bakımından ayrı tutulmaktadır. Bu iki düzenleme, faaliyetlerin niteliği ve devletlerce güdülen amaçlar bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

Madde 34 e göre, eş etkili önlem niteliğindeki düzenlemenin, bir üye devlet otoritesi tarafından malların ithalatına yönelik olarak uygulanması gerekmektedir. Buradaki ithalat kavramı, daha önce de belirttiğimiz gibi, doğrudan ve dolaylı ithalatın yanı sıra paralel ithalat ve tekrar ithalatı kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Aynı şekilde ihracat kavramının da, bir üye devletten diğer bir üye devlete yapılan benzer ihracat türlerini kapsadığını belirtmek gerekir²²⁷. Madde 35 in uygulama alanı ise, bir üye devlete diğer üye devletlerden gelen mallara ilişkin değil, o üye devletten diğerlerine ihraç edilen malların dolaşımını kısıtlayıcı önlemlere ilişkindir. Yani ihracatta görülen eş etkili önlemler, ülkenin yerli ürünlerinin satışını zorlaştıran ve kendi ürünlerini ithal ürünler karşısında ticari boyutta dezavantajlı duruma düşüren düzenlemeleri kapsamaktadır. Ayrıca 34 üncü maddenin uygulama alanı, ayrımcı olsun veya olmasın tüm eş etkili önlemleri içine alırken; 35 inci maddenin uygulama alanı yalnızca ayrımcı uygulamalara yöneliktir²²⁸.

İki madde arasında görülen bir diğer fark, üye devletlerin Birlik içi ihracatta uyguladığı eş etkili önlemlerin hangi amaca hizmet ettiği noktasındadır. Uygulamada sık rastlanılmayan bu tip düzenlemeler, üye devletlerin daha çok ekonomik açıdan önemli olan petrol gibi doğal kaynaklarını garanti altına almak istemesi, önemli hammaddeler ile sanayideki bazı iş kollarını korumak istemesi²²⁹ ve politik açıdan önemli olan silah, tarihi eser gibi varlıkların ihracının sağlanmasında ortaya

²²⁶ STEINER ve WOODS, s.413.

²²⁷ GÜNEŞ, s.282.

²²⁸ C-12/02 Marco Grilli (2003) ECR I-11585, Para.41-42. Ayrıca bkz. Eric L. WHITE, "In Search of The Limits to Article 30 of Treaty", *Common Market Law Review (C.M.L.R.)*, Vol. 26, 1989, (235-280) s.278; aynı yönde bkz. STEINER, s.91; 34 üncü madde ile 35 inci madde arasındaki tek fark, *Dassonville* formülünün ihracatta yapılan kısıtlamalara veya eş etkili önlemlere uygulanmaması olarak gösterilebilir.

²²⁹ ÇÖPOĞLU, s.127.

çıkılmaktadır²³⁰. Ayrıca üretici konumunda olan üye devletlerin, ihraç ettiği malların kalitesini korumak amacıyla ticareti kısıtlayıcı etkiye sahip önlemler aldığı da görülmektedir. Bu tür önlemler, ithal ürünlere uygulanmayıp yalnızca yurt dışına ihraç edilecek ürünlere uygulanması nedeniyle ayrımcılık oluşturmaktadır.

Tüm bu sebeplerle birlikte, günümüzde yaygın durumda olan paralel ihracatın da önüne geçilmek maksadıyla önlemler alınabilmektedir. Üreticilerin gerek ucuz iş gücü ve ucuz hammadde²³¹, gerekse üretim prosedürlerinin daha basit ve az olması²³² nedeniyle başka ülkelere kayması suretiyle paralel ihracat meydana gelmektedir. Bu durum ise, ortak pazarda gerek standartların düşürülmesi, gerekse ekonomik maliyetler bakımından üye devlet menfaatlerine aykırı düştüğünden, oluşturulan ulusal düzenlemelerle engellenmek istenmektedir. Ticari hayatı olumsuz etkileme kabiliyetine sahip söz konusu ulusal düzenlemeler ise doğrudukları sonuçlar açısından Birlik ortak pazarında malların serbest dolaşımını engellemekte ve Antlaşma hükümleri gereği eş etkili önlem kabul edilerek yasak kapsamında değerlendirilmektedir.

D. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebepler

Anlaşmanın 34 ve 35 inci maddelerinde yer alan düzenlemeler, kural olarak ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin yasak olduğunu belirtse de, bu kuralın istisnalarının da bulunduğunu söylemek gerekir. Bu istisnalar, ABİA'nın 36 ncı maddesinde tahdidi olarak sayılan hukuka uygunluk halleri ile Adalet Divanı tarafından içtihatlarda ortaya konulan hukuka uygunluk halleridir.

1. Mevzuatta Belirtilen Hukuka Uygunluk Sebepleri

Malların serbest dolaşımı bakımından öngörülen hukuka uygunluk olanakları yalnızca miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemler bakımından uygulanabilir. Malların

²³⁰ BARNARD, s.149.

²³¹ Çin ve Hindistan, çocuk işçi çalıştırma ve ucuz iş gücünün sağlanması için örnek gösterilebilir. Türkiye ise düşük maliyetle kaliteli üretim yapan ülkeler arasında yer almaktadır.

²³² Fabrika bacalarına filtre takma zorunluluğunun olmaması örnek verilebilir.

serbest dolaşımını engelleyen gümrük vergileri ve eş etkili önlemler bakımından ise mutlak bir yasak söz konusudur²³³.

Miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin hukuka uygunluk hallerinin saptanmasında iki aşamalı bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre, öncelikli olarak kısıtlama için geçerli bir hukuka uygunluk hali bulunup bulunmadığı tespit edilmekte, sonrasında bu hukuka uygunluk halinin, Birlik temel hakları ve orantılılık ilkesi çerçevesinde, Birliğin, malların serbest dolaşımına ilişkin menfaati ile karşılaştırılmaktadır²³⁴. Bir somut olay bakımından, hukuka uygunluk halinin söz konusu olup olmadığı belirlenirken, ABİA'nın 36 ncı maddesinde yer verilen yazılı hukuka uygunluk nedenleri ve Adalet Divanı'nın *Casis de Dijon* Kararındaki belirlemeleri doğrultusunda geliştirilen hukuka uygunluk nedenleri esas alınmaktadır.

***a. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'dan Doğan İstisna Hükümü:
Madde 36 Düzenlemesi***

ABİA'nın 36 ncı maddesi, malların serbest dolaşımını sağlamayı amaçlayan sistemin istisnalarını, yani malların serbest dolaşımını kısıtlayabilecek veya engelleyebilecek sebepleri göstermekte ve üye devletlere, 34 ve 35 inci maddelerle öngörülen yasağın mazur görülebileceği Birlik içi ticareti engelleyen kısıtlamalar yapma olanağı vermektedir²³⁵. Bu sınırlama yapılırken de söz konusu korunan alana ilişkin Birlik düzeyinde bir uyumlaştırma yapılmamış olması, bu sınırlandırmanın zorunlu ve orantılı olması gerekmektedir. Nitekim üye devletler, 36 ncı maddede yer verilen kısıtlamalara ancak Avrupa Birliği'nde uyumlaştırma yapılmayan alanlarda başvurabilmektedir²³⁶. Avrupa Birliği'nin korunan değere ilişkin olarak ikincil hukuk düzenlemesi oluşturduğu hallerde üye devletlerin 36 ncı maddeye dayanması söz

²³³ GÜNEŞ, s.291; CAN, s.418.

²³⁴ CAN, s.419.

²³⁵ C-46/76 Bauhuis v. Hollanda (1977) ECR 5, para.12-15.

²³⁶ C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v 0800 Doc Morris NV and Jacques Waterval (2003) ECR I-s.14887; C-350/97 Monsees (1998) ECR I-2921; C-5/94 Hedley Lomas (1996) ECR I-2604; C-238/89 Pall Corp. v P. J. Dahlhausen & Co. (1990) ECR I-4827; C-320/93 Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH (1994) ECR I-5243.

konusu değildir²³⁷. Bu kısıtlamaların hukuka uygun kabul edilebilmesi için amaca uygun, haklı ve ölçülü olması yani üye devletler arası ticareti en az kısıtlayan türden olması şarttır²³⁸. Bu şekilde hükmün ikinci fıkrasıyla, üye devletlerin keyfi bir ayrımcılık oluşturmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Madde 36'nın istisnai bir hüküm olması ve içerdiği istisnaların da tahdiden sayılmış olması sebebiyle dar yorumlanması gerekmektedir²³⁹. Bu yorumun ise iki yönlü olduğu söylenebilir: Bir yandan ithalat, ihracat ya da transit geçişlerin madde hükmünde belirtilen sebepler dışında sınırlanamayacağı belirtilirken, bir yandan da ilgili sebeplerle yalnız ithalat, ihracat veya transit geçişlerin sınırlandırılabilmesi ve bunların dışında istisna hükmünün uygulanamayacağı belirtilmektedir²⁴⁰. Bir başka anlatımla, ekonomik yönlendirmeler, vergilendirmeler ve politikalar kısıtlama gerekçesi olarak görülmemektedir²⁴¹. Gerçekten de ekonomik karakter temeli taşıyan Birliğin temel özgürlük alanı kabul edilen malların serbest dolaşımının kamu düzeni gerekçesiyle kısıtlanması ve bu özgürlüğe bir istisna getirilmesi, Birliğin hedeflerine ve Antlaşmaya aykırı düşer nitelikte kabul edilmektedir²⁴².

Antlaşmanın 36 ncı madde metni ise şu şekildedir: "(1) 34 ve 35.madde hükümleri, genel ahlak, kamu düzeni ve kamu güvenliği; insanların, hayvanların veya bitkilerin sağlığının ve yaşamının korunması; sanatsal, tarihi veya arkeolojik değer taşıyan milli varlıkların korunması; sınai ve ticari mülkiyetin korunması nedenlerinin haklı kıldığı, ithalata, ihracata veya transit mallara getirilen yasaklama veya

²³⁷ TEKİNALP ve diğerleri, s.269; GÜNEŞ, s.293; CAN, s.419.

²³⁸ TEKİNALP ve diğerleri, s.269.

²³⁹ C-7/68 Komisyon v. İtalya (1968) ECR I-423; C-46/76 Bauhuis v. Hollanda (1977) ECR I-5; C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR I-01625. Ayrıca bkz. Mike CUTHBERT, **European Union Law**, 4. Edition, London, 2003, s.66-67; Josephine STEINER, "**Drawing the Line; Uses and Abuses of Article 30 EEC**" *C.M.L.R.* Vol. 29, 1992, (749-774) s.752; GÜRBÜZER, s.104; GÜNEŞ, s.292. Karşılaştırma için bkz. C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR 1625.

²⁴⁰ GÜRBÜZER, s.104.

²⁴¹ C-95/81 Komisyon v. İtalya (1982) ECR 2187; C-231/83 Cullet (1985) ECR 305; C-103/84 Komisyon v. İtalya (1986) ECR 1759.

²⁴² TEKİNALP ve diğerleri, s.269; ayrıntılı olarak bkz. Bengt BEUTLER, Roland BIEBER, Jörn PIPKORN ve Jochen STREIL, **Die Europäische Union Rechtsordnung und Politik**, 4.Edition, Baden-Baden, 1993, s.299 vd.

kısıtlamalara engel teşkil etmez. (2) Fakat bu yasaklama ve kısıtlamalar, üye devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturamaz."

Madde 36 da anılan gerekçeler, Avrupa Birliği hukukuna özgülenmiş anlamlar taşımaktadır. Bu nedenle üye devletlerin iç hukuklarından bağımsız olarak yorumlanması gerekmektedir²⁴³. Anılan hüküm analiz edildiğinde ise istisnaları genel olarak dört başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; kamu düzeni, kamu ahlakı, kamu güvenliği ve kamu sağlığının korunması, hayvan sağlığı ve bitkilerin korunması, ticari ve sınai mülkiyet haklarının korunması ve milli, kültürel, tarihi veya arkeolojik değerlerin korunmasıdır.

(1) Kamu Düzeni, Ahlakı, Güvenliği ve Sağlığının Korunması

Kamu düzeninin, kamu ahlakının, kamu güvenliğinin ve kamu sağlığının korunması gibi gerekçelerle malların serbest dolaşımının kısıtlanması noktasında üye ülkelere bir hareket alanı tanınmakta ve devletlerin bu hareket alanı içindeki tutum ve davranışlarının tutarlı olması halinde söz konusu gerekçelere dayanarak yaptıkları uygulamanın hukuka uygun olduğunun kabulü yönünde karar verilmektedir.

(a) Kamu Düzeni

Kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramları, genel olarak organların işlevselliği²⁴⁴ veya suç fiillerinin ortaya çıkarılması ve soruşturulması²⁴⁵ gibi önemli kamu menfaatlerini koruyan temel kamu hukuku kurallarının tümünü ifade eder²⁴⁶. Kamu düzeni ise istisna hükümlerinin en geniş kapsamını oluşturmakta ve yine en genel tabiriyle bir üye ülke sınırları içerisindeki kamu menfaatlerini ifade etmektedir. Bir ulusal önlemin kamu düzeni gerekçesi kapsamında haklı görülüp görülemeyeceği, 36 ncı maddenin özel kısıtlama gerekçelerinden birine dayandırılmadığı durumlarda

²⁴³ GÜNEŞ, s.293.

²⁴⁴ C-72/83 Campus Oil v. Ministry of Energy and Industry (1984) ECR 2727.

²⁴⁵ C-239/90 SCP Boscher, Studer et Fromentin contre SA British Motors Wright et autres (1991) ECR I-2023.

²⁴⁶ CAN, s.420.

değerlendirilmektedir²⁴⁷. Bu nedenle Adalet Divanı, önüne gelen uyuşmazlıklarda oldukça titiz davranarak bir ulusal önlemin yalnızca ülke menfaatlerine yönelik ağır bir tehdidin varlığı durumunda ve uygulanması gerekli olduğu hallerde kamu düzeninin sağlanması adına ticareti kısıtlamasına müsaade etmektedir²⁴⁸ ve dolayısıyla bu gerekçeye dayanarak başarılı olmuş başvuru fazla değildir²⁴⁹.

Daha önce de değindiğimiz *R v. Ernest George Thompson ve Diğerleri*²⁵⁰ Davasını örnek vermek gerekirse, davaya konu olayda, Adalet Divanı, tedavülden kalkan para ithalatının kamu düzeni gerekçesine dayanılarak engellenip engellenemeyeceğini araştırmıştır. Neticede, metal paraların bir başka üye ülkede eritilmesi ya da yok edilmesini yasaklayan İngiltere iç hukuk düzenlemesini, ülkelerin temel ve en doğal saklı hakkı olan para basma hakkının uzantısı niteliğinde görmüş ve bu sebeple kamu düzeni gerekçesinin kabulü yönünde karar vermiş; ayrıca, her ülkenin para politikasını koruma hakkına sahip olduğunu ve gereklilik unsurunun dava bakımından gerçekleştiğini belirtmiştir²⁵¹.

(b) Kamu Ahlakı

Kamu ahlakı, belli bir bölgede belli bir zamanda toplu yaşam üzerinde hakim olan tüm ahlaki düşünceleri ifade eder²⁵². Ancak ahlaki düşünceler ile toplumsal etik değerlerin zaman içerisinde sürekli bir değişim halinde olması ve ülkeden ülkeye, kültürden kültüre farklılık göstermesi sebebiyle kamu ahlakı kavramının sınırları kesin

²⁴⁷ GÜRBÜZER, s.105.

²⁴⁸ C-95/81 Komisyon v. İtalya (1982) ECR 2204; C-50/83 Komisyon v. İtalya (1984) ECR 1633; C-154/85 Komisyon v. İtalya(1988) ECR 951; C-239/90 Boscher (1991) ECR I-2023; C-426/92 Deutsches Milch-Kontroll (1994) ECR I-2527.

²⁴⁹ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.245. Başarısızlıkla sonuçlanmış başvurulardan bazıları şunlardır: C-95/81 Komisyon v. İtalya (Re Payments for Imports) (1982) ECR 2204; C-50/83 Komisyon v. İtalya (1984) ECR 1633; C-154/85 Komisyon v. İtalya (1988) 2 CMLR 951.

²⁵⁰ C-7/78 R v. Ernest George Thompson, Johnson and Woodiwiss (1978) ECR I-2247.

²⁵¹ C-7/78 R v. Ernest George Thompson, Johnson and Woodiwiss (1978) ECR I-2276. Ayrıca bkz. Richard PLENDER ve John USHER, **Plender and Usher's Cases and Materials on the Law of the European Communities**, Edinburgh, 1989, s.225; TEKİNALP ve diğerleri, s.271; GÜRBÜZER, s.106.

²⁵² CAN, s.422.

bir biçimde çizilememektedir²⁵³. Bu nedenle Adalet Divanı, her üye devletin kendi toprakları üzerinde kamu ahlakının sınırlarını belirleme hakkına sahip olduğunu kabul etmekte²⁵⁴ ve bu kavram, her bir üye devletin kendi ülkesindeki uygulamalara bakılarak değerlendirilmektedir. Bu gerekçeye dayandırılan *Henn ve Darby*²⁵⁵ Kararında, İngiltere'ye ithal edilmek istenen pornografik içerikli ürünlerin ithalini yasaklayan ulusal yasa hükmünün, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlamasına rağmen, üye devletlerarası ticarete keyfi ayrımcılığa ve örtülü bir kısıtlamaya yol açmadığını vurgulayarak bu düzenlemenin 36 ncı madde çerçevesinde kamu ahlakının korunması amacıyla mazur görülebileceğini belirtmiştir²⁵⁶.

*Dynamic Medien*²⁵⁷ Kararı ise, gençlerin korunmasını malların serbest dolaşımı ilkesinin üzerinde tutması sebebiyle ayrılmaktadır. Dava konusu olayda, ithalat yapan devlette ilgili ulusal otoriteler tarafından incelenmeksizin gençler için tehlikeli olabilecek oyunlar içeren görüntü saklama ortamı, e-mail yoluyla satışa sunulmaktadır. Divan, bu gibi bir durumda gençlerin korunmasının öncelikli olduğunu belirterek, söz konusu satışın yasaklanmasının kamu yararı bakımından haklı görülebileceğini belirtmektedir²⁵⁸.

Daha sonra verilen *Conegate Limited*²⁵⁹ Kararında ise, *Henn ve Darby* Kararının aksi yönde karar vererek üye devletlere kamu ahlakına ilişkin tanınan hareket serbestisinin sınırlarını belirlemiştir.

²⁵³ TEKİNALP ve diğerleri, s.271; GÜNEŞ, s.294; GÜRBÜZER, s.108; CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.49; C-121/85 Conegate LTD. v. H.M. Custom and Excise Corms (1986) ECR I-1007; C-34/79 Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby (1979) ECR 3795.

²⁵⁴ Bu yönde bkz. STEINER, s.94.

²⁵⁵ C-34/79 Regina v. Henn ve Darby (1979) ECR 3795, para.13.

²⁵⁶ C-34/79 Regina v. Henn ve Darby (1979) ECR 3817. Ayrıca bkz. CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.41.

²⁵⁷ C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs GmbH (2008) ECR I-505.

²⁵⁸ C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs GmbH (2008) ECR I-505, para.52. Ayrıca bkz. İlhan DÖĞÜŞ, "ECJ As a Public Policy Maker: Its Strategies to Balance the Conflicting Public Interest and Free Movement of Goods", *Akdeniz University - University of Hamburg, Antalya*, 2011, http://www.academia.edu/2128022/ECJ_as_a_public_policy_maker_Its_strategies_to_balance_the_conflicting_public_interest_and_free_movement_of_goods_ (28 Ocak 2018), s.18.

²⁵⁹ C-121/85 Conegate LTD. v. H.M. Custom and Excise Corms (1986) ECR I-1007.

Somut uyuşmazlıkta, İngiliz Gümrüğü, Almanya'dan ithal edilen erotik bebelere ahlaki nedenlerle el koymuştur. İthalatçı firma ise bu ürünlerin İngiltere'de üretildiğini ve Büyük Britanya kapsamında ticaretinin yapılmasının serbest olduğunu, ithalata yapılan müdahalenin eş etkili önlem teşkil ettiğini ileri sürmüştür. İngiliz Hükûmeti verdiği cevapta kısaca, ithal edilen ürünlerin müstehcen ve edepsiz olduğunu ve kamu ahlakını bozacağını dile getirmiştir²⁶⁰. Adalet Divanı ise söz konusu ürünlerin üretilmesi, satışı ve pazarlanması konusunda İngiliz Hükûmetinin bir önlem almadığını ve düzenleme bulunmadığına dikkat çekerek İngiltere'nin kamu ahlakı gerekçesini haklı bulmamıştır²⁶¹.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde görülmektedir ki, bir üye devletten gelen görüntü, yazı veya eşyaların ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle ithalatına yasak konulması, alıcı devletin benzeri yerli ürünlerin piyasaya sürülmesine karşı ciddi ve etkili önlemler öngörmediği hallerde hukuka aykırı olacaktır²⁶².

Adalet Divanı'nın yukarıda değindiğimiz iki karardaki yaklaşımı karşılaştırıldığında, ilk kararda (*Henn ve Darby*) kamu ahlakının korunması için getirilen kısıtlamalar bakımından üye devletlere sınırlı da olsa bir takdir yetkisi verildiği ve ahlaki nedenlerin tespitinin üye devletlere bırakıldığı görülmektedir. İkinci kararında (*Conegate*) ise tavrını değiştirdiği ve her üye devletin kendi toprakları üzerinde kendi değer yargıları çerçevesinde kamu ahlakının şartlarını belirleyebileceğini, ancak buna dayalı olarak oluşturulan kısıtlamaların kamu ahlakı gerekçelerinin dar yorumlanmak mecburiyetinde olduğunu ve keyfi kısıtlama yapılamayacağını bildirdiği görülmektedir²⁶³.

²⁶⁰ C-121/85 *Conegate LTD. v. H.M. Custom and Excise Corms* (1986) ECR I-1021, para.10. Ayrıca bkz. *PLENDER ve USHER*, s.224.

²⁶¹ C-121/85 *Conegate LTD. v. H.M. Custom and Excise Corms* (1986) ECR I-1025. Ayrıca bkz. *GÜRBÜZER*, s.108. Buna karşılık Divan, dava evvel verdiği 1979 tarihli *Maurice Donald Henn ve John Frederick Ernst Darby* davasında ahlaki alanı düzenlemenin herbir üye devletin takdirinde olduğunu bildirmiştir; C-34/79 *Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby* (1979) ECR 3795.

²⁶² *GÜNEŞ*, s.294.

²⁶³ *DASHWOOD ve WYATT*, s.227; *STEINER*, s.94; *BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ*, s.245.

(c) Kamu Güvenliği

Kamu güvenliği, Adalet Divanı tarafından bir üye ülkenin iç ve dış güvenliğini tehlikeler ve tehditler karşısında koruyan tüm önlemler olarak tanımlanmıştır²⁶⁴. Kamu güvenliğinin korunması amacıyla kısıtlamaya gidilmesi için özellikle kamu hizmetleri ve bunların sunulduğu kamu kurumlarının ciddi şekilde tehlikeye düşürülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle stratejik önemi olan veya savaş sanayi için gerekli ürünlerin ihracatının kısıtlanması hususunda kamu güvenliği gerekçesinin kullanılabilceği belirtilebilir²⁶⁵. Bununla birlikte, su, elektrik, enerji gibi temel ihtiyaçların temini gibi konularda kamu güvenliği istisnası, orantılık ilkesi çerçevesinde incelenmekte ve kamusal ihtiyaçların ticaret yoluyla temin edilmesi imkanının bulunması halinde Birlik hukukuna aykırı kabul edilmektedir²⁶⁶.

*Campus Oil*²⁶⁷ Davasında, İrlanda Hükümeti, petrol ithalatçılara yönelik yaptığı düzenlemede, ithal ettikleri petrolün belirli bir oranını İrlanda'da mevcut bulunan petrol rafinerisinden satın alma zorunluluğu getirmiştir. Ulusal rafineri ürünlerinin satılabilmesinin ve bu yolla muhafazasının ancak söz konusu düzenleme ile mümkün olduğunu, bu nedenle söz konusu düzenlemenin dış güvenlik kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Adalet Divanı ise yapmış olduğu incelemede, petrol ürünlerinin üretiminin durması halinde kamu güvenliğinin ciddi şekilde tehlikeye gireceğini, bu nedenle kamu kurum ve kuruluşlarının devamlılığı bakımından söz konusu düzenlemenin haklı görülebileceğini ve halkın ihtiyaç duyacağı petrol ihtiyacının kriz zamanında bir ulusal rafinerinin varlığını zorunlu kılması sebebiyle bu düzenlemenin kamu güvenliği gerekçesi kapsamında kabul edilebilir olduğu sonucuna ulaşmıştır²⁶⁸. Bir diğer ifadeyle, petrol rafinerisinin asgari varlığının sürdürülmesinin ulusal ekonominin işlemesine değil, daha ziyade kamu kurumlarının varlığına ve

²⁶⁴ C-273/97 Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence (1999) ECR I-7403.

²⁶⁵ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.43.

²⁶⁶ C-398/98 Komisyon v. Yunanistan (2001) ECR I-7915; C-379/98 PreussenElektra AG v Schhleswag AG, in the presence of Windpark Reußenköge III GmbH and Land Schleswig-Holstein (2001) ECR I-2099.

²⁶⁷ C-72/83 Campus Oil v. Ministry of Energy and Industry (1984) ECR 2727.

²⁶⁸ C-72/83 Campus Oil v. Ministry of Energy and Industry (1984) ECR 2756. Ayrıca bkz. GÜRBÜZER, s.107.

kullanılabilirliğine hizmet ettiğine karar vermiştir²⁶⁹. Ancak Divan, orantılılık ilkesini de gözeterek söz konusu rafinerinin devamını sağlayacak en az (minimum) düzeyde zorunlu satış yapması konusunda İrlanda Hükûmetini uyarmış ve maksadı aşacak uygulamalardan kaçınılması gerektiğini belirtmiştir²⁷⁰.

Kamu güvenliği gerekçesine konu edilmiş bir diğer karar, *A. Richardt*²⁷¹ Kararıdır. Dava konusu olayda, Amerika'dan Fransa'ya oradan da Sovyetler Birliği'ne ihraç etmek üzere belirli bir miktar bilgisayar parçası satın alan A. Richardt, bilgisayar parçalarını havayoluyla gönderme konusunda Sovyet yetkilileri ve Air France havayolu şirketi ile anlaşmış ve gerekli olan tüm formaliteleri yerine getirmiştir. Ancak söz konusu parçalar Fransa'dan Moskova'ya gidecekken son anda Richardt'ın bilgisi dışında uçuş seferi iptal edilerek Lüksemburg'dan kalkacak olan Moskova uçağına yerleştirilmek üzere kara yolu üzerinden bu ülkeye götürülmüştür. Ürünler henüz Fransa'da iken resmi işlemler sırasında yapılan bir yanlışlık sonucu T2 olarak bilinen ve serbest dolaşıma konu olmayan mallara verilen belge ile belgelendirilmiştir. Burada belirtmek gerekir ki, bu parçalar bir kez Fransa'ya ithal edildikten sonra artık Birlik içinde serbest dolaşıma sahip mallar kategorisine girmektedir. Bu durumda bilgisayar parçalarının T2 belgesine değil, tam aksine, serbest dolaşıma konu olan ürünlere verilen T1 belgesine tabi olması gerekmektedir.

Lüksemburg yetkililerinin gerekli transit belgesinin olmadığı ve bu durumda kamu güvenliğini ihlal ettiği gerekçesiyle ürünlere el koyması ve sahte belge düzenlemek suçundan Richardt hakkında cezai takibat yapması üzerine dava, Adalet Divanı önüne getirilmiştir. Divan, yapmış olduğu inceleme neticesinde, stratejik amaçlar uğruna kullanılabilecek ürünlerin ticaretinin kamu güvenliğini etkileyebileceğini ve Lüksemburg yetkililerinin yaptığı işlemin ABİA m.36 kapsamında kamu güvenliği gerekçesine dayalı olarak hukuka uygun bir kısıtlama olarak görülebileceğini belirtmiş, ancak Richardt'ın tutuklanması noktasında orantılı olma

²⁶⁹ C-72/83 Campus Oil v. Ministry of Energy and Industry (1984) ECR 2755, para.51. Ayrıca bkz. CAN, s.421; GREEN, HARTLEY ve USHER, s.83.

²⁷⁰ C-72/83 Campus Oil v. Ministry of Energy and Industry (1984) ECR 2755, para.48. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.246.

²⁷¹ C-367/89 Aimé Richardt and Les Accessoires Scientifiques SNC (1991) ECR I-4621.

prensibine başvurarak bilgisayar parçalarının geri gönderilmesinin yeterli bir uygulama olacağına karar vermiştir²⁷².

(d) Kamu Sağlığı ve İnsan Hayatının Korunması

Kamu sağlığının korunması, insan sağlığı ve hayatının korunması olarak da anılmaktadır. Kamu sağlığı, üye devletlerce en sık başvurulan kısıtlama sebebi olması nedeniyle önem taşımaktadır²⁷³. Üye devletler, ülkelerine gelen özellikle gıda maddeleri ve hayvansal ürünlerin kendi ülkelerinde kabul edilen standartlarda olup olmadıklarını tespit amacıyla yaptıkları gümrük incelemelerini hep bu gerekçeye dayanarak yapmaktadırlar²⁷⁴.

Korunan söz konusu değer diğer bir önemi de, ABİA'nın 9 uncu maddesinde insan sağlığının yüksek düzeyde korunmasının Birliğin başlıca hedeflerinden biri olarak belirlenmiş olmasıdır²⁷⁵. Bu kapsamda malların serbest dolaşımı ilkesine kısıtlama getiren düzenlemeler, ciddi sağlık riski taşıyan durumlar için kullanılmalıdır. Sağlık riski kavramı, günümüz bilimsel araştırmalarına göre kural olarak gıda ürünlerinin tüketilmesi ile diğer maddelere temastan ortaya çıkan soyut tehlikelerin tümünü içermektedir. Gıda maddelerindeki renklendirici, vitamin gibi katkı maddelerinin sağlığa uygun olma koşulları kural olarak ev sahibi üye devlet tarafından belirlenir. Bu sebeple, bu tür düzenlemelere gidilirken, üye devlet vatandaşlarının beslenme alışkanlıkları²⁷⁶, tüketici davranışları²⁷⁷, iklimsel farklılıklar²⁷⁸ gibi ulusal özellikler belirleyici olmaktadır.

²⁷² C-367/89 Aimé Richardt and Les Accessoires Scientifiques SNC (1991) ECR I-4634, para 57. Ayrıca bkz. Stephen WEATHERILL, "The Free Movements of Goods: A Survey of the Decisions of the Court of Justice in 1991", *European Law Review (E.L. Rev.)*, Vol.17, s.423; BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.247.

²⁷³ C-104/75 Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV. (1976) ECR 613; C-320/93 Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH. (1994) ECR I-5243.

²⁷⁴ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.247.

²⁷⁵ GÜNEŞ, s.294.

²⁷⁶ C-53/80 Officier van justitie v Koninklijke Kaasfabriek Eyssen BV. (1981) ECR 409.

²⁷⁷ C-97/83 CMC Melkunie BV. (1984) ECR 2367.

Belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen tedbirler önleyici olarak alınan tedbirlerdir. Adalet Divanı ise bu tedbirlerin Birlik hukukuna uygun olarak alınıp alınmadığını tespit ederken gerçek sağlık riskinin bulunup bulunmadığını ve kısıtlamayı getiren üye devletlerin ciddi sağlık politikaları yürütüp yürütmediğini değerlendirmekte²⁷⁹, bu değerlendirmeyi yaparken de mevzu bahis edilen tehlikelerin bilimsel olarak kanıtlanabilir bilgilerle ortaya konulmasını gerekli görmektedir²⁸⁰.

*Komisyon v. Birleşik Krallık*²⁸¹ Davasında Divan, İngiltere tarafından Newcastle salgını diye bilinen hastalıktan etkilenen İrlanda ve Danimarka hariç tüm üye ülke kümes hayvanlarının et ve yumurtalarının, İngiltere'ye ithalatını yasaklamış, bu yasaklamaya gerekçe olarak da insan sağlığının korunması istisnasına dayanmıştır. Ancak Divan, söz konusu yasağın bilimsel araştırma ve incelemeler yapılmadan alınmış olması sebebiyle bu düzenlemenin asıl amacının Fransa'dan yapılan yüksek orandaki kümes hayvanı ithalatının engellenmesi olduğunu tespit etmiş ve kısıtlamayı Birlik hukukuna aykırı bulmuştur²⁸². Karardan anlaşıldığı üzere Adalet Divanı, üye devletin yaptığı düzenlemenin gerçekten sağlığın korunması amacına yönelik gerekli bir önlem olup olmadığını anlamak için bilimsel araştırmaların yapılması gerekliliğini öngörmüştür²⁸³.

*Komisyon v. Fransa*²⁸⁴ Kararı da bu konuda verilen bir diğer karar olmuştur. Fransa, süt yerine sütteze gibi besin değeri düşük ürünlerin bir takım hastalıklara iyi gelmemesi sebebiyle insan sağlığını korumak adına ülkede satışını yasaklamıştır. Adalet

²⁷⁸ C-94/83 Albert Heijn BV. (1984) ECR 3263; C-54/85 Ministère public against Xavier Mirepoix. (1986) ECR 1067.

²⁷⁹ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.45.

²⁸⁰ C-157/96 The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd and Vian Exports Ltd. (1998) ECR I-2211; C-274/87 Komisyon v. Almanya (Reinheitsgebot für Wurst) (1989) ECR 229.

²⁸¹ C-40/82 Komisyon v. Birleşik Krallık (1984) ECR 283.

²⁸² C-40/82 Komisyon v. Birleşik Krallık (1984) ECR 304. Ayrıca bkz. CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.45.

²⁸³ Ayrıca bkz. C-17/93 J.J.J. Van der Veldt (1994) ECR I-3537.

²⁸⁴ C-216/84 Komisyon v. Fransa (1988) ECR 793.

Divanı ise tüketicileri korumaya yönelik bu gerekçenin söz konusu yasak için yeterli olmadığını ve ürünlerin ambalajları üzerine yerleştirilecek açıklayıcı bilgi ile de tüketicinin korunması amacına ulaşılabileceğini belirterek uygulamanın hukuka uygun olmadığına karar vermiştir²⁸⁵.

*Komisyon v. Almanya*²⁸⁶ Kararında ise, son işlemleri yapılan ülkelerde kesimi yapılmayan hayvanlardan elde edilen etlerin bozulma riskinin yüksek olması sebebiyle bu etlerin Almanya'ya girmesine izin verilmemesi üzerine, Adalet Divanı, insan sağlığının korunması gerekçesine dayanan söz konusu uygulamanın hukuka aykırı olduğunu belirterek üye devletlerarası ticareti engellediğine karar vermiştir²⁸⁷. Alkolizmle mücadele kapsamında özellikle tahıl içeriğine sahip olan viski ve gin gibi alkollü içeceklerin reklamını yasaklayan Fransız düzenlemesi ise, aynı yasağın Fransa'da üretilen meyve ve üzüm kaynaklı diğer alkollü içkilere karşı uygulanmaması sebebiyle ticarete keyfi bir ayrımcılık oluşturduğundan hukuka aykırı değerlendirilmiştir²⁸⁸. Buna karşılık *Rewe-Zentralfinanz eHmbH*²⁸⁹ Kararında, ithal edilen elmaların hastalıklı olma risklerinin çok yüksek olduğunu, yerli ürünlerde ise bu riskin hiç olmadığına dikkat çekerek, dolaylı ayrımcı uygulamanın herhangi bir keyfiyete dayanmadığını ve insan sağlığının korunması bakımından ithal elmaların sağlık testine tabi tutulması gerekçesinin kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir²⁹⁰.

Sonuç olarak, insan sağlığının korunmasına ilişkin kavramın sınırlarını takdir yetkisi üye devletlere bırakılmıştır²⁹¹; ancak üye devletlerin bu alanda tamamen bağımsız oldukları da söylenemeyecektir. Üye devletlerin bu kavram çerçevesindeki sınırı, Birlik hukukundan doğan kamu sağlığı kavramının yine Birlik hukuku

²⁸⁵ C-216/84 Komisyon v. Fransa (1988) ECR 799.

²⁸⁶ C-53/80 Komisyon v. Almanya (1981) ECR 409.

²⁸⁷ C-53/80 Komisyon v. Almanya (1981) ECR 423, para.17. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.248.

²⁸⁸ C-152/78 Komisyon v. Fransa (1980) ECR 2299; bkz. GREEN, HARTLEY ve USHER, s.75.

²⁸⁹ C-4/75 Rewe-Zentralfinanz eHmbH (1975) ECR 843.

²⁹⁰ C-4/75 Rewe-Zentralfinanz eHmbH (1975) ECR 857 vd. Adalet Divanı'nın sonraki dönem kararlarında korumacı üye devlet politikalarına karşı daha hoşgörülü olduğu söylenebilir. Bu yönde bkz. C-266-267/87 R v. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain (1989) 2 CMLR s.751.

²⁹¹ C-320/93 Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH (1991) ECR I_1747; C-293/94 Jacqueline Brandsma (1996) ECR I-3159.

kapsamında yorumlanması ve Birliğin amaçlarıyla orantılı olmasıdır. Bir diğer ifadeyle, her bir üye devletin kendi iç hukuku anlamında kamu sağlığı değil, Birlik hukukundaki kamu sağlığı kapsamında yapılan sınırlandırıcı düzenlemeler orantılı yani ölçülü olması koşuluyla istisna hükmünden yararlanabilecektir. Adalet Divanı uygulamasında ise istisnanın sınırı olarak hep gereklilik ve haklılık çerçevesi esas alınmaktadır²⁹².

*Sandoz*²⁹³ Kararı, Divan'ın yukarıda açıkladığımız yaklaşımı bakımından ilgi çekicidir. Sandoz, Almanya'da ithal ettirdiği müslinin içine A ve D vitamini ekleyip Hollanda'ya ihraç etmek istemiştir. Hollanda yasalarına göre yiyecek maddelerine izin almadan vitamin konulması yasaktır. Adalet Divanı'na intikal eden konu üzerine yaptığı değerlendirme sonucunda Divan, vitaminlerin modern bilimin insan organizması için gerekli gördüğü unsurlar olduğunu ve kendi başına zararlı maddeler olmadığını belirtmiştir. Ancak, alınan vitaminin miktarının sağlık açısından önemli olduğunu ve yiyecek gibi her gün alınan maddelerin ilaçlara oranla bu riski daha fazla taşıdığını vurgulayarak ilgili Hollanda düzenlemesinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir²⁹⁴.

İnsan sağlığını koruyucu bir önlemin alınabilmesi için fiili bir tehlikenin bulunması şart değildir. Üye devletler, Birlik düzenlemesi bulunmayan ve karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanamayacağı hallerde, belirli malların ve malların üretiminde kullanılmış olan katkı maddelerinin sağlık için potansiyel bir tehlike yarattığı gerekçesiyle ithalatına, ihracatına ve transit geçişine yasaklama getirebilirler; ancak bu iddiaların bilimsel olarak kanıtlanabilir niteliğe sahip olması gerekmektedir²⁹⁵. Görüldüğü üzere, hukuka uygunluk bakımından aranan tehdit düzeyi, insan sağlığına atfedilen üstün değer sebebiyle düşük tutularak varsayımsal olmayan ciddi nitelikteki bir endişenin bu bağlamda yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁹⁶.

Fiili bir tehlikenin söz konusu olmadığı alanlarda alınan önlemler, uygulamada çoğunlukla gıda ürünleri ticaretinde görülmektedir. Gıda ürünleri alanında en bilindik

²⁹² TEKİNALP ve diğerleri, s.270.

²⁹³ C-174/82 Office van Justitie v. Sandoz (1983) ECR 2445.

²⁹⁴ C-174/82 Office van Justitie v. Sandoz (1983) ECR 2466. Ayrıca bkz. TEKİNALP ve diğerleri, s.270.

²⁹⁵ GÜRBÜZER, s.109.

²⁹⁶ GÜNEŞ, s.295.

karar ise *Beer (Reinheitsgebot)*²⁹⁷ Kararıdır. Almanya, biralarda içeriğinde yer alması gereken hammaddeleri belirten 1516 tarihli Saf Bira Kanunu'nda yer alan düzenlemenin, sağlık bakımından tehlikeli katkı maddelerinin biralara konulmasını engellemeyi amaçladığını, bu nedenle kanunda sayılan maddelerden birinin eksikliği halinde bu ürünlerin bira adı altında satılamayacağını, aynı zamanda 1975 tarihli Yiyeceklerde Bulunabilecek Katkı Maddelerine İlişkin Alman Kanunu'nun da içinde farklı katkı maddeleri olan mamullerin piyasaya sürülmesini yasakladığını ve söz konusu düzenlemenin insan sağlığı çerçevesinde haklı görülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Adalet Divanı, Almanya'nın savunmasını kabul etmeyerek biraya katılması muhtemel katkı maddelerini yasaklayan bir ulusal düzenleme ile aynı sonuca ulaşılabileceğini belirtmiştir²⁹⁸.

Gıda veya ilaçların²⁹⁹ ithalatının kısıtlanması dışında, üye ülkelerin sınırlarında yapılan sağlık kontrollerinde de söz konusu olmaktadır³⁰⁰. Ancak bir üye devletin sınırında yapılan sağlık kontrolünün benzeri nitelikteki bir sağlık kontrolünün yakın tarihte bir başka üye devlet sınırında da yapılması, sağlık kontrolünün amacını aşması ve ikincil bir yük oluşturması sebebiyle hukuka uygunluk halini ortadan kaldıracaktır³⁰¹. *Komisyon v. Fransa*³⁰² Kararında, Fransa, ülkesinde üretilen ağaç kesme makinelerinin belirli güvenlik donanımları ile üretilmesini şart koşturmaktadır. Böylece işçilerin bu makineyi kullanırken hata yapmaları halinde dahi kendilerine zarar vermemeleri hedeflenmektedir. Almanya'da üretilen benzer makineler ise gerekli donanımı taşımamaktadır; ancak işçilere gerekli eğitimler verilerek aynı amaca ulaşılmaktadır. Fransa ise işçi güvenliği ve insan hayatının korunması gerekçesiyle Almanya'da üretilen bu makinelerin kendi ülkesine ithaline engel olmuştur. Adalet Divanı, Fransız uygulamasını haklı görerek bu iki makinenin aynı standartlarda koruma sağlayamadığını tespit etmiş ve hiçbir devletin kendi ülkesindeki standartlardan daha

²⁹⁷ C-178/84 Komisyon v. Almanya (1987) ECR I-1227.

²⁹⁸ Aynı yönde bkz. C-187/84 Giacomo Caldana (1985) ECR I-3013.

²⁹⁹ C-320/93 Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH (1991) ECR I-1747.

³⁰⁰ GÜNEŞ, s.295.

³⁰¹ C-73/84 Denkavit Futtermittel GmbH v Land Nordrhein-Westfalen (1979) ECR 3369; C-293/94 Jacqueline Brandsma (1996) ECR I-3159.

³⁰² C-188/84 Komisyon v. Fransa (1987) ECR I-419.

düşük güvenlik standartlarına sahip tehlikeli makineleri ülkesine kabul etmek zorunda olmadığını belirtmiştir³⁰³.

(2) Hayvan Sağlığının ve Bitkilerin Korunması

ABİA'nın 36 ncı maddesinde öngörülen bir diğer hukuka uygunluk nedeni, hayvan sağlığı ve bitkilerin özellikle biyolojik çeşitliliğinin korunması amacıyla gerçekleştirilen önlemleri göstermektedir. Bu tür önlemlerin hayvan veya bitkilere ilişkin tek tek düzenleme getirilmesinden ziyade, genel olarak bir hayvan veya bitki çeşidini koruyucu şekilde düzenlenmesi gerekmektedir³⁰⁴. Bu anlamda ancak büyük popülasyonları konu edinen önlemlerin hayvan ve bitki türlerinin korunması amacına hizmet ettiği kabul edilebilir. Özellikle yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalan bazı hayvan ve bitki türlerinin ticaretinin kısıtlanması, endemik türlerin ihracatına izin verilmemesi, yetiştirme alanlarının korunması için ticareti kısıtlayıcı uygulamalar³⁰⁵ yahut genetiği değiştirilmiş organizmalar içeren hayvan ve bitki türlerinin ithalatının yasaklanması bu çerçevede değerlendirilebilir³⁰⁶.

Bitki ve hayvan ticaretine getirilen kısıtlamalar, özellikle üye devletlerin ülkelerindeki doğal yaşamı tehlikeye sokacak veya salgın hastalıkların yayılmasına yol açacak ürünlerin ithalatının yasaklanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, tehdit altında bulunan hayvan ve bitki türlerinin korunması amacıyla Birlik, ortak düzenleme yapma amacına giderek ithalatına izin verilen hayvan ve bitki türlerinin

³⁰³ C-188/84 Komisyon v. Fransa (1987) ECR I-435. Ayrıca bkz. GREEN, HARTLEY ve USHER, s.77; GÜRBÜZER, s.110.

³⁰⁴ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.47.

³⁰⁵ C-67/97 Ditlev Bluhme (1998) ECR I-8033.

³⁰⁶ Avrupa Birliği organları, hayvan ve bitki türlerinin korunması hususunda yasal mevzuat çalışmaları da yapmaktadır. Bu konuda bkz. Avrupa Konseyi'nin 3 Aralık 1982 tarih ve 3626/82 sayılı "Nesli Tükennemekte olan Yabani Hayvan ve Bitkilerin Uluslararası Ticaretinin Topluluk İçinde Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü" (Council Regulation (EEC) No 3626/82 of 3 December 1982 on the implementation in the Community of the Convention on international trade in endangered species of wild fauna and flora). Bu Tüzük 31.12.1996 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca bkz. 20 Ocak 1981 tarih ve 348/81 sayılı Balinaların ithalatına ilişkin genel kuralları düzenleyen Konsey Tüzüğü (Council Regulation (EEC) No 348/81 of 20 January 1981 on common rules for imports of whales or other cetacean products) OJ L 39, 12.2.1981, p. 1.

belirlenmesi için 24.10.2001 tarih ve 2087/2001 sayılı Komisyon Tüzüğünü çıkarmış³⁰⁷; bu düzenleme sayesinde vahşi doğada yaşayan veya doğal ortamda yaşamını sürdüren bitki türlerinin ticareti kısıtlanmıştır³⁰⁸. Ancak hayvan ve bitki sağlığını korumak üzere getirilen her ulusal önlemin bu istisna kapsamından yararlanamayacağı açıktır.

*Komisyon v. İtalya*³⁰⁹ Kararına konu olayda İtalyan Hükûmeti, 1985 yılına kadar yapılan ithalatlarda greyfurt ithalatının belirli limanlarından yapılması şartını aramıyor olmasına rağmen, karara konu son yıllarda ülkeye yapılan greyfurt ithalatının belirli limanlardan yapılması şartını getirmiş ve böylece kara yolu üzerinden İtalya'ya greyfurt ithalatını engellemiştir. Bu kısıtlamaya gerekçe olarak ise yerli greyfurtların herhangi bir bitkisel hastalıktan etkilenmemesi için ithal edilen greyfurtların sağlıklı olup olmadıklarının kontrolünün sağlanması gösterilmiş ve bitki sağlığının korunması amacının ön planda olduğu belirtilmiştir³¹⁰. Adalet Divanı, 1985 yılına kadar karayolu üzerinden yapılan ithalatlarda greyfurtların sağlık kontrolünün pekala yapılabildiğini, 1985 itibariyle neyin değiştiğini ve bu uygulamanın neye dayanarak getirildiğini sormuş, İtalyan Hükûmeti ise birden fazla farklı noktada karayolu kontrolünün sağlanmasının zor olduğu şeklinde cevap vermiş, fakat bu cevap kısıtlamayı hukuka uygun kabul edebilecek yeterlilikte görülmemiştir. Adalet Divanı, söz konusu uygulamayı 34 üncü maddeye aykırı kabul etmiştir³¹¹.

Yapılan bu incelemelerden yola çıkarak, Adalet Divanı'nın, üye devletlerin kendi sağlık politikalarını belirlemeye müdahale etmeme konusunda hassasiyet gösterdiği, ancak orantılı olma ilkesini bu hassasiyetin sınırında tuttuğu ve üye devletlerin maksadı aşan uygulamalarının 36 ncı maddedeki istisna hükmünün kapsamı dışında bırakıldığını söylemek mümkündür³¹².

³⁰⁷ OJ (2001) L 282, s.23.

³⁰⁸ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.47.

³⁰⁹ C-128/89 Komisyon v. İtalya (1990) ECR I-3239.

³¹⁰ C-128/89 Komisyon v. İtalya (1990) ECR I-3244 vd.

³¹¹ C-128/89 Komisyon v. İtalya (1990) ECR I-3246 vd. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.250-251.

³¹² Leigh HANCHER, **Creating the Internal Market for Pharmaceutical Medicines - An Echnernach Jumping Progression**, C.M.L.R., Vol. 28, Issue 4, 1991 (821-853); s.852.

(3) Ticari ve Sınai Mülkiyet Haklarının Korunması

İstisna hükmü kapsamında genel olarak patent hakkı³¹³, marka hakkı³¹⁴, fikri mülkiyet hakkı³¹⁵, faydalı model ve endüstriyel tasarım hakkı³¹⁶ ile türün korunması hakkı³¹⁷ yer almaktadır ve bu korunma haklarının her biri, spesifik bir konuyu içermektedir³¹⁸.

Patentli, markalı veya endüstriyel tasarım hakkını haiz bir mal, sahibinin izni olmadan ticarete konu olamaz, pazarlanamaz, taklit edilemez, çoğaltılamaz ve üretilemez³¹⁹. Söz konusu haklar kapsamında hak sahibi, münhasıran külli pazarlama hakkına (ius excludendi) sahip olmaktadır. Örneğin, patent hakkı sahibi, patent konusu buluşu kendisi piyasaya sürüp başkasının bu buluşu piyasaya sürmesine izin vermeyebileceği gibi, kendisi de bu buluşu piyasaya sürmekten vazgeçebilir ve hatta üye ülkelerde serbestçe ticareti yapılabilen ilgili buluşun kendi ülkesine ithal edilmesini engelleyebilir³²⁰. Örneğin, bir Alman firmasının kansere karşı etkili bir ilaç bulup bu ülkede patent aldığını düşünelim. Patent sahibi, Alman kanunları uyarınca kendi izni olmadan bu ilacın üretilmesine ve pazarlanmasına engel olabilir. Yani patent sahibinin hakları, mallar serbest dolaşacak diye hiçe sayılamaz ve malların serbest dolaşımı ilkesi dolayısıyla bertaraf edilemez³²¹.

³¹³ C-15/74 Centrafarm BV. Et Adriaan de Pejiper v Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1147.

³¹⁴ C-349/95 Frits Loendersloot, trading as F. Loendersloot Internationale Expeditie v George Ballantine & Son Ltd ve diğerleri (1997) ECR I-6227; C-320/93 Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH (1991) ECR I-1747.

³¹⁵ C-61/97 Foreningen af danske Videogramdistributører, acting for Egmont Film A/S, Buena Vista Home Entertainment A/S, Scanbox Danmark A/S, Metronome Video A/S, Polygram Records A/S, Nordisk Film Video A/S, Irish Video A/S and Warner Home Video Inc. v Laserdisken (1998) ECR I-5171; C-200/96 Metronome Musik GmbH v Music Point Hokamp GmbH. (1998) ECR I-1953.

³¹⁶ C-53/87 Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Régie nationale des usines Renault (CICRA ve Maxicar v. Renault) (1988) ECR 6071; C-144/81 Keurkoop v. Nancy Kean Gifts (1982) ECR 2853.

³¹⁷ C-258/78 L.C. Nungesser KG ve Kurt Eisele v. Komisyon (1982) ECR 2015.

³¹⁸ CAN, s.425.

³¹⁹ TEKİNALP ve diğerleri, s.552.

³²⁰ GÜNEŞ, s.297; Mehmet ÖZCAN, **Avrupa Birliği'nde Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara 1999, s.115.

³²¹ TEKİNALP ve diğerleri, s.552. Ayrıca bkz. ÖZCAN, s.109.

Fikri ve sınai mülkiyet haklarının sağladığı koruma, malların serbest dolaşımı ilkesinin önüne geçer. Fikri ve sınai mülkiyet haklarının 36 ncı maddedeki istisnaların arasında yer almasının bu anlamda önemli olduğu söylenebilir. Bu gerekçe çerçevesinde davalar genel olarak bir ülkede tescil edilen bir hakkın bulunması karşısında, o ülkeye bu hakkı ihlal eder nitelikte yapılan ihracata izin verilip verilmeyeceği noktasındadır³²². Bir diğer ifadeyle, transit geçiş, fikri ve sınai mülkiyet koruması kapsamında engellenememekte ve kısıtlanamamaktadır.

Fikri ve sınai haklara, tescil edildiği ülkelerin coğrafi sınırları içinde tanınan korunma hakkının AB sınırları içinde de geçerli olduğunu peşinen kabul etmek malların serbest dolaşımına zarar vereceğinden, bu hakların korunması, malların serbest dolaşımının bir istisnası olarak haklılığı ispat edilebildiği sürece mümkün kılınmıştır³²³. Divan'a göre ise bu haklılık, genel olarak malların kötüleşmesi veya değiştirilmesi hallerinde gerçekleşmiş kabul edilecektir³²⁴. Bu doğrultuda Adalet Divanı'nın konuyu çözüme kavuştururken birçok yaklaşım ürettiği görülmektedir. Aşağıda, bu yaklaşımlar üzerinde durulacaktır.

(a) Hakkın Varlığı ve Kullanılması Yaklaşımı

Sınai ve ticari mülkiyet hakları, hak sahiplerine belirli bir coğrafi alanda herkese karşı ileri sürülebilen, inhisari (mutlak) nitelikli çok geniş yetkiler tanımaktadır. Madde 36 düzenlemesinde yer alan istisnaya göre, üye devletlerin ulusal hukuklarında fikri sınai mülkiyete tanınan bu koruyucu ve inhisari haklar, malların serbest dolaşımı ilkesini sınırlayabilir ve hatta malların serbest dolaşımına engel de olabilir. Ancak bu istisnaların da uygulamada bir sınırı vardır. Öyle ki, istisnalar üye devletler arasındaki

³²² TEKİNALP ve diğerleri, s.272; GÜRBÜZER, s.111.

³²³ C-35/87 Thetford Corporation ve diğerleri v. Fiamma SpA ve diğerleri. (1988) ECR 3601; C-238/89 Pall Corp. v P. J. Dahlhausen & Co. (1990) ECR I-4844; C-62/79 SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel ve diğerleri v. Ciné Vog Films (1980) ECR 881.

³²⁴ C-85/76 HoffmannLa Roche & Co. AG v. Komisyon (1978) ECR I-1139; Birleşik dava C-427-429-436/93 Bristol Myers Squibb ve diğerleri v. Paranova A/S (1996) ECR I-03457; C-143/00 Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd and Eli Lilly and Co. v Swingward Ltd and Dowelhurst Ltd. (2002) ECR I-3759. Ayrıca bkz. GÜRBÜZER, s.112; CAN, s.426.

ticarete ne keyfi bir ayrımcılığa yer verebilir ne de zımni bir kısıtlama aracı olarak kullanılabilir³²⁵. Hak sahiplerine geniş yetkiler tanıyan istisna konusu haklar, Birlik düzeyinde uygulanırken malların serbest dolaşımı ilkesini düzenleyen hükümlere ve Divan'ın bu konudaki içtihadına uygun hareket etmek zorundadır³²⁶. Bu doğrultuda örnek teşkil eden *Terrapin v. Terranova*³²⁷ Davasında, 36.maddenin genelinden ve ikinci fıkrasından anlaşılacağı üzere, Kurucu antlaşmanın üye devletlerin ticari ve sınai haklarının varlığını etkilemeyeceği, ancak bu hakların kullanılmasının Antlaşma hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

*Keurkoop*³²⁸ Davasında, ilgili hukuk kurallarının Birlik çapında uyumlaştırılması sağlanmadığı sürece, söz konusu hakların korunması şartlarının üye devletlerin ulusal hukuk sorunu olduğu belirtilmiştir. *Deutsche Grammophon*³²⁹ Davasında da benzer şekilde, endüstriyel mülkiyet haklarının varlığı ve özü konularının Birlik hukuku tarafından hiç dokunulmadan üye devletlerin ulusal yasama organının yetki alanına bırakıldığı, ancak hakların uygulamasının kesinlikle Birlik hukuku alanına girdiği belirtilmiştir³³⁰.

Sonuç olarak belirtelim ki, buraya kadar incelenen kararlarda, hakların varlığı ve kullanımı ayrımında, hakların varlığının ulusal hukukların, kullanımının ise Birlik hukukunun kapsamında olduğu kabul edilmiş ise de, ilerleyen zamanlarda bu ayrımın ortadan kalkmaya başladığı ve artık hakların varlığının da Birlik hukuku konusu haline geldiği görülmektedir. *Warner Brothers*³³¹ Davası bu anlamda önemli bir örnektir. Adalet Divanı vermiş olduğu kararında, fikri ve sınai hakların varlığının da Birlik

³²⁵ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.243.

³²⁶ Birleşik dava C-56-58/64 Grundig ve Consten (1966) ECR I-519; C-15/74 Centrafarm BV ve Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1147.

³²⁷ C-119/75 Terrapin (Overseas) Ltd. v Terranova Industrie CA Kapferer & Co. (1976) ECR I-1039.

³²⁸ C-144/81 Keurkoop v. Nancy Kean Gifts (1982) ECR 2853.

³²⁹ C-78/70 Deutsche Grammophon v. Metro (1971) ECR 489.

³³⁰ C-78/70 Deutsche Grammophon v. Metro (1971) ECR 496 vd. Ayrıca bkz. Giuliano MARENKO ve Karen BANKS, "Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement; Discrimination Unearthed", *E.L.Rev.* Vol.15, 1990, s.255.

³³¹ C-158/86 Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS v Erik Viuff Christiansen (1988) ECR I-2605.

hukuku kapsamında olduğunu kabul etmiştir³³². *Magill*³³³ ve *Ideal Standard*³³⁴ Davalarında ise bu ayrımın kullanılmadığı açıktır. Gerçekten de, bir hakkın varlığını kabul eden, ancak kullanılmasını sınırlayan ya da yasaklayan hukuk kurallarının pratik anlamda herhangi bir yararının bulunmadığının zaman içinde Adalet Divanı tarafından da kabul edildiği ve söz konusu yaklaşımın günümüzde artık bir değeri bulunmadığı görülmektedir³³⁵.

(b) Hakkın Spesifik Konusu Yaklaşımı

Hakkın spesifik konusu, Adalet Divanı'nın, hakkın meşru şekilde kullanılmasının temelinde yatan mantığı açıklamak üzere *Deutsche Grammophon*³³⁶ Davası ile geliştirdiği bir yorumdur. Buna göre, 36 ncı maddede belirtilen istisnalara, ancak bir malın spesifik amacını teşkil eden hakkın korunmasını meşru gösterdiği ölçüde izin verilebilecektir³³⁷. Diğer bir ifadeyle, getirilen kısıtlamalar bir fikri ve sınai hakkın spesifik konusunu koruyorsa meşru sayılacaktır; bu amacı aşan tüm kısıtlamalar ise 34 üncü madde kapsamında Birlik hukukuna aykırı kabul edilecektir.

(i) Patent ve Marka Haklarının Spesifik Konusu

Adalet Divanı'nın patent hakkının spesifik konusuna ilişkin verdiği kararlardan biri *de Pejiper*³³⁸ Kararıdır. Dava konusu olayda, "Negram" isimli ürünler dolaşım yolları enfeksiyonlarının tedavisinde kullanılan ilaç, New York'ta bulunan Sterling Drug isimli bir Amerikan şirketine aittir. Centafarm isimli Hollandalı şirket ise bu ilacı İngiltere ve

³³² C-158/86 Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS v Erik Viuff Christiansen (1988) ECR I-2610 vd. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.254.

³³³ Case T-69/89 Radio Telefis Eirann v. Komisyon (Magill TV Guide Ltd. intervening) (1991) ECR II-485; 4 CMLR 586; Case T-70/89 BBC and BBC Enterprises Ltd. v. Komisyon (Magill TV Guide Ltd. intervening) (1991) ECR II-535; 4 CMLR 669 ve Case T-76/89 Independent Television Publications Ltd. v. Komisyon (Magill TV Guide Ltd. intervening) (1991) ECR II-575; 4 CMLR 745.

³³⁴ C-9/93 ITH Internationale v. Ideal Standard GmbH (1994) 5 IIC s.789.

³³⁵ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.255; Horner SIMON, **Parallel Imports**, London 1987, s.129.

³³⁶ C-78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. (1971) ECR 489.

³³⁷ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.255.

³³⁸ C-15/74 Centrafarm BV. Et Adriaan de Pejiper v Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1147.

Almanya'dan daha ucuza satın alarak Hollanda'ya ithal etmiştir. Bunun üzerine Sterling Drug firması, patent hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Hollanda'da dava açmıştır. Davanın ön karar usulüyle önüne gelmesinin üzerine Adalet Divanı, 36 ncı maddedeki istisnaların ancak söz konusu hakkın spesifik konusunu meşru kıldığı ölçüde uygulanabileceğini belirtmiş ve patent hakkı sahibi kişilerin, patent hakkına dayanarak başka bir üye devlet ülkesinde bizzat kendisi veya izin verdiği üçüncü kişiler tarafından pazarlanmış bulunan ürünün satışını yasaklayamayacağını, bu tip yasaklamaların ise malların serbest dolaşımı ilkesiyle bağdaşmayacağını vurgulamıştır³³⁹. Bununla da kalmayan Divan, daha ileriye giderek patent hakkının spesifik konusunun, buluşun ilk defa piyasaya ticari olarak sürülmesi ve patent sahibinin yaratıcı çabalarının ödüllendirilmesinin garanti altına alınması olduğunu ifade etmiştir³⁴⁰.

Aynı kararda marka hakkının korumasına da değinen Divan; "*Ticari marka sahibinin o markayı münhasıran kullanma hakkı, markanın konusunu teşkil eden ürünün ilk defa piyasaya sürülmesini ve söz konusu markayı hukuka aykırı şekilde satmak suretiyle markanın sağladığı avantajlardan yararlanmak isteyen üçüncü kişilere engel olunmasını kapsamaktadır*"³⁴¹ ifadesiyle, marka hakkı sahibine tanınan mutlak hakkın ihlal edilmesi halinde, marka sahibinin ulusal marka hakkına dayanarak bu ihlali durdurabilme hakkını vurgulamıştır.

Birlik marka hukukuna³⁴² göre Birlik markalarının, sadece ayırt edilme gücüne sahip olduklarında, yani rakip ürünlerden nitelendirme, isimlendirme, şekil, renk vb. şekilde açıkça farklılaştıklarında tescil edilmesi mümkündür. Birlik Genel Mahkemesi'nde görülen *Wether's Echte* Davasında, bir karamel bonbonun üç boyutlu

³³⁹ C-15/74 Centrafarm BV. Et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1162, para. 8, 9 vd. Ayrıca bkz. CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.51.

³⁴⁰ C-15/74 Centrafarm BV. Et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1162, para.9. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.257.

³⁴¹ C-15/74 Centrafarm BV. Et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1162, para.9. Ayrıca bkz. CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.52.

³⁴² 40/94 sayılı Tüzük. ABL. 1994 Nr. L 11/1; 89/104 sayılı Yönerge, ABI. 1989 Nr. L 159/60.

şeklinin ve kıvrımlı ambalajının, bu bonbonun ticarete mutat olan diğer şekillerden ayrılması için yeterli olmadığı belirtilmiştir³⁴³.

Yukarıda bahsettiğimiz kararlardan yola çıkıldığında, ticari markaların spesifik konusunun iki haktan oluştuğu söylenebilir: Bunlardan ilki, patent hakkında olduğu gibi markanın konusunu teşkil eden ürünün, sadece marka hakkı sahibinin veya onun izin verdiği kişilerce ilk defa piyasaya sürülmesi; ikincisi ise marka sahibinin markasını münhasır kullanım yetkisidir³⁴⁴.

Ticari markalar arasında karıştırma (iltibas) tehlikesinin irdelendiği *Audi AG v. Deutsche Renault AG*³⁴⁵ Davasında Divan, markanın spesifik konusunun, karıştırma tehlikesine karşı mal sahiplerinin korunmasını kapsadığını da belirtmiştir. Dava konusu olayda, Audi AG, dört çekerli motorlu taşıtlar için kullanılan *Quattro* ticari markasının sahibidir. 1988 yılında Deutsche Renault AG isimli bir başka firmanın *Espace Quadra* adı altında Fransa'da ürettiği dört çekerli motorlu araçlardan Almanya'ya ithal etmeye başlaması üzerine Audi AG, "Quattro" ve "Quadra" markaları arasında iltibas tehlikesi bulunması nedeniyle yasal yollara başvurmuş, buna karşılık Renault AG firması ise İtalyancada "4" anlamına gelen "*Quattro*" markasının iptalini talep etmiştir. Alman Patent Ofisi ise, "4" rakamının dört çekerli otomobil endüstrisinde tüm firmalarca kullanılabileceği üzerinde durarak Quattro markasının tescilini iptal etmiştir. Federal Mahkeme önüne getirilen karar, Adalet Divanı'na sorulmuş ve Divan, Alman hukukunun ilgili hükümlerinin ulusal sanayiye korumak için herhangi bir ayrımcılık yapmadığını belirtmiş ve quattro kelimesi gibi iltibas yaratacak markaların tescilinin iptali talebini hukuka uygun bulmuştur³⁴⁶.

Paralel ithalat halinde ise patent sahipleri birbirinden bağımsız bir şekilde aynı buluş için ayrı ayrı patent alabilmektedir. Bu durumda, patent hakkının spesifik konusu

³⁴³ ATİDM, August Storck kG/İç Pazar Uyumlaştırma Dairesi Kararı (2004) II-21; bkz. CAN, s.425.

³⁴⁴ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.258.

³⁴⁵ C-317/91 Audi AG v. Deutsche Renault AG (1993) ECR I-6227.

³⁴⁶ C-317/91 Audi AG v. Deutsche Renault AG (1993) ECR I-6271 vd. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.258.

gereği, kendi ülkesinde koruma altına alınan patent sahiplerinden biri, diğer patent sahibinin ülkesinde üretilen malların kendi ülkesine ithal edilmesine engel olabilir.

(ii) Telif Hakkının Spesifik Konusu

Telif hakkının konusunu belirleyen *Phil Collins*³⁴⁷ Davasında; İngiliz şarkıcı ve besteci Phil Collins, Amerika'da vermiş olduğu bir konserin ses kayıtlarını kendisinden izinsiz olarak Almanya'da pazarlayan Imtrat plak şirketi aleyhine dava açmıştır. Benzer şekilde *Electrola*³⁴⁸ Davasında ise İngiliz şarkıcı Cliff Richard'ın İngiltere'de verdiği iki konser kayıtlarının telif hakkı sahibi Emi Electro firması olması rağmen, Patricia plak şirketi bu firmadan izinsiz olarak konser kayıtlarını çoğaltıp satışa sürmüştü ve Almanya'da dava edilmiştir. Söz konusu davalara konu edilen telif hakkının henüz Birlik çapında uyumlaştırılmadığını belirten Divan, bu hakkın konusu olarak,

"Telif hakkı, ulusal yasalarda belirtildiği üzere hak sahibinin maddi ve manevi haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Manevi hakların korunması, eser sahibi ve icracı sanatçılara, eserlerinin, kendi ünlerine zarar verecek şekilde tahrifine, değiştirilmesine ve diğer tüm değişikliklere karşı çıkma imkanı vermektedir. Ayrıca maddi haklar kapsamında, hak sahiplerine telif hakları ödemelerini talep etme hakkı da vermektedir."

açıklamasında bulunmuştur³⁴⁹. Aynı yönde verdiği *Musik Vertrieb Membran v. Gema*³⁵⁰ Davasında ise, bir eserden alıntı yaparken eser sahibinin adının muhakkak belirtilmesi gerektiği şeklindeki manevi hakların yanında, telif haklarının konusunu teşkil eden eserin ticari olarak piyasaya sürülmesi, pazarlanması, lisans sözleşmesi yoluyla belirli bir bedel karşılığı üçüncü kişilere devri gibi ekonomik hakları içine alacak şekilde belirlenmiştir.

³⁴⁷ Birleşik dava C-92-326/92 *Phil Collins v. Imtrat HandelsgesellschaftHmbH ve Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft and Leif Emanuel Kraul v. Emi Electrola GmbH* (1993) ECR 5145.

³⁴⁸ C-341/87 *EMI Electrola GmbH v. Patricia Im-und Export ve diğerleri* (1989) ECR 79.

³⁴⁹ C-341/87 *EMI Electrola GmbH v. Patricia Im-und Export ve diğerleri* (1989) ECR 95, para.7, 9, 10. Ayrıca bkz. CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.53

³⁵⁰ C-55-57/80 *Musik Vertrieb Membran v. Gema* (1981) ECR 147.

(iii) Endüstriyel Tasarım Hakkının Spesifik Konusu

Endüstriyel tasarım hakkının içeriğine ilişkin verilen *Volvo v. Veng*³⁵¹ Kararında, Erik Veng şirketi, Volvo 200 serisi araçların ön rüzgarlıklarına ilişkin tasarım hakkına sahip Volvo firmasından izin almaksızın bu parçayı üreterek İngiltere'de piyasaya sürmüş ve aleyhinde açılan dava Adalet Divanı önüne getirilmiştir. Divan, tasarım hakkı sahibinin, kendi tasarımının konusunu oluşturan ürünün üçüncü kişiler tarafından üretimini, satışını ve ithalatını önleme hakkı bulunduğunu belirterek tasarım sahibinin rızası dışında üretilen ürünlerin satışının engellenebilmesinin tasarım hakkının özünü ve spesifik konusunu oluşturduğunu kabul etmiştir³⁵². Benzer şekilde verilen *CICRA ve Maxicar v. Renault*³⁵³ Kararında ise, tasarım hakkının spesifik konusuna göre hak sahibinin, motorlu taşıtlara ilişkin aksesuarların üçüncü kişiler tarafından üretilmesini, pazarlanmasını ve satılmasını engelleyebileceği, ayrıca tasarım hakkının konusu ile ilgili parçaların da satılmasına veya kendi rızası dışında başka üye ülkelerde üretilmesine engel olabileceği belirtilmiştir.

Sonuç itibariyle, Adalet Divanı'nın, hakların spesifik konusuna ilişkin ortak ve açık bir tanım geliştiremediği ve her olayın karakteristik özelliğinin konu edildiği hakkın türüne göre bir tanım yapma gayretine girdiği; ancak hakkın spesifik konusunu belirlemekten vazgeçmediği söylenebilir. Özellikle *Ideal Standard*³⁵⁴ Kararında, *Centrafarm v. Winthrop*³⁵⁵ Davasında verdiği karara atıfta bulunarak, ticari markadan kaynaklanan münhasır yetkinin garanti altına alınması için gerekli olmadıkça, söz konusu ticari markayı taşıyan malların ithalatının yasaklanamayacağını vurgulamış³⁵⁶ ve hakkın spesifik konusu yaklaşımını sürdürdüğünü göstermiştir.

³⁵¹ C-238/87 AB Volvo v. Erik Veng (1988) ECR 6211.

³⁵² C-238/87 AB Volvo v. Erik Veng (1988) ECR 6230. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.260.

³⁵³ C-53/87 Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli ve Maxicar v Régie nationale des usines Renault (1988) ECR 6071.

³⁵⁴ C-9/93 ITH Internationale v. Ideal Standard GmbH (1994) ECR I-2789.

³⁵⁵ C-16/74 Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Winthrop BV. (1974) ECR 1183.

³⁵⁶ C-9/93 ITH Internationale v. Ideal Standard GmbH (1994) ECR I-2847, para.33. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.261.

(c) Hakkın Asıl Fonksiyonu Yaklaşımı

Adalet Divanı, hakkın asıl fonksiyonunu belirleyerek esasında hakkın spesifik konusu ile ulaştığı kavramın sınırlarını ve hakkın kapsamını net bir şekilde çizebilmeyi amaçlamıştır. Bu sebeple hakkın spesifik konusunu belirledikten sonra hakkın kapsamını tamamlayabilmek için hakkın asıl fonksiyonunu belirleme yolunu tercih etmiştir. İlk kez *Magill* Davası ile ileri sürdüğü bu görüşü, *Hoffman La Roche v. Centrafarm*³⁵⁷ ve *SA CLN-SUCAL NV v. HAG GF AG*.³⁵⁸ Kararlarında pekiştirerek hakkın spesifik konusu ile asıl fonksiyonu teorilerini birbirinden ayırmıştır.

Divan'a göre, marka hakkının asıl fonksiyonu; markaya konu ürünün kökeninin tespiti bakımından işaretlenerek tüketiciler tarafından hiçbir şüpheye yer vermeksizin diğer ürünlerden ayırt edilebilmesinin sağlanmasıdır. Telif hakkının asıl fonksiyonu ise; telif konusu eserin, örneğin bir filmin her gösteriminden telif hakkı sahibinin de telif ücreti talep edebilmesi olarak belirlenmiştir³⁵⁹.

(d) Hakkın Tükenmesi İlkesi

Adalet Divanı'nın 36 ncı maddedeki söz konusu istisnayı uygularken dikkate aldığı bir diğer kıstas, hakkın tükenmesi ilkesidir. Fikri ve sınai mülkiyet hakları sahiplerine bu haklarla korunmuş olan ürünleri üretmek, ticaretini yapmak, kiraya vermek gibi mali haklar ile fikir ve sanat eserleri ile ilgili olarak da hem mali hem de manevi haklar ve yetkiler verir³⁶⁰.

Fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahibi, ilgili ürünü istediği gibi imal edip satabilir ve kendi izni olmadan başkalarının o ürünü imal edip satmasını engelleyebilir, yeter ki münhasır hakkı henüz sona ermemiş olsun. Ancak ürün bir kez hukuki yoldan ve rıza

³⁵⁷ C-102/77 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH. (1978) ECR 1139.

³⁵⁸ C-10/89 SA CNL-SUCAL NV v HAG GF AG (1990) ECR I-3711.

³⁵⁹ C-62/79 SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel v. Ciné Vog Films (1980) ECR 881. Telif hakkının fonksiyonu, eserin sunumuna göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle her bir eser bakımından ayrı ayrı belirleme yapmak gerekecektir. Örneğin, bir eser film olarak gösterilebilirken, kitap veya tiyatro eseri olarak da sunulabilir.

³⁶⁰ TEKİNALP ve diğerleri, s.554.

ile hak sahibinin elinden çıktıktan sonra bu ürünü iktisap etmiş kişilerce malın ticaretinin yapılması, yani alınıp satılması engellenemez³⁶¹. Diğer bir deyişle, ilgili ürünün hak sahibi tarafından veya hak sahibinin onayı ile bir üye devlette hukuka uygun olarak piyasaya sürülmüş olduğu hallerde, söz konusu hakkın tüketildiğinden söz edilir³⁶². Fikri mülkiyet hakkından doğan bir hak, ürünün hak sahibi veya onay vermesiyle bir başkası tarafından piyasaya sürülmesiyle sona erer. Ürün piyasaya sürüldükten sonra hak sahibi, ürünün ihracına ve ithaline engel olamaz. Buna hakların tüketilmesi doktrini denir³⁶³.

Hakkın tüketilmesi ilkesine göre hak sahibi, bir malın ilk kez piyasaya sürülmesini kontrol edebilirken, bundan sonraki pazarlama ve dağıtımını denetleyememektedir³⁶⁴. Bu nedenle hakkın tüketilmediği durumlarda hak sahibinin malın ithalatını engelleyebileceği söylenebilir. Bu anlamda, hakkın tüketilmesinden sonra hakkın korunmasına yönelik önlemler hukuka aykırılık oluştururken, hakkın mutlak şekilde tüketilmediği durumlarda bu tür önlemlerin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus, hak sahibinin izni ile satışa sunulan bir ürünü satın alan kişinin yalnızca, o ürünü bir başkasına satma hakkını elde ettiği, buna karşılık o ürünü kopyalama, kamuya ödünç verme, değiştirme, yeniden üretme, yayınlama gibi haklara sahip olmadığıdır. Yani fikri ve sınai hakların tamamı değil, yalnızca malın satımı yoluyla el değiştirmesini kısıtlayan haklar tükenir³⁶⁵.

Ülkesel tükenme, uluslararası tükenme ve bölgesel tükenme olarak karşımıza çıkan hakkın tükenmesi ilkesine ilişkin Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'da doğrudan açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Adalet Divanı'nın kökleşmiş içtihatlarında, tükenme ilkesi, "*bölgesel*" olarak Avrupa Birliği bölgesi içinde

³⁶¹ TEKİNALP ve diğerleri, s.555.

³⁶² GÜNEŞ, s.298.

³⁶³ ÖZCAN, s.125.

³⁶⁴ GÜRBÜZER, s.112.

³⁶⁵ TEKİNALP ve diğerleri, s.555.

hakim kılınmış ve Birlik üyesi devletlerin coğrafi sınırları, fikri ve sınai hakların tükenmesi açısından tek bir ülke toprağı gibi kabul edilmiştir³⁶⁶.

Hakkın tüketilmesi ilkesinin yorumlandığı davalardan biri *Deutsche Grammophon v. Metro*³⁶⁷ Davasıdır. Dava konusu olayda, Metro firması, Alman müzik şirketinin ürettiğı plakları, bu şirketin Fransa'daki distribütöründen alıp üretici firmanın Almanya'da belirlediğı minimum satış fiyatının da altında fiyatlarla Almanya'ya ithal etmektedir. Bunun üzerine Alman üretici firma telif hakkının ihlal edildiğini ve plakları henüz satışa sunmadığından Alman Telif Hakkı Kanunu'nun tanıdığı hakkının tükenmediğini ileri sürmüştür. Adalet Divanı, yaptığı inceleme neticesinde, bir müzik yapım şirketinin diğer üye devletlerde piyasaya sürdüğü ancak kendi ülkesinde henüz piyasaya sürmediğı ve telif hakkına göre bu ürünleri kendi ülkesinde piyasaya sürme hakkının ilk kendisinde olduğunu ileri sürerek diğer ülkelerden yapılan ithalatı engellemesinin malların serbest dolaşımı hükümlerine aykırı olacağını belirtmiştir³⁶⁸. Bu hükme gerekçe olarak;

"...Antlaşma üye ülkelerin sınai ve ticari mülkiyetle ilgili olarak tanıdığı hakların varlığını etkilemese dahi, bu hakların kullanımı, Antlaşma'nın getirdiğı yasakların kapsamına girebilir"

ifadesine yer verildiğı görülmektedir³⁶⁹.

Divan, *Centrafarm v. Sterlin Drug*³⁷⁰ ve *Centrafarm v. Winthrop*³⁷¹ Davalarında da benzer şekilde, patent ve ticari marka hakkı sahibinin, kendi rızası ile diğer üye devletlerde piyasaya sürülen ürünlerin kendi ülkesine ithalatını engelleyemeyeceğini,

³⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Saadet ARIKAN, "**Fikri-Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat-AB ve Türkiye**" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2001, s.94-95.

³⁶⁷ C-78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. (1971) ECR I-489.

³⁶⁸ C-78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. (1971) ECR I-502. Aynı yönde bkz. C-55-57/80 Musik-Vertrieb Membran & K- Tel International v. GEMA (1981) ECR 147.

³⁶⁹ C-78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. (1971) ECR I-499, para.11.

³⁷⁰ C-15/74 Centrafarm BV. ve Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1147.

³⁷¹ C-16/74 Centrafarm BV ve Adriaan de Peijper v Winthrop BV. (1974) ECR 1183.

böyle bir davranışın Birliği ulusal sınırlara bölmüş olacağını ve Birliğin serbest dolaşıma öncelik veren hükümleriyle bağdaşmayacağını vurgulamıştır³⁷².

Bu kararlardan farklı olarak vermiş olduğu *Merck*³⁷³ Kararında ise Divan, hak sahibinin malı üye ülkelerden birinde serbest iradesiyle değil de ulusal hukukun ya da Birlik hukukunun bir yükümlülüğü sebebiyle dolaşıma sokmuş olması halinde burada tükenme ilkesinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Yani hak sahibi, ürününü kendi rızasıyla piyasaya sürdüyse hakkın tükendiği kabul edilecek, kendi rızası dışında herhangi bir hüküm dolayısıyla mecburen piyasaya sürmek durumunda kaldı ise hakkın tükenme ilkesi uygulanmayacak ve bu malın ithaline engel olabilecektir³⁷⁴.

Gerçekten de ilk satışın hak sahibinin rızası ile yapılmış olması şarttır. Rızanın mevcut olmadığı bazı hallerde, ürünün bir üye ülke içinde üretilip satılması mümkün olduğu halde, Birlik içindeki diğer üye ülkelere ithalatı engellenebilir. Bu haller ise; koruma süresinin sora ermesi, mecburi lisans ve paralel patent olarak sayılabilir.

Bir ürüne ilişkin koruma süresi bittiğinde, ürün o ülkede serbestçe üretilip satılabilir hale gelir, ancak böyle bir durumda hak sahibinin rızası olmadığı için hak sahibi, ürünün, korumanın devam ettiği diğer üye ülkelere ithalini engelleyebilir. Bu durum, fikri sınai mülkiyet haklarının bölgesel tükenme ilkesi ile oluşan serbest dolaşımına bir istisna niteliğindedir, zira burada tükenme bölgesel değil, ülkeseldir³⁷⁵.

Ayrıca belirtelim ki, bir ülkede patent yoluyla korunmakta olan bir ürün yalnızca patent sahibi ve onun lisans verdiği kişiler tarafından üretilebilmekte iken, bazı şartlar altında devlet, bu ürünün gerçekte hak sahibi olmayan üçüncü kişilerce o ülkede üretilmesine izin verebilir. Patent sahibinin kamu sağlığı için çok gerekli olan bir ürünü üretime sokmaması halinde devletin müdahale etmesi bu duruma bir örnek oluşturabilir. Burada da patent sahibinin rızası aranmamaktadır; ancak patent sahibi, zorunlu bir

³⁷² Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.264-265.

³⁷³ Birleşik Dava C-267-268/95 *Merck Co. v Primecrown Ltd.* (1996) ECR I-6285.

³⁷⁴ GÜRBÜZER, s.112.

³⁷⁵ TEKİNALP ve diğerleri, s.558.

şekilde üretimi yapılan malın, korumanın devam ettiği diğer üye devletlere ithalini engelleyebilir³⁷⁶.

Sonuç itibariyle bu bahsi özetlemek gerekirse, kural olarak, 36 ncı maddede belirtilen fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması amacıyla, Avrupa Birliği'nin herhangi bir yerinde hak sahibinin rızası ile satışa sunulan bir ürünün Birlik içindeki serbest dolaşımına kısıtlama getirilemez. Madde 36 hükmünde genel bir ifade ile bahsedilen bu istisnanın uygulamada neleri kapsadığı konusunda hakkın spesifik konusu ve hakkın asıl fonksiyonu doktrinleri birlikte değerlendirilse de, belirleyici rol oynayan hakkın tükenmesi ilkesi olmuştur.

Sadece teoride kalmayan hakkın tükenmesi ilkesinin birçok ülkenin mevzuatına da girdiğini belirtmek gerekir. Söz konusu ilke, Birlik hukukunda 89/104 sayılı Ticari Marka Yönergesi'nin 7(1)'inci maddesinde³⁷⁷ ve Birlik Ticari Markaları ile ilgili olarak 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 13(1)'inci maddesinde³⁷⁸ ifadesini bulmuştur. Türkiye'de ise Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 23(2)'nci, 551 sayılı patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nın 76 ncı, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın 24 üncü ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 13 üncü maddesinde açıkça düzenlenmiş; ancak 1995 tarihli Gümrük Birliği Kararının 8 inci ekinin 9.(2) nci maddesi ile Türkiye ve Avrupa Birliği arasındaki ticarete reddedilmiştir³⁷⁹.

Hakkın tükenmesi ilkesinin Avrupa Birliği hukukunda kabul edilmesinin iki önemli pratik sonucu olduğundan bahsedilebilir. Bunlardan birincisi, üye devletlerin hukuk sistemlerinden kaynaklanan farklılıkların bu ilke sayesinde giderilmiş olması; bir diğeri ise bu ilkenin pozitif hukuk kuralı halini alarak tüm üye devletler bakımından bağlayıcılık kazanmış olmasıdır³⁸⁰.

³⁷⁶ TEKİNALP ve diğerleri, s.559.

³⁷⁷ 21.12.1988 tarih ve OJ (1989) L 40/1.

³⁷⁸ 20.12.1994 tarih ve OJ (1994) L 11/1.

³⁷⁹ TEKİNALP ve diğerleri, s.559-560.

³⁸⁰ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.267.

(4) Milli, Kültürel, Tarihi veya Arkeolojik Değerlerin Korunması

Üye devletlerce sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal varlıkların korunması amacıyla çıkarılan bir düzenlemenin istisna kapsamından yararlanabilmesi için, ilgili eserin önemsiz olarak nitelenemeyecek bir sanatsal, tarihi veya arkeolojik değerinin söz konusu olması gerekir. Bu uygulama daha ziyade ihracat yasakları ile gündeme gelmekte ve böylece tarihi eser gibi anılan çerçevedeki eserlerin yurt dışına çıkarılması veya kaçırılması engellenmektedir³⁸¹. Bu tür önlemlerin bir diğer görünüm şekli ise tarihi eserler üzerinde devlete rüçhan hakkı tanınması olarak ortaya çıkmaktadır³⁸². Ancak bu istisna hükmünün, 36 ncı maddede yer verilen istisnalardan en az başvuru alanı, dolayısıyla uygulama alanı da en az olan istisna hükmü olduğu söylenebilir.

İstisna hükmüne az başvurulmasının nedenlerinden biri, söz konusu alanda Birlik çapında uyumlaştırmaya gidilmiş olmasıdır. Zira Birlik dışı devletlerden yapılan ticareti düzenlemek için 09.12.1992 tarihinde 3911/92 sayılı Kültür Değerlerinin İhracatına İlişkin Konsey Tüzüğü çıkarılmıştır³⁸³. Yasadışı yollardan kaçırılan kültürel değerlerin iadesi için ise 15.03.1993 tarih ve 93/7 sayılı Konsey Yönergesi çıkarılmıştır³⁸⁴.

93/7 sayılı Yönerge ile bir liste oluşturularak hangi ürünlerin kültürel, tarihi veya arkeolojik değerinin bulunduğuna ilişkin belirlemeler yapılmıştır³⁸⁵. Bu liste dışında kalan alanlarda ise üye devletler, 36 ncı maddede yer alan söz konusu ulusal değerlerin korunması gerekçesine başvurabileceklerdir. Listedeki birkaç örnek vermek gerekirse; yüz yaşından büyük kara veya su altı kazıları ve buluntuları, arkeolojik siteler ve arkeolojik koleksiyonlar, yine yüz yaşından büyük sanatsal, tarihi ya da dini anıtların ayrılmaz bir parçası olan unsurlar, resimler, heykeller, tablolar, el yazmaları, özgün

³⁸¹ TEKİNALP ve diğerleri, s.271; GÜRBÜZER, s.110; CAN, s.425.

³⁸² TEKİNALP ve diğerleri, s.271; GÜNEŞ, s.297.

³⁸³ OJ (1992) L 395 sayı.

³⁸⁴ 15.03.1993 tarih ve 93/7/EEC sayılı Konsey Direktifi [OJ (1993) L 4, s.74]; Ayrıca bkz. Sibel ÖZEL, **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, İstanbul 1998, s.20 vd.; CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.48.

³⁸⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31993L0007> (Erişim: 05.06.2017).

gravürler, baskılar, serigraflar ve taş baskı levhaları ve orijinal posterleri, filmler ve negatifleri, fotoğraflar, eski kitaplar, iki yüz yaşından büyük haritalar, zooloji, botanik, mineralojik veya anatomik koleksiyonlardan alınan numuneler, tarihsel, paleontolojik, etnografik veya nümizmatik koleksiyonları, 75 yaşın üzerindeki taşıma araçları ve 50 yaşından büyük diğer antika ürünler, milli değerlerin arasında sayılmıştır³⁸⁶.

Anılan istisna hükmüne başvurabilmek için söz konusu değerlerin Birlik içi ticaretin konusu olması ve mutlaka ticareti engellemesi gereklidir³⁸⁷. İlgili hususa ilişkin *Komisyon v. İtalya*³⁸⁸ Davası örnek gösterilebilir. Ülkesinden ihraç edilen arkeolojik ve sanatsal değeri olan eserlere ekstra vergi uygulayan İtalya, bu uygulamayı arkeolojik ve sanatsal değeri olan eserlerin korunması gerekçesine dayandırmış ve bu tür ürünlerin ihracatını tamamen engellemek yerine vergi oranlarını yükselterek aynı amaca ulaşmak istediğini belirtmiştir. Ancak Adalet Divanı, 36 ncı maddede yer alan istisnaların yalnızca malların ithalat, ihracat ve transit geçişinde söz konusu olabileceğini, gümrük vergileri ve etkili resim yükleyen uygulamaları ise haklı kılmayacağını; bu işlemin tümünden yasaklanması gerektiğini, aksi halde işlemin zorlaştırılması ve ek yükümlülükler getirilmesinin tutarlı ve samimi olmadığını belirtmiştir³⁸⁹. Adalet Divanı'nın bu kararı, 36 ncı madde istisna hükümlerinin kıyas yoluyla gümrük vergisi ve eş etkili önlemlere uygulanamayacağını vurgulaması bakımından önemlidir.

b. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'dan Doğan İstisnanın Uygulama Koşulları

Antlaşmanın 36 ncı maddesinin birinci cümlesi, genel olarak istisnaları sıralarken, devam eden ikinci cümlesi; "*Ancak, bu yasaklama ve kısıtlamalar, üye devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı oluşturamaz.*" düzenlemesi ile sayılan bu istisnaların sınırını belirlemektedir. Buna göre, söz konusu yasaklama ve kısıtlamalar, ticarete keyfi bir ayrımcılık oluşturmadığı ve

³⁸⁶ 93/7 sayılı Direktif eki.

³⁸⁷ C-7/68 Komisyon v. İtalya (1968) ECR 428.

³⁸⁸ C-7/68 Komisyon v. İtalya (1968) ECR 423.

³⁸⁹ C-7/68 Komisyon v. İtalya (1968) ECR 430. Ayrıca bkz. GÜRBÜZER, s.111.

gizli bir amacın gerçekleştirilmesi uğruna örtülü bir kısıtlama aracı olarak kullanılmadığı sürece birinci cümlede yer verilen istisnalar kapsamında değerlendirilebilecek ve hukuka uygun kabul edilebilecektir. Bununla birlikte, madde hükmünde açıkça belirtilmese de Divan, istisnaların sınırlandırılmasını incelerken orantılılık ilkesini dikkate alarak değerlendirme yaptığından³⁹⁰, istisnaların üçüncü sınırının orantılık ilkesi olduğu söylenebilir. Bu ilkeler, aşağıda daha yakından incelenmektedir.

(1) Keyfi Bir Ayrımcılığa Yol Açmama Koşulu

Madde 36 hükmüne ilişkin istisnaların incelendiği bir üst bölümde, kısıtlamaların keyfiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturamayacağı, aksi halde 36 ncı madde korumasından yararlanamayacağı sıklıkla belirtilmiştir. Özellikle *Henn ve Darby*³⁹¹ Davasında, Divan, üye devletlerin istisna hükümlerinden yararlanırken bu haklarını ayrımcılık veya korumacılık yapmak maksadıyla kötüye kullanmamaları gerektiğini belirterek, istisnalara getirilen kısıtlama amacının, Birlik içi ticarete getirilen kısıtlamaların kötüye kullanılmasının ve böylece diğer üye devletlerde üretilen ürünlere yönelik ayrımcılık yapılması ile yerli ürünlerin avantajlı konuma getirilmesinin önlenmesi olduğunu tespit etmiştir. Buna göre, üye devletler, haklı kısıtlama nedenlerini Birlik içi ticareti engellemek ve yerli ürünleri rekabet avantajları yaratmak için kötüye kullanamazlar³⁹².

Esasında bu düzenleme, 36 ncı maddenin 2 nci fıkrası hükmünden evvel, GATT Anlaşması'nın genel istisnaları düzenleyen XX.maddesinde de yer almaktadır. Anılan madde hükmü, diğerlerinin yanı sıra Anlaşmanın hiçbir hükmünün insan, hayvan ve bitki yaşamı ve sağlığı ile nesli tükenmekte olan doğal kaynakların korunması için ülkelerin gerekli gördükleri önlemleri almalarını engelleyemeyeceğine hükmetmekte, ancak alınacak önlemlerin, aynı koşulların geçerli olduğu ülkeler arasında, keyfi bir

³⁹⁰ C-178/84 Komisyon v. Almanya (1987) ECR 1227, para. 35; Birleşik Dava C-13-113/91 Michel Debus (1992) ECR I-3641; C-27/80 Anton Adriaan Fietje (1980), ECR 3839; C-174/82 Sandoz BV. (1983) ECR 2445; C-247/84 Motte (1985) ECR 3887.

³⁹¹ C-34/79 Henn ve Darby (1979) ECR 3795.

³⁹² C-34/79 Henn ve Darby (1979) ECR 3815, para.22. Ayrıca bkz. CAN, s.427.

ayrımcılığa yol açacak ya da uluslararası ticaretin üzerinde örtülü bir kısıtlama oluşturacak şekilde uygulanmaması gerektiğini öngörmektedir³⁹³.

Bu anlamda keyfi ayrımcılığa örnek vermek gerekirse, bazı yerli ürünler için reklam yasağı söz konusu olmamasına rağmen, diğer üye devletlerin benzer özelliklere sahip ürünleri için reklam yasağı veya kısıtlaması getirilmesi halinde ABİA m.36/II anlamında keyfi ayrımcılıktan söz edilebilecektir³⁹⁴.

(2) Ulusal Önlemin Örtülü Kısıtlama Aracı Olarak Kullanılmaması Koşulu

Ticaretin örtülü olarak kısıtlanması, genel olarak üye devletler arasındaki ticareti kısıtlayan ulusal bir önlemin arka planında yatan korumacı amaçları ifade etmektedir³⁹⁵. Ancak üye devletlerce alınan ulusal önlemlerin kanuna karşı hile yoluna başvurularak hukuka uygun olduğunun iddia edilmesi sebebiyle bu gizli amacın tespiti oldukça güçtür. Bu nedenle, söz konusu önlemin yerli ürünleri korumak için yapıldığına dair kuvvetli şüphenin bulunması, önlemin örtülü bir kısıtlama olduğunu kabul için yeterli görülmektedir³⁹⁶. Örneğin, *Biologische Producten*³⁹⁷ Kararında, haşarat ilaçlarına insan sağlığının korunması amacıyla getirilen sınır kontrollerinin, zaten daha önce ilacın üretildiği ülkede yapılmış ve sonuçların ithal edilen ülkeye sunulmuş olması nedeniyle ticarete örtülü bir kısıtlama aracı yapıldığı belirtilmiştir.

(3) Orantılı Olma Koşulu

Birlik içinde, 36 ncı madde kapsamında yapılan bir kısıtlamanın ölçülü olduğu inancı vardır. Diğer üye devletlerin yapmış olduğu düzenlemelere itimat edilmesi gerekliliği, güven ilkesini beraberinde getirmiştir. Buna göre bir üye devlet, ticareti kısıtlayıcı bir düzenleme getiriyorsa, örneğin çifte sınır kontrolü düzenlemesi söz konusu ise, bu düzenlemenin gerekli ve ölçülü olması gerekmektedir; yani ulaşılmak

³⁹³ Bkz. CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.56, dn.176.

³⁹⁴ C- 152/78 Komisyon v. Fransa (1980) ECR 2299. Ayrıca bkz. CAN, s.428; CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.57.

³⁹⁵ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.299.

³⁹⁶ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.58.

³⁹⁷ C-272/80 Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV. (1981) ECR 3291.

istenilen amaca başka türlü ulaşmanın imkanı bulunmadığı anlamına gelmektedir. Aksi halde, güven ilkesi gereği her bir üye devletin, diğer üye devletlerde yapılan sınır kontrollerine itimat etmesi genel kuraldır. Bu genel kuralın dışına çıkabilmek ise, ancak gerekli ve orantılı kısıtlamaların bulunması halinde mümkün kılınmıştır.

2. İctihatlarla Geliştirilen Hukuka Uygunluk Sebepleri

Eş etkili önlemler kavramının geniş şekilde uygulanmasının dengelenmesi için Antlaşmanın 36 ncı maddesinde öngörülen istisna hükümlerinin yanı sıra, Adalet Divanı tarafından birtakım hukuka uygunluk halleri oluşturulmuştur. İctihatlarla geliştirilen ve Antlaşmada yazılı olmayan bu hukuka uygunluk nedenleri, kamu yararının zorunlu gereklilikleri kavramı adı altında toplanmaktadır ve 36 ncı maddede belirtilen istisnalar gibi sınırlı sayıda değildir. Adalet Divanı, önüne gelen somut uyuşmazlıkların her birini ayrı ayrı değerlendirip, ticareti kısıtlayan ulusal önlemlerin -varsa- hukuka uygun kabul edilebileceği ve mazur görülebileceği zorunlu gereklilik halini tespit etmektedir.

Madde 36 nın kapsamına giren istisnaların tespitinde olduğu gibi, söz konusu ulusal düzenlemenin zorunlu gereklilik olarak hukuka uygun kabul edilebilmesi için de birtakım sınırlar öngörülmektedir. Bir diğer ifadeyle, üye devletlerin ticareti engelleyici ulusal önlemlerini, icthatlarda öngörülen zorunlu gereklilik hallerinden birine dayandırıyor olması, bu önlemin gerçek anlamda zorunlu gereklilik kabul edileceği anlamı taşımadığı gibi, bu anlamda üye devletlere sınırsız bir düzenleme alanı da vermemektedir. Burada ilgili uygulamanın gerçekten de zorunlu gereklilik olarak kabul edilip edilemeyeceğini takdir yetkisi, her bir olayın münhasır özelliklerine göre belirlenmek kaydıyla Adalet Divanı'na aittir. Divan ise bu değerlendirmesini yaparken, Birlik ikincil hukukunda ilgili alana ilişkin bir düzenleme bulunup bulunmadığını³⁹⁸, söz konusu uygulamanın ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını, düzenlemenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını ve ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olup olmadığını dikkate almaktadır. Bu çerçevede, yazılı olmayan hukuka uygunluk hallerine daha yakından temas etme gerekliliği görülmektedir.

³⁹⁸ C-5/94 The Queen Ministry of Agriculture, Fisheries and Food v. Hedley Lomas (1996) ECR I-2553.

a. Zorunlu Gereklilik Kavramı

Daha önce de ifade edildiği üzere, Avrupa Birliği, farklı kültürlere, politikalara ve hukuk sistemlerine sahip ülkelerin tek çatı altında toplanmasına ve belirlenen amaçlar doğrultusunda ortak kurallar ile bağlı olmasına dayanan sistemli bir yapıdır. Ancak bu kadar farklılığın olduğu bir yerde ihtiyaçların da farklılaşması kaçınılmazdır. Bu ihtiyaçların karşılanabilmesi ve ortak kurallara uyum adına bazen Birlik düzenlemeleri yetersiz kalmakta³⁹⁹ ve üye devletlerin menfaatleri ile Birlik menfaatleri arasında denge kurulamamakta, çatışma çıkmaktadır. İşte söz konusu çatışmaların önlenmesi için harekete geçen Adalet Divanı, miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin istisnalarını düzenleyen Antlaşma hükmünün yetersiz kaldığını belirlemiş ve bu nedenle üye devletlerin iç kamu düzenlerini korumak maksadıyla ihtiyaç duydukları düzenlemeleri, oluşturduğu zorunlu gereklilikler kavramıyla açıklamıştır⁴⁰⁰.

Yasal mevzuatta yer almasa da AB Hukukunun bir parçası haline gelen içtihat, üye devletler arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurularak kamu düzeni kavramının değişken yapısına bağlı olarak⁴⁰¹ kesin bir çerçevede ve sınırlı sayıda belirtilmemiş; aksine gelişmeye açık bırakılmıştır⁴⁰² ve bugüne kadar da sürekli genişletildiği görülmektedir⁴⁰³.

Cassis Kararında yaptığı hamle ile önlem niteliğindeki üye devlet düzenlemelerinin mazur görülebileceğini belirten Divan, *Dassonville* yorumu sonrasında m.34 ün sahip olduğu geniş uygulama alanını biraz olsun yumuşatmayı ve

³⁹⁹ CANDAN, s.150.

⁴⁰⁰ CRAIG ve de BURCA, s.649.

⁴⁰¹ Zorunlu gerekliliklerin gelişimi, aynı zamanda sosyal ve kültürel değerleri kapsayan Avrupa Anayasasının sadece ekonomik değil, çoğulcu olduğunu da kabul etmektedir. Ayrıntılı görüş için bkz. M. Poiares MADURO, "**Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU**" Philip Alston (Ed.), **The EU and Human Rights** içinde, Oxford, 1999.

⁴⁰² BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.233.

⁴⁰³ C-120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (*Cassis de Dijon*) (1979) ECR I-649; C-229/83 Association des Centres distributeurs Édouard v. SARL "Au blé vert" (1985) ECR 0001; C-60-61/84 Cinetheque v. Federation Nationale des Cinemas Français (1985) ECR 2605; C-407/85 Drei Glocken GmbH ve Gertraud Kritzingler v USL Centro-Sud ve Provincia autonoma di Bolzano (1988) ECR 4233; C-2/90 Komisyon v. Belçika (Abfall import) (1992) ECR I-4431.

sınırlandırmayı amaçlamıştır⁴⁰⁴. Adalet Divanı'nın *Cassis de Dijon* Kararındaki yorumu aynen şöyledir:

*"Eğer herhangi bir ürün hakkında Birlik çapında ortak bir politika belirlenmemiş veya mevzuat uyumlaştırma işlemleri tamamlanmamışsa, üye devletlerin yasal düzenlemeleri makul ve adaletli olduğu sürece geçerliliğini koruyacaktır."*⁴⁰⁵

Yeni formüle göre, eş etkili önlemler yasağından kurtulabilmek için doğrudan ayrımcı uygulamalarda tek çıkış yolu 36 ncı maddede sayılan istisnalardan ibaret iken⁴⁰⁶; ayırım gözetilmeksizin uygulanan kısıtlamalarda (dolaylı ayrımcı uygulamalarda) ayrıca, mahkemenin, kamu yararının zorunlu gereklerinin yerine getirilmesine yönelik haklı ve makul bir uygulamanın varlığını kabul etmesi de yeterli olmaktadır⁴⁰⁷. Bu karar ile yeniden gündeme gelen doğrudan-dolaylı ayrımcı uygulama ayırımı, tabii olduğu istisna hükümleri açısından da farklılaşmış⁴⁰⁸; doğrudan ayrımcı uygulamalar tahdidi olarak sayılan madde 36 hükmüyle sınırlı kalırken, dolaylı ayrımcı uygulamalar madde 36 nın yanında yeni ve genişletilmeye açık bir kaçış klozuna kavuşmuştur⁴⁰⁹. Ancak Adalet Divanı, Wallon Bölgesi atıklarına ilişkin 1992 tarihli kararı ile 2001 tarihli *Preussen*⁴¹⁰ Kararında bu uygulamayı bozarak, doğrudan ayrımcı hükümlerin de zorunlu gereklilik korumasından yararlanabileceğini belirtmiştir. İctihadın gelmiş olduğu son haliyle bu tip düzenlemeler, kamu yararının emredici menfaatleri gereği zorunlu olmaları halinde mazur görülebilecektir⁴¹¹.

Ne var ki, bu kapsamdaki zorunlu gereklilikler de, tıpkı 36 ncı madde istisnaları gibi Birliğin ana çekirdeğini oluşturan malların serbest dolaşımı ilkesine kısıtlama

⁴⁰⁴ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s. 232.

⁴⁰⁵ C-120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) ECR I-662, para.8.

⁴⁰⁶ STEINER, s.86.

⁴⁰⁷ C-788/79 İtalya v. Gilli ve Andreas (Re Italian Vinegar) (1981) ECR 2071.

⁴⁰⁸ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.35.

⁴⁰⁹ GÜNEŞ, s.287.

⁴¹⁰ C-379/98 Preussen Elektra AG v. Schlesweg AG (2001) ECR I-2099.

⁴¹¹ C-55/94 Gebharb v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (1995) ECR I-4165.

getirmekte olduğundan dolayı dar kapsamlı yorumlanmalıdır⁴¹² ve ayrıca yalnızca ekonomik olmayan gerekçeler (teknik vd.) bakımından uygulama alanı bulabileceği unutulmamalıdır⁴¹³. Bu nedenle, zorunlu gereklilik kapsamında değerlendirilecek ulusal önlemlerin, Birlik hukuku tarafından tanınan meşru politika hedeflerinden birine ulaşmak amacıyla alınması ve aynı zamanda bu önlemin hedefe ulaşmak için zorunlu ve elverişli olması gerekmektedir⁴¹⁴. Zorunlu gerekliliklere haklı sebep teşkil eden söz konusu meşru politikaların neler olabileceği ise, Adalet Divanı'nın önüne gelen kararlarda belirginleşmeye başlamıştır.

b. Zorunlu Gerekliliklerin Dayandığı Haklı Sebepler

(1) Haklı Sebep Kavramı

Haklı sebep ilkesi esasına göre, serbest dolaşıma konu olan ürünün üretimi ve pazarlanmasına yönelik Birlik içi ortak bir düzenleme yapılmamışsa, üye devletlerin o konudaki ulusal mevzuatı orantılı ve adil olmak şartı⁴¹⁵ ile geçerliliğini korumaya devam etmektedir⁴¹⁶. Ancak bu durum, bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve piyasaya sürülen ürünlerin serbest dolaşımını engelleme yetkisi vermemektedir. Mutlak satış ve ithalat yasağı getiren ulusal düzenlemeler, zorunlu gereklilikler kapsamında bile yapılsa mazur görülemeyecektir⁴¹⁷.

Dassonville formülünde yalnızca düzenlemenin neden olduğu etkiye bakarak değerlendirme yapan Divan, *Cassis de Dijon* Kararında içtihadı kazandırdığı istisnai mahiyetteki kamu yararının zorunlu gereklilikleri kavramını yorumlarken, zaman içinde, üye devletlerin önlem niteliğindeki düzenlemeyi yaparken güttüğü amacı odak noktası haline getirmiştir. Birlik içi ticareti engelleyici etkiye sahip düzenlemelere

⁴¹² A. Malcom JARVIS, **The Application of EC Law by National Courts: The Free Movement of Goods**, Oxford 1998, s.176; GÜRBÜZER, s.114; CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.61.

⁴¹³ Nitekim Adalet Divanı, *Cassis de Dijon* kararında açıkça 34.madde çerçevesindeki yazılı olmayan kısıtlama nedenlerinin kamu menfaatlerinin zorunlu gerekçeleri olarak adlandırılabilirliğini belirtmiştir.

⁴¹⁴ CANDAN, s.152.

⁴¹⁵ CANDAN, s.133.

⁴¹⁶ C- 5/94 The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food v. Hedley Lomas (1996), I-2553, Rn. 18.

⁴¹⁷ CANDAN, s.149.

meşruiyet kazandırma adına kendilerince haklı sebepler ileri süren üye devletler açısından da bir belirsizlik söz konusu olmaktadır. Zorunlu gerekliliklerin sürekli genişletilme ihtimaline sahip olduğu⁴¹⁸ ve üye devletlerin, önceden öngörülmeyen bir takım ek yetkilere kavuştuğu, bu durumun da Birlik hukukunun suiistimali tehlikesini beraberinde getirdiği görülmektedir⁴¹⁹.

Bugünkü tabloya bakıldığında, kamu yararının zorunlu gereklilikleri için haklı sebep oluşturan haller; mali denetim için gerekli vergi prosedürleri⁴²⁰, tüketicinin korunmasına yönelik uygulamalar⁴²¹, kamu menfaatleri ve ahlakının korunmasına ilişkin düzenlemeler⁴²², kültür politikaları⁴²³, ticarete adil işleyişin sağlanması⁴²⁴ ve çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeler⁴²⁵, bir üye devletin sosyal, ekonomik⁴²⁶ ve kültürel politikaları gibi ulusal politikaları gereği uygulanması zorunlu durumlar olarak sayılabilmektedir; ancak kavramın temelinde yatan düşünce gereği, bu hallerle sınırlı olmadığını söylemek gerekir.

(2) *Cassis de Dijon* Kararıyla Kabul Edilen Zorunlu Gereklilik Halleri

Divan tarafından tam ve net olarak açıklanmamakla birlikte zorunlu gereklilikleri meşru kılan haklı sebep halleri, *Cassis de Dijon* Davasında örnekleme

⁴¹⁸ CANDAN, s.155.

⁴¹⁹ Konuya ilişkin Hukuk Sözcüsü van Gerven'in ayrıntılı yorumu için bkz; C- 145/88 Torfaen Borough Council v B&Q (1989) ECR 3851.

⁴²⁰ C-120/78 *Cassis de Dijon* (1979) ECR I-649; C-823/79 Giovanni Carciati (1980) ECR I-2773; C-127/86 Public Ministry and Minister of Finance of the Kingdom of Belgium v Yves Ledoux (1988) ECR I-3741.

⁴²¹ C-8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville (1974) ECR I-873; C-193/80 Komisyon v. İtalya (1981) ECR I-3019; C-46/90 ve 93/91 Procureur du Roi v. Lagauche ve diğerleri (1993) ECR I-5941.

⁴²² C-788/79 Herbert Gilli ve Paul Andres (1980) ECR 2078; C- 130/80 Keldermann (1981) ECR 535; C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994), ECR I-2060.

⁴²³ C- 42/52 Komisyon v. Fransa (1983) ECR I-1013.

⁴²⁴ C-8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville (1974) ECR I-873; C-53/80 Dansk Supermarket v. A/S Imerco (1981) ECR I-181; C-179/85 Komisyon v. Almanya (1986) ECR I-3879.

⁴²⁵ Birleşik dava C-3-4-6/76 Cornelis Kramer ve diğerleri (1976) ECR I-1279; C-302/86 Komisyon v. Danimarka (1988) ECR I-4607; C-2/90 Komisyon v. Belçika (1992) ECR I-4431.

⁴²⁶ C-155/80 Sergius Oebel (1981) ECR I-1993; C-332/89 Andre Marchandise, Jean-Marie Chapuis and SA Trafitec (1991) ECR I-1027.

yoluyla belirtilmiştir⁴²⁷. Haklı nedenlerin bulunması halinde üye devletlerce malların serbest dolaşımını engelleyecek düzenlemelerin yapılabileceğini hükme bağlayan kararda, ancak etkili mali denetimin gerçekleştirilmesi, kamu sağlığı, ticari işlemlerde adaleti sağlama ve tüketicinin korunması amaçlarına yönelik zorunlu ihtiyaç halleri söz konusu olduğunda ulusal düzenlemelerin mazur görülebileceği kabul edilmiştir. Belirlenen bu dört haklı sebep, Divan'ın önüne gelen başka davalarda da uygulama alanı bulmuş ve içtihatla yerleşik hale gelmeyi başarmıştır.

(a) Mali Denetim

ABAD'ın *Cassis* Kararında saydığı ilk hukuka uygunluk sebebi, vergi tahsilinin sağlanması ve ticari işlemlerde etkili bir mali denetimin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Bu menfaate kastedilen, vergilinin tahsili işleminin etkili şekilde yapılması ve vergi gelirlerinin etkili şekilde toplanması amacının sağlanmasıdır⁴²⁸.

Zaman içinde Antlaşma hükümleri ve içtihatlar çerçevesinde uygulama alanı sınırlanan bu menfaate ilişkin günümüzde Divan önüne nerdeyse hiç dava gelmemektedir.

(b) Kamu Sağlığı

Divan'ın belirlediği bir diğer haklı sebep, kamu sağlığı ve ahlakının korunmasıdır. Kamu sağlığının korunması amacıyla malların serbest dolaşımını kısıtlayan ulusal önlemlerin mazur görülmesi, madde 36 da tanımlanan istisnalar dışında kalan uygulamalar açısından söz konusudur⁴²⁹. Madde 36 hükmüne rağmen bu alandaki zorunlu gerekliliklere ilişkin Divan önüne gelen dava sayısı oldukça çoktur⁴³⁰. Bu bağlamda, örnek olarak ulusal sağlık sisteminde oluşabilecek açığın önlenmesi amacıyla

⁴²⁷ Anthony ARNULL, “What Shall We Do on Sunday”, *E.L. Rev.*, Vol.16, 1991, s.122.

⁴²⁸ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.61.

⁴²⁹ Kamu sağlığına yönelik kontrollerin istisna kapsamında sayılabileceğine ilişkin; C-251/78 Company Denkavit Futtermittel GmbH v Minister of Food, Agriculture and Forestry of North Rhine-Westphalia (1979) ECR 3369 ve C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994) ECR I-2054.

⁴³⁰ C-788/79 Herbert Gilli ve Paul Andres (1980) ECR 2078; C-130/80 Keldermann (1981) ECR 535; C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994) ECR I-2060.

doktorların reçete yazma özgürlüğüne kısıtlama getirilmesine ilişkin bir ulusal düzenleme, kamu yararının zorunlu gerekliliği çerçevesinde mazur görülebilir⁴³¹. *Cassis* içtihadı paralelindeki bir başka davada ise müstehcen yayınların yasaklanması, kamu düzeninin ahlaki açıdan korunmasına yönelik haklı sebep kabul edilmiştir⁴³².

(c) Ticari İşlemlerde Adaleti Sağlama

Cassis Kararında Adalet Divanı'nın belirttiği bir diğer zorunluluk sebebi, ticari işlemlerde adaletin sağlanmasıdır. Ortak Pazar içi rekabeti kısıtlayıcı üye devlet düzenlemeleri, ancak haksız rekabetin önlenmesi ve ticari işlemlerde adaletin sağlanması amacıyla haklı görülebilir. Sinemada gösterime girdikten en az bir yıl sonra satışına müsaade edilen filmlere ilişkin *Cinéthèque*⁴³³ Davası, öncelikli olarak ticari işlemlerde adaletin sağlanması haklı sebebine dayandırılmıştır.

Üye devletlerin teamül haline gelmiş farklı ticari işlem ve uygulamalarının dikkate alınması gerektiğine değinen Divan, vermiş olduğu *Prantl*⁴³⁴ Kararında, dava konusu şarap şişelerinin sadece Franken Bölgesinde üretilen kırmızı şaraplar için kullanılabilmesine ilişkin Alman düzenlemesini hukuka aykırı bulmuştur. Güney Tirol bölgesinde yüzyıldan uzun bir süredir geleneksel olarak bu biçimde şişelenmiş şarapların satıldığını göz önünde bulunduran Divan, Ortak Pazar içinde, şarap üretimi ve satılmasıyla ilgili ticari işlemlerde adaletin tesisi için, farklı üye devletlerin ticari işlemlerde uyguladıkları teamüllerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁴³⁵.

Cin içkisindeki asgari alkol oranına ilişkin bir davada ise Divan, ulusal düzenlemenin Birlik hukukuna aykırı olduğunu tespit ederken, ithal edilen ürünün

⁴³¹ CANDAN, s.135.

⁴³² W.&K. 16564/90 sayılı İsviçre başvurusu, 8.4.1991 tarihli karar: Komisyon, müstehcen nitelikli videoyu satmak veya kiralamaktan başvuranların mahkûmiyetine ilişkin iki başvuruyu incelemiş ve düzenlemenin ahlaki korumak için haklı olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş TEZCAN, **Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü**, Ankara 2002, s.43.

⁴³³ C-60-61/84 Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français (1985) ECR 2605.

⁴³⁴ C-16/83 Prantl (Bocksbeutel) (1984) ECR 1299.

⁴³⁵ CANDAN, s.136.

üretildiği üye devletteki ticari gelenek ve teamülleri göz önünde bulundurmıştır⁴³⁶. Çin içkisinin asgari alkol oranını %35 olarak belirleyen Hollanda'ya, geleneksel olarak % 30 oranında alkollü içki üreten Belçika'dan ithalat yapılmasını yasaklayan Hollanda düzenlemesi, Belçika açısından adaletsiz bir sonuca neden olduğundan eş etkili önlem kabul edilmiştir⁴³⁷. Benzer bir başka davada, et ürünlerinin içine soya veya süt gibi yabancı katkı maddelerinin konulmasını yasaklayan Alman düzenlemesi, her ne kadar rekabet avantajı doğuracaksa da ticari işlemlerde adaletin sağlanması amacıyla mazur görülmemiştir⁴³⁸.

(d) Tüketicinin Korunması

Cassis Kararıyla belirtilen belki de en önemli haklı sebep, tüketicinin korunmasıdır. Ortak pazarın işleyişine dair bilgi sahibi olmasa bile sonuçları itibariyle yaptığı işin niteliğini bilen yetkin kişiler, korumadan yararlanan tüketiciler olarak tarif edilmiştir⁴³⁹.

Birlik hukukunu yorumlarken genel amaçları da göz önünde bulunduran Adalet Divanı, ticari işlemler ve ulusal düzenlemeler karşısında tüketicinin zarar görmemesine ve menfaatlerinin korunmasına önem vermiştir. Konuya ilişkin *Estée Lauder*⁴⁴⁰ Kararında, tüketicilerin aldatılmasına neden olacak yanıltıcı reklamlar ve dürüst olmayan ticari uygulamaların engellenerek tüketiciye maksimum faydanın sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Ortak pazarın önemli ilkelerinden olan tüketicinin korunmasına yönelik üye devlet politikaları, ancak orantılı olduğunda Birlik hukukuna uygun kabul edilebilecektir. Tüketicinin korunması amacıyla malın üretiminin yasaklanması veya

⁴³⁶ C- 182/84 Miro (1985) ECR 3731.

⁴³⁷ C- 182/84 Miro (1985) ECR 3748.

⁴³⁸ C-274/87 Komisyon v. Almanya (Reinheitsgebot für Wurst) (1989) ECR 255, para.17. Ayrıca bkz. CANDAN, s.136, 38.

⁴³⁹ C-210/96 Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (1998) ECR I-4657.

⁴⁴⁰ C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratories SNC and Estée Lauder Cosmetics GmbH (1994) ECR I-330.

ithalatının engellenmesi halinde orantılılık ilkesi ihlal edileceğinden söz konusu düzenlemelerin mazur görülmesi mümkün olmayacaktır⁴⁴¹.

ABAD'ın önüne gelen bazı davalarda üye devletler, eş etkili önlem karakterindeki ulusal düzenlemelerini tüketicinin korunması gerekçesine dayandırmışlardır. Yunan Bira Vergi Kanunu ile bira satış koşullarının belirlendiği davada Divan, yasal düzenlemeyi zorunlu hale getiren kamu menfaati olarak tüketicilerin korunmasını esas almıştır⁴⁴². Biralara üretimine ilişkin ölçütler getiren Alman Saf Bira Kanunu ve Alman Bira Vergi Kanunu düzenlemelerini ise, diğer üye devletlerde üretilen biralara Almanya'ya satışını engellemesi nedeniyle malların serbest dolaşım ilkesine aykırı bulmuştur⁴⁴³.

Alman Hükûmeti, diğer üye devletlerde farklı şekilde üretilen içeceklerin "bira" olarak satılmasının Alman tüketicilerini yanıltacağını belirterek, tüketicilerin korunması amacıyla getirilen bu düzenlemenin kamu yararının zorunlu gereklilikleri çerçevesinde mazur görülmesi gerektiğini ileri sürmüştü de, Divan, ileri sürülen bu gerekçeyi haklı ve yerinde bulmamıştır⁴⁴⁴. Divan'ın yorumuna göre, belirli ürünlerin veya üreticilerin yararına tüketici alışkanlıklarının sürdürülmesini amaçlayan ulusal düzenlemeler, tüketicinin korunması amacıyla mazur görülmeyecek ve Birlik hukukuna aykırı kabul edilecektir⁴⁴⁵.

Adalet Divanı, tüketicinin korunmasına ilişkin maksadını aşan uygulamaların önüne geçmek için genelde, ürünün üzerine, özelliklerini ya da menşesini gösterir bir etiket yerleştirmenin yeterli olacağını belirtmektedir⁴⁴⁶. Ancak ambalajlama, paketlemeye ya da etiketlemeye yönelik ticareti zorlaştıran kurallar, eş etkili önlem

⁴⁴¹ Aynı yönde bkz. C-205/89 Komisyon v. Yunanistan (1991) ECR I- 1361.

⁴⁴² C-176/84 Komisyon v. Yunanistan (1987) ECR 1220.

⁴⁴³ C-178/84 Komisyon v. Almanya (1987) ECR I-1227.

⁴⁴⁴ C-178/84 Komisyon v. Almanya (1987) ECR I-1267, para. 25, 26.

⁴⁴⁵ C-178/84 Komisyon v. Almanya (1987) ECR I-1270, para. 28, 44. Aynı yönde bkz. C-170/78 Komisyon v. Vereinigtes Königreich (1980) ECR 433.

⁴⁴⁶ Bkz. C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649; C-174/84 Komisyon v. Almanya (1987) ECR I-1227; C-261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA (1982) ECR 3961; C-788/79 İtalya v. Gilli and Andreas (Re Italian Vinegar) (1981) ECR 2071; C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb v. Clinique Laboratories SNC, (1994) ECR I-317.

sayılmaya devam edecektir. İthal edilecek sütlerin, yerel mercilerce yetki verilmiş bir mandırada paketlenmiş olması koşulunu arayan Birleşik Krallık düzenlemesi⁴⁴⁷, Divan tarafından miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kabul edilmiştir. Başka bir davada ise, ürün özelliğini belirten etiketlerin yalnızca belirli bir dilde yazılması zorunluluğunu öngören ulusal düzenleme, tüketicinin korunması temelinde haklı görülmemiş ve Birlik hukukuna aykırı bulunmuştur⁴⁴⁸.

Tüketicinin korunması gerekçesi, genel ve belirli bir tüketici resminden hareketle mazur görülmektedir. Tipik tüketici kavramı ise Adalet Divanı tarafından, orta seviyede bilgili, dikkatli ve akıllı olan, anlama ve bilgilenme yeteneğine sahip reşit kişiler olarak tarif edilmektedir⁴⁴⁹. Bu noktada Birlik içinde tüketicinin korunma ihtiyacı karşılanırken, diğer yandan tüketicilere kişisel sorumluluk getirilerek serbest dolaşımın sağlanmasında Pazar yurttası olarak aktif rol verilmektedir⁴⁵⁰.

(3) İçtihatlar ile Oluşturulan Yeni Zorunlu Gereklilik Halleri

Divan'ın belirtmiş olduğu söz konusu zorunluluk halleri, bazı davalarda birden fazla haklı sebebe dayanabilmektedir⁴⁵¹. Ancak bazı davalarda ise zorunlulukları haklı kılacak farklı sebeplerin ortaya çıktığı bilinmektedir. Başlangıçta dört adet olarak sayılan haklı zorunluluk hallerine zaman içinde yenileri eklenmiş ve m.34 ün uygulama alanı giderek daraltmıştır. Divan, bu hukuka uygunluk nedenlerini saymak yerine, her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirmektedir⁴⁵².

⁴⁴⁷ C-124/81, Komisyon v. Birleşik Krallık (Re HT Milk), (1983) ECR 203.

⁴⁴⁸ C- 369/89 Piageme ve diğerleri v BVBA Peeters (1991) ECR I- 2971.

⁴⁴⁹ C-99/01 Gottfried Linhart and Hans Biffel (2002) ECR I-9375.

⁴⁵⁰ CAN, s.411.

⁴⁵¹ C-6/81 BV Industrie Diensten Groep v J.A. Beele Handelmaatschappij BV (Kusursuz imitasyon) (1982) ECR 707; ticari işlemlerde adaletin sağlanması ile tüketicinin korunması haklı sebepleri Birlikte değerlendirilmiştir.

⁴⁵² C-788/79 Gilli ve Andreas (1980) ECR 2078; C-130/80 Keldermann (1981) ECR 535 gibi.

(a) Çevrenin Korunması

1985⁴⁵³ ve 1988⁴⁵⁴ tarihli iki karara konu oluşturan üye devlet düzenlemeleri, beşinci haklı sebep olarak çevrenin korunması gerekliliğini Birlik hukukuna dahil etmiştir. 1988 tarihli kararda Divan; bira ve hafif içeceklerin metal olmamak ve depozit sistemiyle iade edilebilmeleri kaydıyla geri dönüştürülebilir ve tekrar kullanılabilir kutularda piyasaya sürülmesi şartını içeren yasal düzenlemeyi⁴⁵⁵, çevreyi koruma haklı sebebine dayandığı gerekçesiyle eş etkili önlem yasağından varestede tutmuştur. Diğer üye devletlerde metal kutularda üretilerek satılan içkilerin Danimarka'ya ithalatını engelleyen düzenleme, öte yandan doğada zor bulunan değerli metallerin yeniden kullanımını teşvik ederek çevrenin kirletilmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Böylece çevre koruma standartlarının düşük olduğu üye devletlerde üretim yapan üreticilerin, daha az üretim maliyeti ile elde ettikleri avantajlı konumları sayesinde haksız rekabet yaratmaları engellenmiş olacaktır⁴⁵⁶.

Düzenlemenin altında yatan nedeni dikkate alan Divan, zorunlu gereklilik kapsamında bir ulusal düzenlemenin, çevrenin korunması amacıyla uygun ve orantılı olması halinde mazur görülebileceğini kabul etmiştir. Ancak yine de önemle belirtmek gerekir ki çevrenin korunması amacıyla uygulanan ulusal düzenlemenin, malların serbest dolaşımına doğrudan ayrımcı hükümler içermemesi gerekmektedir⁴⁵⁷.

Anılan kararları takip eden 1992 yılında verilen bir kararda, Adalet Divanı'nın doğrudan ayrımcı uygulamalara ilişkin uygulamasına bir istisna getirdiği görülmektedir. Davada, diğer üye devletlerden gelen atıkların Wallon Bölgesine ithalatını yasaklayan Belçika düzenlemesi, ayrımcılık doğuran ve malların serbest dolaşımını engelleyen bir uygulama olmasına rağmen çevrenin korunması gerekliliğiyle Divan tarafından hukuka

⁴⁵³ C-240/83 Blulers d'Huiles Usagées (1985) ECR 531.

⁴⁵⁴ C-302/86 Komisyon v. Danimarka (Dänische Pfandflaschen) (1988) ECR 4607.

⁴⁵⁵ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s. 242; CANDAN, s.142; Yasal düzenlemeye göre, yeniden kullanılabilir kutuların pazarlanabilmesi için Danimarka Ulusal Çevre Koruma Kurumundan izin alınması gerekmektedir ve bu izin yalnızca metal olmayan ve depozit ile iade edilen kutular hakkında verilmektedir.

⁴⁵⁶ WEATHERILL ve BEAUMONT, s. 589 vd.

⁴⁵⁷ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.144.

uygun kabul edilmiştir⁴⁵⁸. Divan'ın 2001 tarihli *Preussen*⁴⁵⁹ Kararında verdiği hüküm de, *Wallon* Kararındaki görüşünü destekler mahiyettedir. Karara göre, doğrudan ayrımcı hükümler içeren Alman düzenlemesi, çevrenin ve canlı yaşamının korunması gerekçesi nedeniyle hukuka uygun kabul edilmiş, böylece *Cassis* Kararıyla ayrımcılık içermeyen uygulamalar için öngörülen zorunlu gereklilikler, *Wallon* ve *Preussen* Kararları ile doğrudan ayrımcı uygulamalar için de haklı bir neden olarak değerlendirilmiş, Adalet Divanı'nın yorumu tamamıyla değişmiştir.

(b) Çalışma Şartlarının İyileştirilmesi

Çevrenin korunması gereği Pazar içi ticaretin makul şekilde kısıtlanmasını hukuka uygun gören Adalet Divanı, işçilerin çalışma koşullarında iyileştirme yapılmasını da zorunlu ihtiyaç olarak kabul etmiştir.

Fırın işçilerinin gece çalışarak ekmek üretmesinin ve tüketicilere dağıtım yapmasının yasaklandığı, ancak bayilere ve depolara yapılan dağıtımın yasak kapsamında olmadığı *Oebel*⁴⁶⁰ Kararında, söz konusu düzenlemelerin tamamen sosyal ve ekonomik bir tercihin sonucu olduğu belirtilmiştir⁴⁶¹. Alman makamları, gece fırınlarda ekmek üretimini ve ekmeklerin tüketicilere dağıtımını yasaklayan bir yasa çıkarmıştır. Yasaya göre, ekmeklerin tüketicilere dağıtımını yasak iken, bayilere ve depolara dağıtımına izin verilmektedir. Adalet Divanı ise, üretim ve dağıtımını ayrı ayrı değerlendirerek, bayi ve depolara yapılan dağıtımın yasak kapsamında olmaması sebebiyle üye devletler arası ticareti kısıtlamadığını ve bu düzenlemenin ülkenin sosyo-ekonomik durumuyla alakalı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Divan'a göre, ülkelerin farklı sosyal ve ekonomik politikalara sahip olması, kamu menfaatlerine ilişkin düzenlemeler ile uyumludur ve bu tür düzenlemeler eş etkili önlem oluşturmamaktadır⁴⁶². Divan'ın bu

⁴⁵⁸ C- 2/90 Komisyon v. Belçika (1992) ECR I- 4431. Ayrıca bkz. CANDAN, Malların Sebest Dolaşımı, s.145.

⁴⁵⁹ C- 379/98 Preussen Elektra AG v.Sclegawg AG (2001) ECR I- 2185.

⁴⁶⁰ C- 155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 1993.

⁴⁶¹ C- 155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 2008, para. 12, 16. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.242.

⁴⁶² C- 155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 2008, para. 12.

yorumuyla, sosyal ve ekonomik politikalar da zorunlu gereklilikler kategorisine dahil edilmiştir⁴⁶³.

Bu karara benzer şekilde sonuçlanan *Torfaen*⁴⁶⁴ Davasında ise ABAD, Galler’de uygulanmakta olan “Pazar günü işyeri açma yasağını” bölgenin ve ülkenin sosyal ve kültürel karakteristiğini koruma amacına dayanması sebebiyle haklı olarak nitelendirmiştir⁴⁶⁵.

(c) Sosyal ve Kültürel Özelliklerin Korunması ve Desteklenmesi

*Cinéthèque*⁴⁶⁶ Davasında, Fransa’nın, ulusal film endüstrisini koruma isteği dikkate alınmıştır. Birlik içi videokaset ticaretinin kısıtlanmasının söz konusu olduğu düzenleme, sinema sektörünün desteklenmesi ve daha fazla eser yapımının teşviki amacıyla uygulandığından, Divan tarafından ulusal kültür politikası gereği hukuka uygun kabul edilmiştir⁴⁶⁷.

(d) Temel Hakların Korunması

Kamu menfaatinin zorunlu gerekliliklerinin yanı sıra, üçüncü kişilerin Birlik hukukundan kaynaklanan temel haklarının korunması da bir diğer hukuka uygun kısıtlama nedeni olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁸. Ancak bu istisna, malların serbest dolaşımı

⁴⁶³ C- 155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 1993, para.16. Ayrıca bkz. Richard CHRISS, “**Keck Considered: A New Doctrinal Model for the Free Movement of Goods in the EU**”, *Pace International Law Review*, Vol.7, Issue I, 1995 (149-175), <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol7/iss1/5/> (17.01.2018), s.160.

⁴⁶⁴ C-145/88 *Torfaen Borough Council v. B 6 Q plc* (1989) ECR 3851.

⁴⁶⁵ C-145/88 *Torfaen Borough Council v. B 6 Q plc* (1989) ECR 3889, para.14. Ayrıca bkz. Erika SZYSZCZAK, “**Sunday Trading and Article 30 EEC**” *E.L.Rev.*, 1991, No.16, s.258; BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.242.

⁴⁶⁶ C-60-61/84 *Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français* (1985) ECR 2605.

⁴⁶⁷ C-60-61/84 *Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français* (1985) ECR 2626, para.21.

⁴⁶⁸ C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (2004) ECR I-9609.

ihlallerinin yalnızca özel kişilerden kaynaklanması durumunda söz konusu olmaktadır⁴⁶⁹.

*Schmidberger*⁴⁷⁰ Davasına konu olayda, çevreci bir protesto grubu, Avusturya'da önemli bir otoyolun (Brenner) engellenmesi amacıyla trafik karşıtı bir protesto yapmıştır. Protesto grubu, protestoya devam edebilmek için Avusturya makamlarından izin almıştır. Avusturya ise protestoya izin vererek otoyol trafiğine 30 saat boyunca müdahale etmiş ve trafik akışını değiştirmiştir. Avusturya'nın protestoya izin vererek ve engellemeyerek, üye devletler arasındaki malların serbest dolaşımı hakkında 34 üncü maddeyi ihlal edip etmediği ve bir nakliye şirketi olan Schmidberger'in, protestoya engel olmayan Avusturya devletinden uğradığı zararı talep etme imkanı bulunup bulunmadığı hususlarında Adalet Divanı'na soru yöneltilmiştir. Divan, Birlik hukukundan doğan kişisel hakların üstün korumaya sahip olduğu gerekçesine dayanarak, her ne kadar üye devletlerin, diğer üye devletlerle arasındaki ticarete ilişkin engelleri kaldırmakla yükümlü olduğu kabul edilse de, dava konusu olay bakımından bireylerin toplanma ve ifade özgürlüğü hakkının engellenemeyeceğini ifade etmiştir. Divan'a göre, böyle bir engel, protesto hakkını orantısız şekilde ihlal edeceğinden, Avusturya'nın söz konusu protestoya izin vererek 34 üncü maddeyi ihlal etmesi, 36 ncı madde uyarınca haklı görülmelidir ve 34 üncü madde haksız yere ihlal edilmediğinden, Schmidberger'in, protesto nedeniyle uğradığını iddia ettiği zarar için devletin sorumluluğuna başvurması için gerekli hukuki temel de bulunmamaktadır⁴⁷¹. Bu nedenle soruların ikisi de olumsuz yanıt bulmuştur.

Temel haklar ve Birlik serbestileri, Birlik hukukundaki normlar hiyerarşisinde aynı basamakta bulunduğundan, bunlar arasında bir çatışma meydana geldiğinde her somut olayın özelliklerine göre haklar ve serbestiler arasında bir denge kurulması ve

⁴⁶⁹ Géraldine GONZALES, "EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 **Eugen Schmidberger v. Austria (2003) ECR I-5659**", *Legal Issues of Economic Integration*, 2004 Netherlands, No.31(3), (219-230); s.219; CAN, s.430; GÜNEŞ, s.303.

⁴⁷⁰ C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich (2003) ECR I-5659.

⁴⁷¹ C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich (2003) ECR I-5719 vd. para. 79, 80, 82.

imkan dahilinde Birlik tarafından korunan temel hak ve özgürlüklerin azami ölçüde kullanılmasının sağlanması gerekir.

(e) Diğer Haller

Adalet Divanı, çevrenin korunması, ulusal kültür politikaları ve çalışma şartlarının iyileştirilmesinin yanı sıra, sosyal güvenlik sisteminin idamesi ve mali dengesi⁴⁷² ile medya çeşitliliğinin korunması⁴⁷³ gerekçelerini de, malların serbest dolaşımını kısıtlayabilecek haklı gereklilikler olarak kabul etmektedir.

c. Zorunlu Gerekliliklerin Hukuka Uygunluk Ölçüsü Olarak Orantılılık Prensipleri

Orantılık ilkesi, genel olarak, bir amaca ulaşma yolunda kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir ilişkinin var olması şeklinde tanımlanmaktadır. Bu makul ilişkinin varlığının tespiti de seçilen aracın uygunluğu yani amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığı ve gerekliliğinin değerlendirilmesiyle yapılmaktadır.

(1) Hukuk Tarafından Korunan Bir Menfaatin Varlığı

Malların serbest dolaşımını kısıtlayan ya da engelleyen bir ulusal düzenlemenin, kamu menfaatleri uyarınca zorunlu bir şekilde gerekli olduğunun yani olmazsa olmazı şeklinde nitelendirilebilmesinin kabulü için mutlaka hukuk düzenince korunan bir menfaatin bulunması gereklidir. Öyle ki, hukuk düzenince koruma alanı olmayan uyuşturucu satıcılığını koruyucu ya da kullanımına teşvik edici bir eserin, reklamın ya da satış düzenlemesinin, üye devletin amaçlarıyla orantılı olarak haklı sebep teşkil ettiği ve bu nedenle korunması gereken kamu menfaatlerinden olduğu ileri sürülemeyecektir. Örneği çoğaltmak gerekirse, kumar, bahis ve şans oyunları da yine bu kapsamdadır. Bu sebeple Adalet Divanı, Birliğin temel ilkelerinden olan malların serbest dolaşımını

⁴⁷² C-120/95 Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés. (1998) ECR I-1831.

⁴⁷³ C-368/95 Vereinigte Familiapress newspaper publishing and sales GmbH v Heinrich farmer publishing house (1997) ECR I-3689.

kısıtlayıcı önlemlerin haklılığını sıkı kurallara bağlamış ve hukuken korunmasını gerekli gördüğü menfaatleri, somut olay kategorilerine göre tespit etmiştir.

Adalet Divanı'nın bugüne kadar özellikle üzerinde durduğu kamu menfaatlerini tasniflendirmek gerekirse; bir üst bölümde açıklandığı şekliyle, mali denetim, kamu sağlığı, ticari işlemlerde adaleti sağlama, tüketicinin korunması, çevrenin korunması, çalışma şartlarının iyileştirilmesi, sosyal ve kültürel özelliklerin korunması ve desteklenmesi, temel hakların korunması, sosyal güvenlik sisteminin idamesi ve mali dengesi ile medya çeşitliliğinin korunması amaçları, üye devletlerin hukukça korunan ve Birlik hukuku kapsamında da taviz verilmemesi ve korunması gereken üstün menfaatleri olarak sayılabilmektedir.

(2) Seçilen Aracın Elverişliliği

Üye devletlerin üstün menfaatlerinin korunması için seçilen aracın yani yapılan ulusal düzenlemelerin de arzu edilen amacı gerçekleştirmeye uygun olması, bir diğer ifadeyle elverişli olması gerekmektedir. İstisnaya konu ulusal düzenleme, kısıtlamayla ulaşılmak istenilen amaca uygun ve Birlik hukukunun menfaatlerine hizmet edecek elverişliliğe sahip olmalıdır. Aksi halde, ulaşılmak istenilen amaca ulaşmayı sağlamayan ticareti kısıtlayıcı bir düzenleme, o amaca ulaşma yolunda dolaylı bir fayda sağlayacak olsa bile elverişli kabul edilmeyecektir.

*Komisyon v. İtalya*⁴⁷⁴ Davasına konu olayda, arkeolojik ve sanatsal değeri olan eserlerin ihracatını tamamen engellemek yerine vergi oranlarını yükselterek sanatsal değeri olan eserlerin korunması amacına ulaşmak isteyen İtalyan uygulaması, her ne kadar dolaylı olarak eserlerin korunması amacına hizmet edecek olsa da doğrudan bu amacı gerçekleştirmeyeceğinden ulaşılmak istenilen amaç yolunda elverişli kabul edilmemiştir ve Adalet Divanı, söz konusu amacın gerçekleştirilmesi uğruna ancak sanat eserlerine ihracat engeli getirilirse bu yasaklamanın elverişli bir araç olarak değerlendirilebileceğini vurgulamıştır⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ C-7/68 Komisyon v. İtalya (1968) ECR 423.

⁴⁷⁵ C-7/68 Komisyon v. İtalya (1968) ECR 430.

(3) *Gereklilik Unsuru*

Hukuken korunan bir menfaatin korunmasına devam edebilmek için elverişli bir düzenlemenin yeterli olmadığını söylemek gerekir. Aynı zamanda bu düzenlemenin, ilgili korumanın sağlanabilmesi için mutlaka gerekli olması, malların serbest dolaşımının engellenmesini haklı kılmak açısından elzemdir.

Gereklilik unsuru, ulaşılmak istenen amaca aynı derecede elverişli birden fazla araç arasından en hafif ve Birlik hukukunu en az zedeleyecek olanıyla erişmeyi ifade eder⁴⁷⁶. Bu çerçevede bir düzenlemenin orantılı olması, söz konusu amaca ulaşmada mutlaka alınması gereken bir önlem olması durumunda kabul edilmektedir. Örneğin, *Toolex*⁴⁷⁷ Kararında, Divan, böbrek kanseri ve Alzheimer hastalığına yol açma tehlikesini arttıran bir maddenin insan sağlığını ciddi şekilde tehdit etmesi nedeniyle yasaklanmasını, gerekli bir kısıtlama olarak görmüş ve başka bir yoldan aynı etkinin sağlanamayacağını belirtmiştir. Ancak burada önemle belirtilmelidir ki, bir ürünün üzerine, tüketiciyi bilgilendirme amacıyla etiket yapıştırılması gibi uygulamalar ile aynı amaca ulaşılarak insan sağlığının korunması gibi bir menfaat sağlanabiliyorsa, bu durumda söz konusu ürünün ithalatının tümünden yasaklanması katı bir önlem olarak derecelendirilmekte ve orantılı olarak kabul görmemektedir⁴⁷⁸. Bu anlamda, *Rau*⁴⁷⁹ Davası örneğinde görüleceği üzere, margarinlerin tereyağı ile karıştırılmasını önlemek için küp şeklindeki kutularda ambalajlanmasını öngören Belçika düzenlemesi, Divan tarafından eş etkili önlem kabul edilmiş; orantılı olma ilkesine başvurularak ticareti engelleyici etkisi olmayan bir etiketleme yöntemiyle de aynı amaca varılabileceği ifade edilmiştir.

Şu halde, bir ulusal düzenlemenin ilgili kamu menfaatini korumak adına muhakkak gerekli olduğunu söyleyebilmek için, ulaşılmak istenilen amaca başka türlü ulaşmanın mümkün olup olmadığına dikkat edilmesi gerekir. Eğer ki bir başka yoldan da aynı koruma sağlanabiliyorsa, daha yumuşak olan önlem tercih edilmelidir; aksi

⁴⁷⁶ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.300; CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.59.

⁴⁷⁷ C-473/98 Kemikalieinspektionen v Toolex Alpha AB. (2000) ECR I-5681.

⁴⁷⁸ C-178/84 Komisyon v. Almanya (1987) ECR. 1227.

⁴⁷⁹ C-261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt PVBA (1982) ECR 3961.

halde ticareti kısıtlayıcı önlemin gerekli olduğundan söz edilemeyecektir. Bir eş etkili önlem, ancak ikamesi yoksa ve ilgili korumanın sağlanabilmesi için mutlaka başvurulması gereken bir yol ise gerekli kabul edilmektedir.

3. Mevzuattan Kaynaklanan Hukuka Uygunluk Halleri ile İçtihatlarla Oluşturulan Hukuka Uygunluk Hallerinin Karşılaştırılması

Önceki bölümlerde açıklandığı üzere, miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemler, malların serbest dolaşımını kısıtlayarak Birlik içi ticarete zarar vermesi nedeniyle kural olarak yasaklanmış ise de; ABİA'nın 36 ncı maddesinde yer verilen hukuka uygunluk sebepleri ile Adalet Divanı içtihatlarında geliştirilen kamu yararının zorunlu gerekliliklerini haklı kılan istisnai bir sebebin varlığı halinde, makul ve orantılı olmaları koşuluyla bu tür önlemler yasak kapsamı dışında tutulmaktadır. Ancak 36 ncı maddede yer alan istisnalar ile içtihatlarda oluşturulan istisnalar arasında uygulama bakımından birtakım farklar bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, Adalet Divanı'nın uyguladığı istisnaların yani zorunlu gerekliliklerin yalnızca ithalat bakımından söz konusu olması⁴⁸⁰, 36 ncı maddede yer alan istisnaların ise hem ithalat ve ihracat hem de transit geçiş hallerinin tümü bakımından geçerli olmasıdır.

İkinci bir fark ise, ulusal düzenlemenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için istisnanın öngördüğü uygulanma şartına ilişkindir. 36 ncı madde, madde metni kapsamında yer verilen gerekçelerden birinin söz konusu olması ve somut olay bakımından orantılı olması durumunda, bu gerekçeyi haklı kabul ederek ilgili ulusal düzenlemeyi yasak kapsamı dışında tutmaktadır. Zira madde hükmü açıktır. Gerçekten de, yasal zemine sahip bu maddenin uygulanması, anayasal ilkelerden olan belirlilik ilkesiyle birlikte düşünüldüğünde, başka bir uygulanma şartının aranılmasını gereksiz kılmaktadır. Öte yandan, Adalet Divanı'nın istisnaları yasal bir zemine sahip olmadığından ve somut olayların özelliklerine göre tespit edildiğinden, hukuka uygun kabul edilebilmesi için birtakım şartlar aranmaktadır. Bir defa öncelikle, ulusal düzenleme ile aynı alanda başka bir ikincil Birlik düzenlemesi bulunmaması gerekir.

⁴⁸⁰ Cassis de Dijon kararında, zorunlu gereklilik olarak adlandırılan istisna gerekçelerinin yalnızca ABİA madde 34'te yer alan ithalat yasağı çerçevesinde olduğu belirtilmiştir.

Bununla birlikte, ilgili önlem, yerli ve yabancı ürünler arasında ayırım yapmaksızın uygulanıyor olmalıdır⁴⁸¹. Bu ayrımcılık ise genel olarak, yerli malların ithal mallar karşısında avantajlı konuma sahip olmaması olarak yorumlanmaktadır⁴⁸².

Bu farkların yanı sıra, hukuka uygunluk hallerinin ortak yönleri de bulunmaktadır. Bunların en önemlisi, orantılılık prensibidir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, gerek mevzuatta yer alan istisna hükmü bakımından gerekse Adalet Divanı'nın öngördüğü haklı gerekçeler bakımından hukuka uygunluk ölçütü olarak orantılılık prensibi karşımıza çıkmaktadır. Bir ulusal düzenlemenin birtakım haklı gerekçelerle malların serbest dolaşımını kısıtlayabilecek ölçüde gerekli olması, ancak ulaşılmak istenen amaç ve korunmak istenen menfaat ile orantılı olduğu ölçüde mümkündür. Birlik içi ticareti, ancak korumak istediği menfaat ile orantılı bir şekilde kısıtlayan ulusal düzenlemeler makul kabul edilebilir. Bir ulusal düzenlemenin makul olduğu sonucuna varabilmek için ise, malların serbest dolaşımını en az seviyede etkileyebilecek nitelikte, dengeli ve gerekli olması gerekmektedir⁴⁸³.

⁴⁸¹ C-788/79 Gilli ve Andreas (1980) ECR 2078; C-16/83 Karl Prantl (1984) ECR I-1299. Ayrıca bkz. GÜRBÜZER, s.115.

⁴⁸² Todd. J. FRIEDBACHER, "Motive Unmasked: The European Court of Justice, the Free Movement of Goods and the Search for Legitimacy", *European Law Journal*, Vol. 2 Issue 3, 1996 s.227-228. Aynı yönde bkz. C-788/79 Gilli ve Andreas (1980) ECR 2078; C-16/83 Karl Prantl (1984) ECR I-1299.

⁴⁸³ JARVIS, s.176; CAN, s.278; GÜRBÜZER, s.116.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHATLARINDA GELİŞTİRİLEN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER

I. EŞ ETKİLİ ÖNLEMLERİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE GELİŞİM SEYRİ

Miktar kısıtlamasına eş değerde etki doğuran önlemlerin tam olarak tanımlanmamış olması, bu önlemlerin tespitinin de güç olması sonucunu doğurmuştur. Üye devletlerin ise bu kavramsal belirsizlikten faydalandığı ve sayısal verilerle tespit edilemeyen bu tür önlemleri, iç pazar menfaatlerini korumak için kullandığı söylenebilir. Üye devletlerin bu tavrı, bazı durumlarda diğer üye devletleri de dolaylı olarak etkileyerek domino etkisi yaratmış ve Birlik içi ticarete büyük ölçüde zarar vermiştir. Ekonomik entegrasyonun gerçekleştirilmesi önünde engel oluşturan bu durum, tüm üye devletleri bağlayacak ortak bir yoruma duyulan ihtiyacı pekiştirmiş; Birlik hukukunu yorumlama yetkisine sahip olan Adalet Divanı'nı harekete geçirmiştir. Bu doğrultuda, eş etkili önlemler bahsine ilişkin Komisyonun çıkarmış olduğu yönergelerden yola çıkan Divan, Birlik amaçlarına uygun yorum yaparak ticareti engelleyici önlemlere ilişkin bazı kıstaslar oluşturmuş ve içtihatlarını, ortak pazarın dinamik yapısı nedeniyle değişen menfaatleri dengede tutabilmek adına süreç içinde geliştirmiştir.

Divan, eş etkili önlem yasağını somutlaştırmak için kavramın belirlenebilirliği adına ilk formülünü *Dassonville* Kararıyla ortaya koymuş, bu süreç, kilometre taşı niteliğindeki diğer kararlar olan *Cassis de Dijon* ile devam etmiş, *Keck ve Mithouard* ile yeni bir boyut kazanmış ve nihayetinde, *Keck* kararından sonra uygulamadaki eleştiriler ve uyuşmazlıklar neticesinde verilen *Komisyon v. İtalya (römorklar)* Davası ile günümüzde başvurulan birtakım kriterler netlik kazanmıştır. Bu kriterler, aşağıda daha yakından incelenecektir.

A. Adalet Divanı'nın Ayrımcılık Esasına Dayanarak Oluşturduğu Kriterler

ABAD, 2000 li yılların başına kadar verdiği kararlarda genel olarak, bir ulusal uygulamanın eş etkili önlem teşkil edip etmediğini belirlerken ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını dikkate almıştır. Ayrımcılık ise yerli ürün ile ithal ürüne yapılan uygulamanın farklılık arzemesi şeklinde doğrudan ayrımcı önlemler olabileceği gibi, yerli ürünler ile ithal ürünlere aynı uygulamanın yapılması suretiyle bir ürünün ticaretinin diğeri karşısında daha zor şartlara tabi tutulması şeklinde dolaylı ayrımcılık şeklinde de kendini gösterebilir. Bunların dışında, eş etkili önlemler kapsamına girmeyen bir de tersine ayrımcılık hali söz konusudur.

1. Doğrudan Ayrımcı Önlemler

a. Genel Olarak

Adalet Divanı'nın eş etkili önlemlerin tespitine ilişkin ilk kıstası ayrımcılık olmuştur⁴⁸⁴. 70/50 sayılı Komisyon Yönergesinin 2 nci maddesinde belirtildiği gibi, üye devletlerin doğrudan ayrımcı uygulamaları, yerli ürünler ile ithalata konu ürünlere farklı ticari veya idari uygulamalar getirilmesi suretiyle ithalatın zorlaştırılması anlamına gelmektedir. Ancak Yönergedeki belirlemenin yanı sıra, Adalet Divanı içtihatlarında doğrudan ayrımcılığın yalnızca ithalata konu ürünlere değil, bilakis ihracata konu yerli ürünlere⁴⁸⁵ karşı da uygulandığının tespit edildiği görülmektedir. O halde, hem ortak pazara giriş yapmış herhangi bir malın ithalatında yerli ürünlere kıyasla yabancı ürünün satışını zorlaştırıcı ulusal düzenlemeler, hem de bir yerli ürünün ihracatında yabancı ürünlere kıyasla yerli ürünün ticaretini zorlaştırıcı ulusal düzenlemeler, yerli ve yabancı ürünler arasında doğrudan ayrımcılık yapan eş etkili önlemlerdir.

Bu ulusal düzenlemeler, uygulamada lisans kontrolü, ek ücrete tabi sınır geçiş işlemleri, yabancı ürünlerin tanıtım ve reklamlarına getirilen sınır ve yasaklar ya da malların sunum ve kompozisyonu için öngörülen kurallar şeklinde görülebilmektedir. Öyle ki; ithal ürünler için öngörülen ancak yerli ürünlere uygulanmayan koşullar, bir

⁴⁸⁴ STADLMEIER, s.53.

⁴⁸⁵ C-293/02 Jersey Produce Marketing Organisation Ltd v. States of Jersey (2005) ECR I-9543, para. 75-76; C-12/02 Marco Grilli (2003) ECR I-11585, para.48.

uygunluk belgesi⁴⁸⁶ olarak resmi onay taşımak⁴⁸⁷ ya da lisans sahibi olmak⁴⁸⁸, ürün içeriğine ilişkin bir ön denetim⁴⁸⁹ yapılması, malların kompozisyonuna ilişkin kurallar ve transfer için ek ücretler öngörülmesi⁴⁹⁰ şeklinde olabilmektedir⁴⁹¹. Bununla birlikte, yabancı ürünlerin reklamlarının veya tanıtımlarının yasaklanmasına ilişkin getirilen uygulamalar, yerli ürünler için de eşit bir şekilde uygulanmadıkça 34 üncü maddenin ihlali söz konusu olmaktadır⁴⁹².

b. Dağıtım Kanallarını Kısıtlayan Kurallar

Ayrımcı uygulamaların birinci grubunu, dağıtım kanallarını kısıtlayan ulusal önlemler oluşturmaktadır. Özellikle ülkeler arası sınır geçişlerini zorlaştıran, paralel ithalatı engelleyen ve idari uygulamalarla ticareti zorlaştıran kurallar, genel olarak ürünlerin dağıtım yollarını kısıtladıkları için bu grup altında yer almaktadır.

Bu tür önlemler, ithalatta görülebildiği gibi ihracatta da görülebilmektedir. Örnek olarak, zararlı atıkların bertaraf edilmesi hakkında görülen *Inter-Huiles*⁴⁹³

⁴⁸⁶ C-251/78 Firma Denkvit Futtermittel GmbH (1979) ECR 3369, para.11.

⁴⁸⁷ C-21/84 Komisyon v. Fransa, "Postal Franking Machines" (1985) ECR 1355.

⁴⁸⁸ Ürünün imtiyazlı kabul edilmesi sebebiyle lisans otomatik olarak verilse ve geçiş serbestliği olsa bile ithalat izni için lisans aranması hali için bkz. Birleşik Dava Birleşik Dava C-51-54/71 International Fruit Company v. Productschap voor Groenten en Fruit "No.2" (1971) ECR 1107, para.9; ayrıca bkz. C-40/82 Komisyon v. Birleşik Krallık "Türkiye" (1984) ECR 283, para.24; C-124/81 Komisyon v. Birleşik Krallık "UHT süt" (1983) ECR 203, para.9. Aynı doğrultuda ihracata konu ürünleri de içeren örnek için bkz. C-53/76 Procureur de la République de Besançon v. Les Sieurs Bouhelier ve diğerleri (1977) ECR 197, para.11.

⁴⁸⁹ C-59/2 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v. Weinvertriebs-GmbH (1983) ECR 1217, para. 7-8; Divan, ithal ürünler için minimum alkol seviyesi belirleyen bir Alman kuralının 34.maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca bkz. C-434/04 Jan-Erik Anders Ahokainen and Mati Leppik (2006) ECR I-9171, para.22; Dava, alkol gücü seviyesi %80 den fazla değiştirilmemiş etil alkolün ithalatına ilişkin ön denetim hakkındadır.

⁴⁹⁰ C-4/75 Rewe-Zentralfinanz eGmbH v. Landwirtschaftskammer (1975) ECR 843, para.4; ithal edilen elmaların San José ölçeğinde kontrol edilmesi gerektiğini öngören uygulama, ek ücret getirmesi sebebiyle eş etkili önlem olarak kabul edilmiştir.

⁴⁹¹ Bkz. BARNARD, s.82.

⁴⁹² C-251/78 Firma Denkvit Futtermittel GmbH (1979) ECR 3369, para.11.

⁴⁹³ C-172/82 Syndicat National des Fabricants Raffineurs d'huile de Graissage v. Groupement d'intérêt économique 'Inter-Huiles' (1983) ECR 555. Aynı yönde; C-295/82 Groupement d'intérêt économique 'Rhône-Alpes Huiles' v. Syndicat National des Fabricants Raffineurs d'huile de Graissage (1984) ECR 575.

davasında, Divan, atık yağları biriktirip bertaraf eden bir sistem kuran ulusal kuralın, geri dönüşüm yapan veya atıkları yok eden diğer üye devletlere ihracatı engellediği, diğer devletlere atık yağ ihraç edilemediği gerekçesiyle ABİA 35 inci maddesine aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde verilen *FFAD*⁴⁹⁴ Kararında, atıkların diğer üye devletlerde satılmak üzere toplanmasına aracılık eden kuruluşları engelleyen belediye kurallarının 35 inci maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. *Nertsvoederfabriek*⁴⁹⁵ Kararında ise, üreticilere, kümes hayvanlarının yenmeyen parçalarının ulusal kurallara göre teslimini şart koşan düzenlemenin ticari dolaşım kanallarını kısıtladığı, bu nedenle 35 inci maddeye aykırı olduğu belirtilmiştir.

(1) Paralel İthalatı Kısıtlayan Uygulamalar

Paralel ithalat, ithalata konu olan orijinal ürünlerin, bir ülkede yetkilendirilmiş distribütör tarafından değil de bağımsız bir ithalatçı tarafından, başka bir ülkeden daha ucuza temin edilerek, aynı malın yetkili distribütörler tarafından daha pahalı satıldığı ülkeye, ticari gelir elde etme amacıyla ithal edilmesidir⁴⁹⁶. Bu şekilde paralel ithalata konu edilen ürünlerin ticaretinde üretici ülkeden alınmış sertifika gibi belgelerin talep edilmesi, Adalet Divanı tarafından bir ticaret engeli olarak 34 üncü maddeye aykırı görülmektedir. Nitekim ürünleri doğrudan üretici ülkeden tedarik etmemiş olan tacirin bu belgeleri temin etmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Adalet Divanı uygulamasının bu anlamdaki en temel örneği ise *Dassonville*⁴⁹⁷ Kararıdır. Kararda, doğrudan ticaret yapan tacirlerden satın aldığı ürünleri pazarlayarak dolaylı ticaret yapan tacirlerden üretim sertifikası isteyen bir üye devlet kuralı, malların serbest dolaşımını engelleyici etkisi nedeniyle 34 üncü madde yasağı kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ C-290/98 Enterprenorforeningens Affalds/Miljosektion (FFAD) v. Kobenhavs Kommune (2000) ECR I-3743.

⁴⁹⁵ C-118/86 Openbaar Ministerie v. Nertsvoederfabriek Nederland BV (1997) ECR 3883, para.11.

⁴⁹⁶ Bkz. Erhan ARDA, **Ekonomi Sözlüğü**, 2.Baskı, İstanbul 2008, s.745.

⁴⁹⁷ C-8/74 Procureur de Roi v. Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 837.

⁴⁹⁸ Aynı yönde bkz. C-247/81 Komisyon v. Almanya (1984) ECR 1111; ürünleri satan ev sahibi devlet temsilcisinin onayını gerekli kılan ulusal kural, ticareti sınırlandıran bir eş etkili önlem kabul edilmiştir.

Aynı uygulama *De Peijper*⁴⁹⁹ Kararında da görülmektedir. Dava konusu olayda, belirli ilaçları doğrudan Hollanda pazarında satmaya yetkili olmayan bir tacir, paralel ithalat yaparak İngiliz toptancısından satın aldığı ilaçları Hollanda'ya ithal etmek istemiştir. Ancak Hollanda pazarına erişim için istenen evrakları yetkililere sunamadığı için öngörülen gereklilikleri karşılayamamış ve ithalat yapmasına izin verilmemiştir. Adalet Divanı ise, yalnızca bazı tacirlerin ithalat üzerindeki erişim kanallarını kısıtlayan veya engelleyen uygulamaların, ithalat üzerindeki olumsuz etkisi sebebiyle eş etkili önlem oluşturduğunu ve 34 üncü maddeye göre yasaklanan uygulamalar arasında olduğu sonucuna varmıştır⁵⁰⁰. Bu durumda, paralel ithalatı kısıtlayıcı uygulamalar, ayrımcı uygulamalar olarak 34 üncü madde kapsamında eş etkili önlem kabul edilmektedir.

(2) Sınır Kontrolleri

Doğrudan ayrımcı uygulamalardan çokça görülen bir diğeri, sınır geçişlerinde yapılan gümrük kontrolleri olarak kendini göstermektedir. Sınır kontrolleri, gümrük kontrollerinin iç pazarın 31 Aralık 1992 tarihinde gerçekleştirilmesiyle birlikte kaldırıldıktan sonra, artık sadece ABİA 36 ncı maddesinin malların serbest dolaşımına ilişkin istisnalarını uygulamak, ABİA 110 uncu maddesi anlamında yurt içi vergiler koymak ve gerekli istatistikî bilgileri toplamak ve kontrol etmek için gerekli olduğunda haklı görülebilir⁵⁰¹. Bunun dışındaki kontroller yasaktır⁵⁰². Bu anlamda, ithalat yapanlardan ithalat lisansları⁵⁰³, ihracat devletinin kalite ve menşé belgeleri⁵⁰⁴ veya

⁴⁹⁹ C-104/75 *Officier Van Justitie v. Adriaan de Peijper* (1976) ECR 613.

⁵⁰⁰ C-104/75 *Officier Van Justitie v. Adriaan de Peijper* (1976) ECR 613, para.13.

⁵⁰¹ C-159/78 *Komisyon v. İtalya, "Zollagenten"* (1979) ECR 3247.

⁵⁰² CAN, s.416; ayrıca bkz. C-272/95 *Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung v Deutsches Milch-Kontor GmbH* (1997) ECR I-1985.

⁵⁰³ C-131/94 *Komisyon v. Almanya* (1994) ECR I-3315.

⁵⁰⁴ C-53/76 *Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier ve diğeri* (1977) ECR 197.

hakikilik belgeleri⁵⁰⁵ gibi birtakım belgeler talep edilmesi ve aşırı müeyyideler uygulanması, eş etkili önlem olarak değerlendirilmektedir⁵⁰⁶.

Fransa'da 1985 yılında meydana gelen bir olayda, bir devletin idari makamlarının yerli ürün lehine açıkça ayrımcılık içeren uygulamalarda bulunması söz konusu olmuştur⁵⁰⁷. Mülga Fransız yasalarında, ithal damgalama makinelerine karşı açıkça ayrımcı hükümler bulunmakta; aynı düzenlemeler yerli ürünler bakımından uygulanmamaktadır. Üstelik, yasa hükmü değiştikten sonra ayrımcı bir düzenleme hükmü kalmamasına rağmen, idari makamlar tarafından gerçekleştirilen uygulamada ayrımcılık sürdürülmeye devam etmiştir. Aynı şekilde ayrımcı uygulamaya maruz kalan bir İngiliz Şirketi, kendisine ait mektup damgalama makinesi onaylarının Fransız idari mercileri tarafından sürekli reddedilmesi nedeniyle Fransa Devletine karşı dava açmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki, dava açıldığı esnada Fransız yasaları ayrımcı karakterde değildir; ancak başvurulara geç cevap verilmesi, gerçekte doğru olmayan teknik hatalar gösterilmesi, onay işlemlerinin yersiz olarak reddedilmesi gibi idari eylemler, zımnen genel ve sürekli idari ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir⁵⁰⁸. Durumun şartlarını değerlendiren Divan, Fransa tarafından kasten sebebiyet verilen ayrımcı uygulamaların eş etkili önlem olarak 34 üncü madde yasağına tabi olduğunu belirtmiştir⁵⁰⁹.

*Bouhelier*⁵¹⁰ Davasında ise Fransa, bu defa yerli ürünler aleyhine ayrımcı uygulama getirmiştir. İhraç edilecek saatleri kalite kontrolüne tabi tutmakta; ancak aynı uygulamayı ithal edilen ürünlere yapmamaktadır. Yerli ürününün kalitesini korumayı amaçlayan Fransa Devleti, ihracat yapmak isteyen tacirlere zorluk çıkarmakta ve ithal ürünlere nazaran yerli ürünlerin pazarlanmasını zorlaştırmaktadır. Bu gibi formaliteler ve gümrük kontrolleri ise, ürünün maliyetini arttırmakta ve istismlara yol açmaktadır.

⁵⁰⁵ C-8/74 Procureur de Roi v. Benoit ve Gustave Dassonville (1974) ECR 837.

⁵⁰⁶ C-41/76 Suzanne Criel, née Donckerwolcke ve Henri Schou v Procureur de la République au Tribunal de Grande Instance de Lille and Director General of Customs (1976) ECR 1921.

⁵⁰⁷ C-21/84 Komisyon v. Fransa "Postal Franking Machines" (1985) ECR 1355.

⁵⁰⁸ C-21/84 Komisyon v. Fransa (1985) ECR 1363 vd. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.622, 644; WEATHERILL, s.350; ÇÖPOĞLU, s.104.

⁵⁰⁹ C-21/84 Komisyon v. Fransa (1985) ECR 1355, para.15

⁵¹⁰ C-53/76 Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier vd. (1977) ECR 197.

Gümrük kontrolleri, kamu sağlığına ve hijyen kurallarına uygunluk testi ve benzeri kontrollerin keyfiyete dayalı olarak yahut ayrımcı biçimde yapılması, malların serbest dolaşımında miktar kısıtlamasına eş etkili önlem teşkil etmektedir⁵¹¹. Sonuç olarak bu durumun olumsuz yansımaları, tüccarlar ve dolaylı olarak da tüketiciler üzerinde görülmekte⁵¹², ticaret zarar görmektedir. Bu sebepleri gerekçe gösteren Divan, Fransız uygulamasını ihracatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kabul etmiş ve madde 35 hükmüne aykırı bulmuştur⁵¹³.

Gümrük formalitelerine ilişkin çıkan bir başka uyuşmazlık, dana ve sığır etinin ortak pazar piyasasına sürülmesine ilişkindir⁵¹⁴. Adalet Divanı'nın davaya ilişkin yorumu, gümrük formalitelerinin ticareti engelleyici etkisini açık bir şekilde gözler önüne sermektedir. Kararda Divan, “...İthalat ücretleri ya da buna benzer formalitelerin, ayrımcı amaçlara hizmet etmeseler bile Topluluk içi ticaretin gelişimini engellediğini, bu nedenle bu tür uygulamaların miktar kısıtlamasına eş etkili önlem oluşturduğunu...” belirtmiştir⁵¹⁵.

Komisyon'un İtalyan düzenlemesine karşı yöneltmiş olduğu bir davada⁵¹⁶, diğer üye devletlerde kayıtlı bulunan arabaların İtalya'ya getirilebilmesi, o ülkedeki İtalyan Konsolosluğu'nun verdiği onay sertifikası ve ilgili kayıt belgelerinin yetkili İtalyan makamlarına ibrazı ile mümkün kılınmıştır. Bu düzenleme, yerli araçlar karşısında ithal araçların daha pahalı ve karmaşık işlemlere maruz bırakılmasına ve fazladan zaman gerektirmesine sebep olmaktadır⁵¹⁷. O halde sınır geçişlerinde uygulanan gümrük formalitelerinin de ticareti engelleyici uygulamalardan olduğu ve eş etkili önlem kabul edildiği söylenebilecektir.

⁵¹¹ ÇÖPOĞLU, s.91.

⁵¹² WEATHERILL ve BEAUMONT, s.507.

⁵¹³ C-53/76 Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier vd. (1977) ECR 206.

⁵¹⁴ C-124/84 H. Spitta & Co. v. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost (1985) ECR 1923.

⁵¹⁵ Aynı yönde bkz. C-51-54/71 International Fruit Company v. Productschap voor Groenten en Fruit (1971) ECR 1107; C-68/76 Komisyon v. Fransa (1977) ECR 515; C-54/05 Komisyon v. Finlandiya (2007) ECR I-2473.

⁵¹⁶ C-154/85 Komisyon v. İtalya (1987) ECR 2717.

⁵¹⁷ C-154/85 Komisyon v. İtalya (1987) ECR 2728. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.640.

c. Ulusal Ürünlerin Satışını Teşvik Eden Uygulamalar

Doğrudan ayrımcı uygulamaların üçüncü grubunu, yerli ürünlere avantaj sağlayan ya da öncelik tanıyan kurallar oluşturmaktadır⁵¹⁸. Bu grupta yer alan davalarda genel olarak, üye devletler tarafından ithal ürünlere kıyasla yerli ürünlerin satın alınması teşvik edilmektedir⁵¹⁹. İlke karar niteliğinde olan "*Buy Irish*" (İrlandalı satın al) Davası, bu grubun en tipik örneğini göstermektedir.

(1) Yerli Ürünlerin Satışının Teşvik Edilmesi

Hukuk camiasında tanınmışlık kazanan kararlardan biri olan "*Buy Irish*"⁵²⁰ Kararı, İrlanda Hükûmetinin yerli ürünleri tanıtıcı kampanyalara destek vermesinin Birlik içi ticareti kısıtlayıcı potansiyel etkisi sebebiyle eş etkili önlem kabul edilmesine ilişkindir.

Davaya konu olayda, İrlanda Hükûmetinin atamasıyla oluşan İrlanda Konseyi⁵²¹, özel bir şirket tarafından tanıtım kampanyaları düzenlenmesini sağlamış, İrlanda Hükûmeti tarafından da kampanyaya finansman sağlanmış⁵²² ve manevi destek verilmiştir⁵²³. Söz konusu tanıtım kampanyaları çerçevesinde yerli malı teşvik amaçlı faaliyetlerde bulunulmuş; İrlanda mallarını tanıtmaya yönelik bilgi hizmeti sunulmuş ve tanıtım fuarı düzenlenmiş ve ayrıca mallar üzerinde "Buy Irish" (İrlandalı satın alın) sembolü ve etiketi kullanılmıştır⁵²⁴. Ayrıca, söz konusu tanıtım kampanyaları git gide

⁵¹⁸ BARNARD, s.83.

⁵¹⁹ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4929; aynı yönde bkz. C-255/03 Komisyon v. Belçika, "Walloon kalite etiketi" (17.06.2004) ECR-I 0000 yayınlanmamış karar.

⁵²⁰ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4005.

⁵²¹ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4005, para. 12.

⁵²² C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4005, para. 6 ve 13; İrlanda Hükûmetinin yanında özel sanayicilerden de finansal destek sağlanmış ve böylece İrlandalı üreticiler cesaretlendirilmiştir.

⁵²³ Komisyon notlarına göre; İrlanda Hükûmeti, 1978 yılı Ocak ayından itibaren 3 yıl süre ile 'Buy Irish' kampanyasını destekleyeceğini belirtmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. WEATHERILL, s.355.

⁵²⁴ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4005, para.3/a,b,c,d; WEATHERILL, s.355.

genişletilmiş ve özellikle de televizyon reklamları ve basın vasıtasıyla yaygınlaştırılmıştır⁵²⁵.

Tüketicinin gözünde İrlanda menşeli malların yüceltmeye ve böylece satışının yaygınlaştırılmaya çalışılması, ithal edilen malların değerinin düşmesine yol açabilecek potansiyel etkiye sahip olmakla birlikte rekabet dengesini de bozucu niteliktedir. İrlanda Hükûmeti ise vermiş olduğu savunmada, kampanya ve işlemlerin özel bir şirket tarafından yürütüldüğünü, hükûmet olarak yalnızca manevi destek sunduklarını ve kamu otoritesini bağlayıcı bir işlemin bulunmadığını, davanın, ABİA 107 ve 108 inci maddeleri (Kurucu Antlaşmanın 92 ve 93.maddeleri) ışığında incelenmesi gerektiğini, 34 üncü maddenin dayanak yapılmasının hatalı olduğunu belirtmiş⁵²⁶; ayrıca kampanya sonucu İrlanda mallarının satışının düştüğünü⁵²⁷ ve kampanyanın işe yaramadığını yani bilfiil olarak ithalatı kısıtlayıcı bir sonuç doğurmadığını ifade etmiştir.

Yargılama sonucunda, *Dassonville* formülü ve 70/50 sayılı Yönergenin ruhunun karara yansıdığı görülmektedir⁵²⁸. Zorlayıcı bir yorum yapan Divan, sonuçları itibariyle İrlanda iç pazarına tesiri olmasa da söz konusu kampanyayı ve ürün menşesine yönelik kullanılan “Buy Irish” sembolünü ithalatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kabul etmiştir. Divan karara yönelik açıklamasında; her ne kadar başarıya ulaşamamış olsa da İrlanda Hükûmeti tarafından oluşturulan bir Konsey tarafından başlatılan ve desteklenen kampanyanın, kamu otoritesinin yoğun olarak hissedildiği doğrudan ayrımcı uygulamalar içerdiğini ve dolaylı olarak bağlayıcı bir işlem etkisi doğuracağını belirtmiştir⁵²⁹. İrlanda Hükûmeti herhangi bir yardım sağlamadığını iddia etse de İrlanda endüstrisine verdiği finansal ve manevi destek açıkça görülmektedir⁵³⁰. Bu kampanya, yerli ürünlerin ithal ürünlere ikamesi üzerine tasarlanmıştır ve üye devletler arasındaki

⁵²⁵ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; “Buy Irish Campaign” (1982) ECR 4005; para. 4.

⁵²⁶ CRAIG ve de BURCA, s.641.

⁵²⁷ Paragraf 22 ye göre; İrlanda’da üretilen malların satışı, pazardaki diğer ürünlere oranla 1977 yılında %49.2 iken, kampanyadan sonra 1980 yılında %43.4 e düşmüştür.

⁵²⁸ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; “Buy Irish Campaign” (1982) ECR 4005, para. 20.

⁵²⁹ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; “Buy Irish Campaign” (1982) ECR 4021, para. 21. Ayrıca bkz. WEATHERILL, s.358.

⁵³⁰ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; “Buy Irish Campaign” (1982) ECR 4021, para. 6, 21, 23, 25,27, 28,30. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.641.

ticaret hacmini etkileme potansiyeli taşımaktadır. Neticede uygulama başarılı olmasa bile bu tür düzenlemelerin önüne geçme amacıyla ürünün menşesinin belirtilmesini ve yerli ürünlerin desteklenmesini eş etkili önlem kabul etmiştir.

Komisyon'un İrlanda'ya karşı yönelttiği bir başka dava ise, "*Buy Irish*" ve "*Apple and Pear*" Davalarıyla benzerlik gösteren "*Dundalk Water*"⁵³¹ Davasıdır. Dava, tüketici alımları yerine bu kez kamu alımlarında yerli ürünün alınmasını teşvik eden bir devlet düzenlemesine ilişkindir⁵³². İrlanda'nın konuyla ilgili yetkili organı olan Dundalk Konseyi, su kaynaklarıyla ilgili bir ihale açılacağını ilan etmiştir. Kullanılacak su pompasının ve borunun İrlanda standartlarına (IS188:1975) uygun olması gerektiğine ilişkin düzenlemenin yer aldığı ihale sözleşmesi (şartnamesi), uluslararası standartlara sahip olmayan söz konusu teknik argüman nedeniyle reddedilmiştir. Komisyonun şikayeti üzerine Divan önüne gelen davada, İrlanda ürünlerinin kullanılması yönündeki şartname hükmünün değiştirilerek sözleşmenin yeniden düzenlenmesi gerektiğine karar verilmiştir⁵³³. Adalet Divanı'nın görüşüne göre, kamu ihale alımları, yerli üreticileri destekleyici mahiyette yahut onlar lehine kolaylaştırıcı şekilde düzenlenemez ve eşit şartlar içermesi gerekmektedir⁵³⁴.

Bununla birlikte, yerli ürün satın almaya teşvik kampanyalarının ayrımcılık oluşturduğu kabul edildiğinde, yerli ürünlerden belirli miktarlarda satın almayı gerekli kılan ulusal kurallar da ayrımcı uygulamalar olarak kabul edilecektir. *Preussen Elektra*⁵³⁵ Kararında, elektrik sağlayıcılarına kendi bölgelerindeki tüm geri dönüştürülebilir elektrik ürünlerini satın almalarını mecburi kılan uygulamanın, diğer üye devletlerdeki üreticilerden de kaynak elde edilebilecekken, ülkedeki kaynakları dayatmak suretiyle tacirlerin yurt dışındaki kaynaklara erişimini kısıtlaması sebebiyle eş etkili önlem olarak nitelendirileceği belirtilmiştir.

⁵³¹ C-45/87 Komisyon v. İrlanda (1988) ECR 4929.

⁵³² CRAIG ve de BURCA, s.643.

⁵³³ C-45/87 Komisyon v. İrlanda (1988) ECR 4929, para. 22.

⁵³⁴ C-21/88 Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unita Sanitaria Locale Di Carrara "No.2" (1990) ECR I-889; C-254/05 Komisyon v. Belçika (2007) ECR I-4269.

⁵³⁵ C-379/98 Preussen Elektra AG v. Schlesweg AG (2001) ECR I-2099, para.70. Ayrıca bkz. C-72/83 Campus Oil v. Ministry of Energy and Industry (1984) ECR 2727, para.16 ve C-398/98 Komisyon v. Yunanistan (2001) ECR I-7915, para.26.

*Du Pont de Nemours*⁵³⁶ Kararında da benzer bir sonuca ulaşılmıştır. İtalyan düzenlemesine göre, tedarik sözleşmelerinde, İtalya'nın belirli bölgelerinde kurulan şirketler için kamu kaynağından %30 ayrılmaktadır. Bu kuralın eş etkili önlem olup olmadığına ilişkin görülen yargılamada İtalya, İtalyan bölgelerinin imtiyazlı sistem kapsamında olmadığını belirtmiştir. Adalet Divanı, İtalya'nın savunmasını reddederek "gerçek şudur ki imtiyazlı sistemden yararlanan tüm ürünler yerli ürünlerdir" demiş ve bu nedenle düzenlemenin eş etkili önlem olduğuna karar vermiştir⁵³⁷.

(2) Ayırt Edici Nitelikleri Olan Ürünlerin Tanıtımı ve Desteklenmesi

Buy Irish Davası ile benzerlik gösteren bir başka dava *Apple and Pear*⁵³⁸ Davasıdır. Somut olayda, İngiliz Hükûmeti tarafından desteklenen Konsey, İngiliz menşeli meyvelerin tanıtılması, kendilerine has özelliklerin belirtilmesi ve kamuoyunun dikkatini çekmesi amacıyla bir kampanya başlatmıştır. İngiliz Hükûmeti, İngiliz meyvelerini destekleyebilsin diye konseyin gelişimini desteklemektedir ama konseyin, diğer üye devletlerden gelen ürünlerin satın alınması konusunda bir tanıtım görevi yoktur, bununla birlikte, ürünleri sırf yerli oldukları için satın almaları yönünde teşvik edici bir rolü de bulunmamaktadır.

Adalet Divanı, İngiltere'de gerçekleştirilen bu Konsey uygulamasının eş etkili önlem teşkil etmediğini ifade etmiştir⁵³⁹. Divan'ın görüşüne göre, Birleşik Krallık'ta bunun gibi bir kuruluşun özellikle belirli kalitede bazı meyvelerin yetiştirilmesine özen gösterebileceği ve bu doğrultuda satışını desteklemek için çeşitli kampanyalar düzenleyebileceği, bu çeşitler her ne kadar tipik ulusal üretimler olsa da, kendine has özelliklerinin kayda alınabileceği kabul edilmelidir⁵⁴⁰.

⁵³⁶ C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unita Sanitaria Locale Di Carrara "No.2"* (1990) ECR I-889, para.11.

⁵³⁷ C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unita Sanitaria Locale Di Carrara "No.2"* (1990) ECR I-920, para.13. Ayrıca bkz. BARNARD, s.84.

⁵³⁸ C-222/82 *Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd vd.* (1983) ECR 4083.

⁵³⁹ C-222/82 *Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd vd.* (1983) ECR 4127 vd. Ayrıca bkz. WEATHERILL, s.358.

⁵⁴⁰ C-222/82 *Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd vd.* (1983) ECR 4083, para.19; *Buy Irish* ve *Apple and Pear* davalarından sonra Komisyon, "34.madde açısından Tarım ve Balıkçılık

Dava konusu uyuşmazlıkta, yalnızca bilgilendirme amacı taşıyan söz konusu İngiliz uygulaması, ithal meyvelerin aleyhine olmamakla birlikte, ayrımcılık da içermemektedir. Uygulama ile İngiltere halkının kendi ülkelerinde yetişen meyveleri tanınması ve bilgi sahibi olması amaçlanmıştır. Ulusal bir değer olarak gösterilen meyvelerin tanıtılması ile diğer devletlerden ithal edilen meyvelerin ikamesi gibi bir amaç güdülmemiş ve tüketicinin algısını değiştirip ithal ürün aleyhine yönlendirici faaliyetlerde bulunulmamıştır⁵⁴¹. Bu bağlamda, söz konusu uygulamanın madde 34 yasağı kapsamında olmadığına karar verilmiş ve bu kararda, devletin genellikle hukuka aykırı bir şekilde ulusal ürünlerin tanıtımını desteklemesi ile müsaade edilebilir şekilde ve hukuka uygun olarak bazı ayırt edici nitelikleri olan spesifik ürünlerin tanıtımını desteklemesi arasındaki farkın altı çizilmiştir⁵⁴².

d. Menşe Etiketleme

Serbest dolaşıma konu bir ürünün menşesinin belirtilmesi, ürünün üretildiği yerden kaynaklı özel bir niteliği hakkında tüketiciye bilgi verme amacını⁵⁴³ taşımadığı sürece, tıpkı yerli ürünlerin satışını teşvik eden ulusal kurallarda olduğu gibi tüketicide bir önyargı uyandırması sebebiyle ayrımcı uygulama olarak kabul edilmektedir⁵⁴⁴. *CMA-Gütezeichen*⁵⁴⁵ Davası, bu anlamda örnek gösterilebilir. Davada, devlet destekli bir özel hukuk sermaye şirketi tarafından organize edilen “Alman Toprakları Kalite Markası” bilgisine ilişkin ürün işareti, ürünün içeriğine ilişkin özel bir nitelik bildirmediğinden ayrımcı bir uygulama olarak değerlendirilmiş ve bu ayrımcılık devlete isnat edilmiştir.

Ürünlerinin Tanıtımında Üye Devletlerin Katılımı ile İlgili Düzenlemeler" önermiştir [OJ (1986) C 27/3]. Ayrıca bkz. 17.12.2007 tarih ve 3/2008 sayılı İç pazarda ve Üçüncü Ülkelerde Tarım Ürünleri İçin Bilgi Sağlama ve Tanıtım Önlemleri Hakkında Konsey Tüzüğü [OJ (2008) L 3/1].

⁵⁴¹ C-222/82 Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd vd. (1983) ECR 4083, para.19-20.

⁵⁴² Ayrıca bkz. BARNARD, s.84.

⁵⁴³ C-368/88 GB-INNO-BM v. Confederation du Commerce Luxembourgeois (1991) ECR I-667, para.18; bu paragrafta, müşterilere bilgi verilmesinin bir temel hak olduğu kabul edilmektedir.

⁵⁴⁴ BARNARD, s.85.

⁵⁴⁵ C-325/00 Komisyon v. Almanya (2002) ECR I-9993.

Aynı doğrultuda verilen *Komisyon v. Birleşik Krallık*⁵⁴⁶ Kararında, ürünlerin menşesinin etiketlenmesini gerekli kılan İngiliz hukuk düzenlemesi, tüketicilerin yerli ve ithal ürünleri ayırt etmesine ve onların bir önyargıya sahip olarak yabancı ürünlere karşı tavır almalarına sebep olması nedeniyle 34 üncü maddeye aykırı kabul edilmiştir. Divan'ın açıklamasına göre; üretilen ürünlerin satılarak ekonomiye katkısının sağlanması, üye devletler arasındaki işbölümü sayesinde gerçekleşmektedir. Bu anlamda, tek pazarda menşe etiketine ilişkin bir kural, yalnızca ithal malların pazarlanmasını zorlaştırmakla kalmayıp, aynı zamanda bir handicap olarak Birlik içindeki ekonomik bütünleşmeyi de yavaşlatmaktadır⁵⁴⁷.

Ürün menşesinin ambalaj üzerinde gösterilmesinin ortak pazara etkisi, aşağıdaki kararların incelenmesi ile daha net anlaşılacaktır.

(1) Menşe Ülke Bilgisine İlişkin İşaretleme Yükümlülüğü

İthal ürünler üzerinde bir bölge ya da menşesinin gösterilmesini zorunlu kılan uygulamalar, ticareti zorlaştırıcı etkisi nedeniyle eş etkili önlem kabul edilmektedir. *Irish Souvenirs*⁵⁴⁸ Kararında Adalet Divanı, İrlanda'ya gelen yabancı turistlerin getirmiş olduğu hediyelik eşyalara, yani ithal hediyeliklere yönelik olarak çıkarılan İrlanda yasasının 34 üncü madde anlamında bir eş etkili önlem olduğuna karar vermiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, ithal ürünler üzerinde menşe gösterir bir ibare ya da “yabancı” kelimesinin yer alması şart koşulmuştur. İrlanda ise ithal ürün ile yerli ürün arasında ayrımcılık yaptığını kabul etmiş, fakat *Cassis de Dijon*'da kabul edilen ilkelerden zorunlu gereklilikleri dayanak göstererek; söz konusu düzenleme ile ticarete adaletin sağlanması ve tüketici haklarının korunmasının amaçlandığını ve bu nedenle düzenlemenin makul görülebilir seviyede olduğunu dile getirmiştir⁵⁴⁹. Ayrıca, ticari ve

⁵⁴⁶ C-207/83 Komisyon v. Birleşik Krallık (1985) ECR 1202.

⁵⁴⁷ C-207/83 Komisyon v. Birleşik Krallık (1985) ECR 1202, para.17.

⁵⁴⁸ C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR 1625.

⁵⁴⁹ C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR 1641, para. 16. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.237.

endüstriyel mülkiyetin korunması gereği kamu düzeninin sağlanması açısından istisna maddesi olan 36 ncı madde korumasından da yararlanması gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁵⁰.

Adalet Divanı'nın davaya yanıtı ise Birlik hukukunu ve önceki içtihatları açıklayıcı şekilde olmuştur. Divan, İrlanda Hükûmetinin savunmalarını reddederek bunun yerine Komisyon'un görüşünü kabul etmiş ve kararında; alıcıların, ürün için belli bir nitelik belirtilmedikçe malın nereden geldiğini bilmek zorunda olmadığını⁵⁵¹, ayrıca turistler tarafından ziyaret edilen yerlere ilişkin görsel hatıralar şeklinde dükkanlardan satın alınan hediyelik eşyaların ticari değeri de küçük olduğundan, bu hediyeliklerin menşe ülkesinde üretilme zorunluluğunun da bulunmadığını belirtmiştir⁵⁵². Bununla birlikte, 36 ncı maddede sayılan istisnaların sınırlı sayıda olduğunu ve genişletilemeyeceğini, “ticari ve endüstriyel mülkiyetin korunması” gibi bir durumun ise madde 36 kapsamında olmadığını ve *Cassis de Dijon* Kararı ile getirilen zorunlu gerekliliklerin yalnızca ayrımcı olmayan hükümlere uygulanabileceğini ifade etmiştir. İrlanda hükûmetinin yerli ürünler ile ithal ürünlerin bir bütün olduğu ortak pazar anlayışı yerine, sadece ithal ürünlere uyguladığı ayrımcı düzenleme nedeniyle *Cassis* Kararındaki ilkeler uygulama alanı bulamayacaktır. Bu nedenle, ayrımcılık oluşturan söz konusu uygulama, zorunlu gereklilik kapsamında değerlendirilmemiş, 36 ncı maddedeki istisnalar kapsamına girmediği tespit edilmiş ve söz konusu uygulama kamu yararının istisnaları arasında görülmediğinden makul görülemeyeceğine karar verilerek eş etkili önlem olduğu belirtilmiştir.

Irish Souvenirs Kararında önemli olan bir diğer nokta, zorunlu gereklilik kavramının 36 ncı maddenin değil, 34 üncü madde kapsamında olduğunun vurgulanmasıdır. Yani bu kararda açıkça, zorunlu gerekliliklerin 34 üncü madde kapsamında ayrımcı olmayan önlemler bakımından söz konusu olabileceği, bu yönüyle 36 ncı maddedeki istisnai hükümlerden ayrıldığı görülebilmektedir. Bu bakımdan, istisnai nitelikten çok, eş etkili önlemler yasağından kaçış klozu olarak değerlendirilmesi gereken zorunlu gereklilik kuramının yalnızca ticareti etkileme

⁵⁵⁰ C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR 1638, para. 5, 8.

⁵⁵¹ Aynı yönde bkz. C-30/99 Komisyon v. İrlanda (2001) ECR I-4619, para.74.

⁵⁵² C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR 1625, para.15.

kabiliyetine sahip ve ayrımcı olmayan düzenlemelere uygulanacağını belirtilmesi de zorunlu gereklilik kavramının netleştirilmesi açısından önemlidir. Adalet Divanı'na göre ayrımcı karakterdeki düzenlemelerin mazur görülebileceği tek yol, istisnaların düzenlendiği 36 ncı madde hükmüdür.

(2) Tür İşaretlerinin Ulusal Ürünlere Özgülenmesi

Bir ürün türüne ait isim veya işaretlerin, bazı durumlarda üye devletler tarafından bir bölgeye özgülenmeye çalışıldığı görülmektedir. Böylece, ürünün türünü göstermesi nedeniyle bilindik hale gelen isim kullanılarak ilgili üye devletin kendi markasını oluşturması söz konusu olabilmektedir.

"Edam Peyniri" isminin kullanılmasına ilişkin dava⁵⁵³, bahsi geçen uygulamaya bir örnek teşkil etmektedir. Dava konusu somut olayda, 1951 tarihli "Peynirler için Menşe Tanımlamaları ve İsimlerin Kullanımına İlişkin Uluslararası Stresa Konvansiyonu" uyarınca, asgari %52 kuru madde ve %40 yağ içeriğine sahip olmadıkça "Edam" adı altında peynir pazarlamak yasaklanmıştır. Bu sözleşmeye Fransa ve Hollanda taraf olmasına rağmen, Almanya taraf değildir ve Almanya'da "Edam Peyniri" olarak üretilen peynirin içeriğine ilişkin oranlar, söz konusu konvansiyonda belirlenen oranlara uymamaktadır. Fransız şirketi Fromex SARL'ın yöneticisi olan Gérard Deserbais ise % 50,4 kuru madde içeriği ve %34,3 yağ içeriğine sahip olan Edam peynirini Almanya'dan Fransa'ya ithal etmek istemiş, ancak peynirdeki oranların, Fransa'da uygulanan konvansiyon hükümlerine aykırı olması nedeniyle ticari ismin hukuka aykırı kullanımından dolayı kovuşturmayla maruz kalmış⁵⁵⁴ ve bunun üzerine söz konusu uygulamayı şikayet etmiştir. Yapılan savunmada ise, söz konusu konvansiyonun *ticari işlemlerde adaletin sağlanması* için uygulandığı iddiasına dayandırılmıştır⁵⁵⁵.

⁵⁵³ C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4907.

⁵⁵⁴ C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4922, para.2. Ayrıca bkz. WEATHERILL, s.383.

⁵⁵⁵ C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4925, para.14.

Fransa'nın iddialarına itibar etmeyen Adalet Divanı, önceki kararlarından referans alarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin önemli bir içtihat oluşturmuştur. Kararda aynen ifade edildiği üzere;

“Mahkeme, önceki içtihatlarında hüküm kurduğu üzere⁵⁵⁶, ürün üzerinde doğrudan kullanılan bir isim ile dolaşımı kısıtlamaya çalışan hiçbir düzenleme, madde 30 da (ABİA m.36) belirtilen amaçlara dahil edilerek masum hale getirilemez. Bu nedenle, Stresa Sözleşmesi'nin, Antlaşma hükümlerini dışarıda bırakacak şekilde uygulanması kabul edilemez⁵⁵⁷.

...Uzun zaman önce Hollanda'nın Edam bölgesinde yapılan peynir için kullanılan ismin, kökeni itibariyle yalnızca "Edam bölgesi peynirlerine" özel hale geldiği söylenemez. Bugünkü yaygın uygulamada "Edam" ismi köken belirtmemekte, bir peynir türüne işaret etmektedir. Stresa Sözleşmesi ise, "Edam" ismini sadece menşe belirtmek amacıyla korumaya almıştır. Oysaki Edam peyniri diye adlandırılan peynir türü, günümüzde, coğrafi bir sınırlandırma olmaksızın kullanılan bir tür/çeşit ismi halini almıştır. Mahkeme, daha önce de bir şeyin türünü ifade etmekte kullanılan genel isimlerin ulusal karaktere büründürülerek özelleştirilemeyeceğini ve bu ismin ifade ettiği ürünlere getirilen ulusal kısıtlamalarla diğer üye devletlerde yasaya uygun olarak üretilen ürünlerin ticaretinin kısıtlanamayacağını belirtmiştir⁵⁵⁸. Bu durum her zaman net anlaşılabilir, dava konusu edilen isim başlangıçta bir alana özgülenmiş olmayabilir; ancak "Edam" isminin şuanda genel bir isim olarak kullanıldığı açıkça görülmektedir. Bu nedenle, "Edam" ismi

⁵⁵⁶ C-12/74 Komisyon v. Almanya (1975) ECR 181; C-182/84 Miro BV. (1985) ECR 3731; C-178/84 Komisyon v. Almanya "Bier" (1987) ECR 1227.

⁵⁵⁷ C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4924, para.9. Ayrıca bkz. C-121/85 Conegate Limited v HM Customs and Excise (1986) ECR 1007; üye devletler arasındaki anlaşmaların, Birlik içi ticaret üzerindeki kısıtlamaları haklı çıkarmak için dayanak oluşturamayacağı vurgulanmıştır.

⁵⁵⁸ C-12/74 Komisyon v. Almanya, "Sekt und Weinbrand" (1975) ECR 181; C-193/80 Komisyon v. İtalya "Sirke-Vinegar" (1981) ECR 3019; C-182/84 Miro BV. (1985) ECR 3731; C-178/84 Komisyon v. Almanya "Bier" (1987) ECR 1227.

kullanımının, iddia edildiği gibi endüstriyel ve ticari mülkiyetin korunması ile ilgili AET Antlaşması'nın hükümleri çerçevesinde olmadığı açıktır⁵⁵⁹.

...Almanya'da Edam peynirine ilişkin 54 yıldır uygulanan %30 oranında yağ içeriğinin, 30 yıl önce imzalanan Konvansiyon hükümleri tarafından bertaraf edilmesi veya söz konusu ürünün ticaretinin kısıtlanmaya çalışılması, ticari işlemlerde adaletin sağlanmasını haklı kılan bir uygulama değildir. Bu uygulamaya gerekçe olarak gösterilen tüketiciyi koruma amacına dayalı zorunlu gereklilik ise orantısızdır ve içtihat hukukuna⁵⁶⁰ göre aynı amaca daha az kısıtlayıcı bir vasıta ile ulaşmak mümkündür.”⁵⁶¹

denilmiş ve sonuç olarak,

“Bir ticari adı korumayı amaçlayan ulusal düzenlemeler,

(1) ticari adın kullanımına yönelik ulusal veya ithal ürünlere yönelik kısıtlamalar, üye devletler arası ticareti engeller.

(2) ithal edilecek peynirler için asgari yağ oranı gözeterek, diğer üye devletlerde farklı teknik özellikler ile kalite gereksinimlerine uygun olarak üretilmiş ve yasal olarak pazara girmiş peynir unvanı kullanan ürünlerin ithalatını şarta bağlamaktadır.

Bu nedenle söz konusu düzenleme, AET Antlaşması'nın 30.maddesine (ABİA 36.madde) aykırı olarak ithalatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlem teşkil eder.”

şeklinde görüş bildirilmiştir⁵⁶².

⁵⁵⁹ C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4924, para.9, 13.

⁵⁶⁰ C-16/83 Karl Prantl (1984) ECR 1299 ve C-182/84 Miro BV. (1985) ECR 3731 davalarında, üye devletlerin "çeşitli adil ve geleneksel uygulamalarına saygı" kriteri yani karşılıklı tanıma ilkesi uygulanmıştır.

⁵⁶¹ C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4925, para. 14.

⁵⁶² C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4927.

Kararda karşılıklı tanıma prensibini uygulayan Divan, düzenlemenin bir zorunluluk nedeniyle haklı sebep oluşturup oluşturmadığını, sayılı istisnalardan olup olmadığını ve ne derece makul olduğunu incelemiş, sonuçta ileri sürülen gerekçeleri haklı bulmayarak düzenlemenin ticareti güçleştirdiği sonucuna varmıştır⁵⁶³. ABAD, bu sonuca ulaşırken önceki kararlarına atıf yaparak, Antlaşmadaki istisna hükmünün nasıl yorumlanması gerektiğine, menşe isminin kullanımına, karşılıklı tanıma prensibi ve zorunlu gereklilik kavramına açıklama getirmiş ve nihayetinde üye devletler arasında akdedilen anlaşmaların Birlik içi ticareti kısıtlayamayacağına kanaat getirerek⁵⁶⁴ ilgili mevzuatın bir eş etkili önlem oluşturduğuna karar vermiştir.

“Hollanda Edam Peyniri”ne ilişkin söz konusu dava, günümüzde Birlik düzeyinde uyumlaştırma yapılmasına neden olmuştur. Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri İçin Menşe Belirten Coğrafi İşaretlerin ve İsimlerin Korunmasına İlişkin 02.12.2010 tarih ve 1121/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü, Hollanda Edam Peynirinde kullanılacak maddelerin içeriğine ilişkin düzenleme getirmiştir. Ürünün üretiminden satışına kadar tüm unsurların belirlendiği düzenlemede, peynirin nihai yağ oranı % 40-44 arası olarak sabitlenmiş ve ürüne ilişkin 'Edam Hollanda' adı ile Avrupa Birliği Coğrafi İşaret Koruması (PGI) verilmiştir. Bundan sonra tüketicilerin raflarda ayırt edebilmesi için Edam Hollanda logosu ve ismini içerir işaretin ambalaj üzerinde gösterilmesi zorunlu kılınmıştır⁵⁶⁵.

Sonuç olarak ifade edilebileceği üzere, Adalet Divanı, köken işaretlemelerine ilişkin uygulamaları konu alan davalarda⁵⁶⁶, ürünün menşesi olan coğrafi alana özgü ayırt edici ve karakteristik özellikleri bulunması durumunda, menşe göstergelerinin ve

⁵⁶³ C-286/86 Ministère Public v Gérard Deserbais (1988) ECR 4927.

⁵⁶⁴ Aynı yönde bkz. C-121/85 Conegate Limited v HM Customs and Excise (1986) ECR 1007.

⁵⁶⁵ 02.12.2010 tarih ve 1121/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü metni için bkz. Avrupa Birliği Resmi Gazetesi [OJ (2010) L 317/14] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32010R1121> (20 Mart 2016).

⁵⁶⁶ C-3/91 Exportur SA v LOR SA and Confiserie du Tech (1992) ECR I-5529; C-47/90 Établissements Delhaize Frères et Compagnie Le Lion SA v Promalvin SA and AGE Bodegas Unidas SA, "Rioja şarapları" (1992) ECR I-3669.

isimlendirmelerinin hukuka uygun olduğunu; aksi halde yapılan işaretleme ve etiketlemelerin eş etkili önlem kabul edileceğini belirtmektedir⁵⁶⁷.

Divan'ın, bu görüşünü *Weinbrand Kalite Sekti*⁵⁶⁸ Kararında teyit ettiği görülmektedir. Davada, Almanya'daki bir hukuk düzenlemesi, Almanya menşeli veya Almanya'nın resmi dil olarak konuşulduğu ülkelerden gelen ürünlere yaygın olarak bilinen ve kullanılan 'Sekt' ve 'Weinbrand' isimlerinin verilmesi 34 üncü maddeye aykırı bulunmuştur. ABAD, ürünün menşesi toprakların ya da ürünün geldiği ülkenin dili kriterinin, coğrafi köken göstergesini haklı kılabilecek bir sebep olarak görülemeyeceğini belirtmiştir⁵⁶⁹; çünkü üretime konu içeceklerin özündeki üzümler özel bir nitelik yahut üretim metodu taşımamaktadırlar. Bir diğer anlatımla, ürünler hiçbir farklı nitelik taşımadığı için⁵⁷⁰ Almanya, genel olan "Sekt" ve "Weinbrand" ifadelerini kullanarak ürünlere ulusal bir nitelik kazandıramaz⁵⁷¹.

"Sekt" ve "Weinbrand" gibi isimleri yerli ürünlere adamak, diğer üye devletlerden gelen ürünler için tüketiciler tarafından daha az bilinen veya daha az rağbet gören isimleri kullanmaya mecbur bırakmak anlamına gelmektedir⁵⁷². Bu durum ise tüketicilerin, bilinen ve yaygın olarak kullanılan Sekt ve Weinbrand isimlerine yönelmelerine ve farklı şekilde adlandırılan ithal ürünlerin türünün de bu ürünlerle aynı olmasına rağmen ithal ürünleri tercih etmemelerine sebep olmaktadır. Söz konusu sebepler, Adalet Divanı'nın Alman hukuk düzenlemesini ticareti kısıtlayıcı kabul etmesi için yeterli görülmüştür.

⁵⁶⁷ C-12/74 Komisyon v. Almanya (1975) ECR 181, para.7.

⁵⁶⁸ C-12/74 Komisyon v. Almanya, "Sekt und Weinbrand" (1975) ECR 181.

⁵⁶⁹ C-12/74 Komisyon v. Almanya, "Sekt und Weinbrand" (1975) ECR 181, para.8. Benzer şekilde bkz. C-286/86 Ministère Public v. Gérard Deserbais (1988) ECR 4907.

⁵⁷⁰ C-12/74 Komisyon v Almanya, "Sekt und Weinbrand" (1975) ECR 181, para.10.

⁵⁷¹ C-12/74 Komisyon v Almanya, "Sekt und Weinbrand" (1975) ECR 181, para.16; Adalet Divanı'nın bu tutumu ile oluşan içtihadı karşısında Komisyon, 2098/92 [OJ (1992) L 208/1] sayılı düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur. Tüzük, gıda maddelerinin karakteristikleri ve coğrafi kökenleriyle bağlantılı bir kayıt prosedürü getirmiştir. Bu konuda bkz. Caoimhín MACMALOIN, "Free Movement of Foodstuffs, Quality Requirements and Consumer Protection: Have The Court and Commission Both Got It Wrong?" *E.L.Rev.* (2001) No:26, s.413-417.

⁵⁷² C-12/74 Komisyon v Almanya, "Sekt und Weinbrand" (1975) ECR 181, para.17.

2. Dolaylı Ayrımcı Önlemler

a. Genel Olarak

Şimdiye kadar, ayrımcılığın bilinen bir tanımı olarak ulusal mallar ile ithal mallar arasındaki farklılığı inceledik. Oysa bazen ayrımcılık, bazı eşit işlemler ve uygulamalar neticesinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, dolaylı ayrımcılık oluşturmakta ve bazen maddesel ayrımcılık veya ayrımcı olmayan uygulamalar olarak da adlandırılmaktadır⁵⁷³.

Dolaylı ayrımcı uygulamalar, yerli ve ithal ürünler bakımından ayırım yapmaksızın uygulanmaktadır fakat gerçekte ithal ürünler üzerine ikinci bir yük daha getirmektedir. Hukuk jargonunda ise bu durum; "Same Burden in Law, Different Burden in Fact" prensibi ile ifade edilmektedir yani hukuken aynı görünse bile, gerçekte ithal ürünler üzerine ikinci bir yük daha getiren uygulamalar için "hukuken aynı, gerçekte farklı yükler " denilmektedir⁵⁷⁴.

Bir önlem, ithal ürünler üzerinde hukuken farklı bir yük getirmekteyse ayrımcı bir uygulama olduğu düşünülmektedir, bu önlemin dolaylı bir uygulama olarak tasarlanmış olmasının önemi yoktur⁵⁷⁵. Gerçekten de, ev sahibi ülkede bulunan üretici veya tacir, yalnızca üretim yaptığı ülkenin mevzuatının ve kurallarının gereklerini karşılarken; ithalatçılar, hem ev sahibi ülkenin hem de ithalat yapılan ülkenin hukuki gereklerini karşılamak zorunda bırakılmaktadır ve bu noktada ikincil yükler ortaya çıkabilmektedir⁵⁷⁶. Bu yükler ise, ek mali yükümlülükler⁵⁷⁷ olabileceği gibi, ithalatçıların yerine getirirken fazladan zaman harcamasına sebep olabilecek yükümlülükler de olabilir.

⁵⁷³ BARNARD, s.88.

⁵⁷⁴ C-14/02 ATRAL SA v. Belgian State-Conseil d'Etat, "Alarm Systems and Networks" (2003) ECR I-4431, para.63.

⁵⁷⁵ BARNARD, s.86.

⁵⁷⁶ C-239/90 Boscher v. SA British Motors Wright (1991) ECR I-2023, para15.

⁵⁷⁷ C-4/75 Rewe-Zentralfinanz eGmbH v. Landwirtschaftskammer (1975) ECR 843, para.4; ithal edilen elmaların San José ölçeğinde kontrol edilmesi gerektiğini öngören uygulama, ek ücret getirmesi sebebiyle eş etkili önlem olarak kabul edilmiştir.

Komisyon, 1970 li yılların başında, ayrımcı olmayan yani dolaylı ayrımcı uygulamaların da malların serbest dolaşımına engel olma potansiyeline sahip olduğunu ifade ederek 70/50 sayılı Yönergenin 3 üncü maddesinde düzenleme getirmiş, Adalet Divanı da aynı yönde içtihat geliştirerek dolaylı ayrımcı uygulamaların, uygulamayı yapan üye devlet tarafından hukuka uygun olarak gerekçelendirilmediği sürece ithalat üzerinde bir engel ya da kısıtlama oluşturabileceğini belirtmiştir. Böylece, 34 üncü maddeyi salt ayrımcılık yapmama kıstasının ötesinde ele alan ilk Birlik düzenlemesi, 70/50 sayılı Yönerge olmuştur⁵⁷⁸.

İthalata konu mallara ikinci bir yük getiren uygulamalar için *Schloh*⁵⁷⁹ Davası örnek olarak gösterilebilir. Dava, ithal araçlardan talep edilen “yola elverişlilik testi”nin ithalatta daha zor ve pahalı uygulamalar getirmesi nedeniyle Birlik hukukuna aykırı olup olmadığına ilişkindir. Söz konusu test, ücret karşılığı yaptırılan teknik bir uygulamadır ve ithal edilen otomobillerin Belçika’da kayıt altına alınabilmesi için zorunlu tutulmuştur⁵⁸⁰.

Almanya’dan ithal ettiği Ford Granada marka otomobili kayıt altına aldırarak isteyen Belçika vatandaşı Schloh, aracı edinirken yaptığı masraflar ve ödediği vergilerin üstüne, ilk testten yalnızca birkaç gün sonra ve ikinci kez yaptırması gereken yola elverişlilik testini yaptırmak istememiş, kendisine dayatılan bu uygulamanın Birlik hukukuna aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir⁵⁸¹. Adalet Divanı ise önüne gelen bu uyuşmazlıkta, söz konusu uygulamanın ithalat yapanlara ek bir yük getirmesi ve malların serbest dolaşımını engelleyici etkisi nedeniyle dolaylı ayrımcı olduğuna karar vermiş ve Belçika düzenlemesini eş etkili önlem kabul etmiştir⁵⁸².

⁵⁷⁸ WHITE, s. 235; STEINER, Drawing the Line, s.749 vd.; Damian CHALMERS, "**Repackaging the Internal Market - The Ramifications of the Keck Judgment**", *E.L.Rev.* 1994, No:19, s.385.

⁵⁷⁹ C-50/85 Bernhard Schloh v. Auto contrôle technique SPRL (1986) ECR 1855.

⁵⁸⁰ C-50/85 Bernhard Schloh v. Auto contrôle technique SPRL (1986) ECR 1864, para.4. Ayrıca bkz. WEATHERILL, s.343; ÇÖPOĞLU, s.92.

⁵⁸¹ C-50/85 Bernhard Schloh v. Auto contrôle technique SPRL (1986) ECR 1864, para. 21 vd.

⁵⁸² Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.646; aynı yönde bkz. C-55/93 Johannes Gerrit Cornelis van Schaik (1994) ECR I-4837.

Benzer şekilde, *Komisyon ve Avusturya*⁵⁸³ Kararında, diğer üye devletlerde belirli teknik gereksinimlere uygun şekilde önceden kaydedilmiş olan ithal araçların, ulusal pazarda halihazırda kullanılıyor olmasına ve aynı niteliklere sahip olması nedeniyle tekrar tescil edilmesini gerektirecek herhangi bir husus bulunmamasına rağmen, Avusturya'da yeniden tescil ettirilmesini zorunlu kılan kural, eş etkili önlem kabul edilmiştir. Yakın tarihli *Komisyon ve İspanya*⁵⁸⁴ Kararında da, araçlar için Müsaade edilen azami 3,5 tonluk kütleyi aşan mallar için aracın ilk kayıt tarihinden itibaren en fazla beş ay içinde ek bir özel taşıma ruhsatı alınması yükümlülüğünü getiren 20 Mart 2007 tarihli FOM / 734/2007 sayılı "2007 Kararnamesi" isimli karayolu taşımacılığını düzenleyen yasanın uygulanmasına ilişkin usuller hakkındaki İspanyol düzenlemesinin 2. ve 31.maddeleri, ticareti zorlaştırması sebebiyle 34 üncü madde kapsamında eş etkili önlem olarak değerlendirilmiştir.

Yukarıda örnek olarak verdiğimiz kararlarda, ithal edilmek istenilen araçlara ev sahibi devlet tarafından ikinci bir defa yükümlülük getiren düzenlemeler eş etkili önlem kabul edilmişken, aşağıdaki bazı kararlarda bu uygulamaların kabul edilebilir olduğu ve eş etkili önlem oluşturmadığı görülmektedir⁵⁸⁵. Komisyonun da belirttiği gibi, malların serbest dolaşımının sağlanması uğruna yapılan yargulamalarda oluşturulan bakış açısı ve kıstaslar, zaman içinde farklılık gösterebilmektedir⁵⁸⁶.

*Komisyon ve Finlandiya*⁵⁸⁷ Kararı, bu anlamda güzel bir örnek olabilir. Kararda Divan, araçlar için ithalat lisansı arayan Fin uygulamasına izin vermiş, geleneksel olarak ayrımcı bir uygulamanın ancak yol güvenliğine ilişkin zorunlu gereklilik gerekçesi altında yargılanabileceğini belirtmiştir. *Douwe Egberts*⁵⁸⁸ Kararında ise,

⁵⁸³ C-524/07 Komisyon v. Republic of Austria (2008) ECR I-187, para.54-55.

⁵⁸⁴ C-428/12 Komisyon v. İspanya (2014) Dijital Rapor-Nisan 2014.

⁵⁸⁵ Örnek olarak bkz. C-297/05 Komisyon v. Hollanda, "Araçların yola elverişlilik testi" (2007) ECR I-7467.

⁵⁸⁶ Commission of the European Communities, **Free Movement of Goods: Guide to the Application of Treaty Provisions Governing Free Movement of Goods (Articles 28-30 EC)**, 2. Edition, SEC (2009) 673 final, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=EN&f=ST%209923%202009%20INIT> (7 Ocak 2018), s.8.

⁵⁸⁷ C-54/05 Komisyon v. Finlandiya (2007) ECR I-2473.

⁵⁸⁸ C-239/02 Douwe Egberts NV v. Westrom Pharma (2004) ECR I-7007.

"Böyle bir pranga ancak madde 36 da ortaya konan bir kamu yararı ... ya da diğerlerine göre sağlanması öncelikli gereksinim olan tüketicinin korunması gerekçesiyle makul görülebilir."⁵⁸⁹

denilmek suretiyle, ikincil yük getiren uygulamaların ancak *Cassis de Dijon* Kararında oluşturulan zorunlu gereklilik ölçütü altında ya da 36 ncı maddede yer verilen istisnalar kapsamında olduğu sürece uygulanmasına müsaade edilebileceği belirtilmiştir.

Nihayet, 2009 yılında verilen *Komisyon v. İtalya*⁵⁹⁰ Kararını izleyen diğer kararlarda, dolaylı ayrımcı uygulamalar kategorisinin yalnızca ürün gerekliliklerini kapsayacak şekilde indirildiği görülmektedir. Artık ürünlerle ilgili olmayan gereklilikler, ayrımcı olmamak kaydıyla *"diğer üye devlet menşeli ürünlerin başka bir üye devlet pazarına girişini kısıtlayan herhangi bir önlem"* başlığı altında ayrıca ele alınacak ve bu tip önlemler, dolaylı ayrımcı önlemler olarak nitelendirilmeyecektir. Bir diğer ifadeyle, bu karardan sonra, dolaylı ayrımcı önlem tabiri yalnızca ürün gerekliliklerine ilişkin uygulamalarda söz konusu olmaktadır.

b. İsim, Şekil, Ölçü, Ağırlık, Kompozisyon, Etiketleme ve Sunuma İlişkin Önlemler

İsim, şekil, ölçü, ağırlık, sunum, kompozisyon, etiketleme ve paketleme gibi kurallar içeren ürün gereklilikleri, dolaylı ayrımcı önlemler için klasik bir örnektir⁵⁹¹. *Keck* Kararının 15 inci paragrafında yer alan bu liste⁵⁹², 70/50 sayılı Yönergenin 3 üncü maddesini hatırlatmaktadır. Buna göre, ürün gereklilikleri içeren söz konusu önlemler, davanın her iki tarafı aynı ülkede olsa, yani sınır geçişi olmasa bile, devletlerarası ticareti etkileyici mahiyette kabul edilmektedir⁵⁹³. Bu önlemler, ürünlerin içeriğinde bulunması ya da bulunmaması gereken maddeleri belirleyen kurallar olabileceği gibi,

⁵⁸⁹ C-239/02 *Douwe Egberts NV v. Westrom Pharma* (2004) ECR I-7007, para.55.

⁵⁹⁰ C-110/05 *Komisyon v. İtalya, "Trailers-Römorklar"* (2009) ECR I-519.

⁵⁹¹ BARNARD, s.91. Aynı yönde bkz. STADLMEIER, s.54.

⁵⁹² Bkz. İkinci Bölüm II-B.

⁵⁹³ C-366/04 *Schwarz v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Saizburg* (2006) ECR I-10139, para.30; Birleşik dava C-158-159/04 *Alfa vita Vassilopoulos AE* (2006) ECR I-8135, para.20.

ürünlerin dış görünüşüne, paketlenmesine veya işaretlenmesine ilişkin de olabilmektedir.

(1) İçerik Denetimine İlişkin Kurallar

Üye devletler, bazı ürünlerin içeriğinde bulunması gereken hammaddeler veya diğer özellikler bakımından sınırlamalar getirmekte ve bu ürünler söz konusu sınırlamalara uygun olarak ithal edilmediği sürece iç pazarda satılmasına izin vermemektedirler. Bu tür uygulamalar ise ithal ürünler ile yerli ürünlerin üye devlet pazarında aynı koşullarda satılmasına engel olduğundan ayrımcılık oluşturmakta ve Adalet Divanı tarafından da eş etkili önlem kabul edilmektedir. At etinin işlenmesi yasağı⁵⁹⁴, ekmekteki katkı maddelerinin içeriği⁵⁹⁵, ekmekte müsaade edilen tuz içeriği⁵⁹⁶ ve süt tozlarının kullanımına ilişkin⁵⁹⁷ davalar, ürünlerin içeriğine ilişkin kuralların ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını incelemeleri bakımından örnek olarak verilebilir.

1980 lerde görülen *Drei Glocken*⁵⁹⁸ Davasında, kuru pastaların yalnızca özel bir çeşit olan “durum buğdayından” yapılmasını öngören İtalyan yasası, farklı türde bir buğday ya da anılan çeşit ile karışım şeklinde kullanılarak yapılan kuru pastaların İtalyan pazarına sunulmasını yasaklamıştır⁵⁹⁹. Tıpkı, hammaddeye ilişkin Almanya'nın Saf Bira Kanunu'nda yer alan düzenlemeye benzeyen bu hüküm, Divan tarafından eş etkili önlem olarak kabul etmiştir⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴ C-15/79 P.B. Groenveld BV v Produktschap voor Vee en Vlees (1979) ECR 3409.

⁵⁹⁵ C-130/801 Keldermann (1981) ECR 527.

⁵⁹⁶ C-17/93 J.J.J. Van der Veldt (1994) ECR I-3553. Dava, tuz içeriği % 2 den yüksek olan ekmeğin ve diğer unlu mamullerin satışının yasaklanması ve etiketlenmesi hakkında belirli bilgilerin verilmesi yükümlülüğüne ilişkindir.

⁵⁹⁷ C-298/87 Smanor SA (1988) ECR 4507; Dava, "derin dondurulmuş yoğurt" isminin kullanımının yasaklanmasına ilişkindir.

⁵⁹⁸ C-407/85 Drei Glocken GmbH and Gertraud Kritzingler v USL Centro-Sud and Provincia autonoma di Bolzano (1988) ECR 4233.

⁵⁹⁹ C-407/85 Drei Glocken GmbH and Gertraud Kritzingler v USL Centro-Sud and Provincia autonoma di Bolzano (1988) ECR 4234. Ayrıca bkz. ÇÖPOĞLU, s.101.

⁶⁰⁰ C-407/85 Drei Glocken GmbH and Gertraud Kritzingler v USL Centro-Sud and Provincia autonoma di Bolzano (1988) ECR 4245.

Alkollü içecekler hakkında iç hukukta alkol oranına ilişkin düzenlemenin yabancı malın ithalatını ve sürümünü engellemesi de eş etkili önlem kabul edilmektedir. Bu grubun en karakteristik kararı, *Cassis de Dijon*⁶⁰¹ Kararıdır. Bu davada Fransa'dan "*Cassis de Dijon*" isimli kuş üzümlü meyve likörü ithal etmek isteyen Alman REWE Şirketi, söz konusu içkinin %15 ile %20 arasında alkol oranı içermesi ve bu durumun, asgari %25 alkol oranını öngören Alman yasalarına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle yetkili⁶⁰² makamlardan gerekli izni alamamış ve talebi reddedilmiştir. Rewe Firması, Alman Tekel Tüzüğü'nde belirtilen alkol oranına uymadığı gerekçesiyle bir Fransız likörü olan *Cassis de Dijon*'un Almanya'da pazarlanmasına izin vermeyen Alman Tekel İdaresini, mahalli idare mahkemesinde dava etmiştir. Tekel Kanunu'ndaki alkol oranının %32 nin altında olamayacağına ilişkin hüküm, ithalatın engellenmesinin gerekçesidir. Rewe Firması, bu gerekçe ile ithalat yapamamanın eş etkili önlem oluşturduğunu iddia etmiş ve davayı kazanmıştır. Adalet Divanı, Fransız tüketiciler için zararlı olmayan alkollü içkilerini Alman tüketicilerin sağlığı açısından da zararlı olmadığını belirterek Almanya'nın dolaylı ayrımcı ulusal ithalat yasaklamalarını 34 üncü maddeye aykırı kabul etmiştir⁶⁰³.

Benzer şekilde, 1990 tarihli *Bellon*⁶⁰⁴ Davasında, bazı İtalyan unlu mamullerinin sorbik asit içerdiği gerekçesiyle ülkeye girişini yasaklayan Fransız düzenlemesi, Adalet Divanı'nca eş etkili önlem kabul edilmiştir. Sorbik asit içeren ürünlerin sağlığa olumsuz etkisinin ispatlanması gerektiği, bunun da Fransa'nın ulusal mevzuatında yer alması ve Fransa'da bizzat uygulanması şartına bağlı olduğu belirtilmiştir.

⁶⁰¹ C-120/78 Rewe Zentral AG v. Bundesmonopol Verwaltung für Brantwein, "*Cassis de Dijon*" (1979) ECR 649.

⁶⁰² C-120/78 Rewe Zentral AG v. Bundesmonopol Verwaltung für Brantwein, "*Cassis de Dijon*" (1979) ECR 649, para.3.

⁶⁰³ C-120/78 Rewe Zentral AG v. Bundesmonopol Verwaltung für Brantwein, "*Cassis de Dijon*" (1979) ECR 662, para. 9, 10, 11, 15. Aynı yönde bkz. C-434/04 Jan-Erik Anders Ahokainen and Mati Leppik (2006) ECR I-9171, para.22; Dava, alkol gücü seviyesi %80 den fazla değiştirilmemiş etil alkolün ithalatına ilişkin ön denetim hakkındadır.

⁶⁰⁴ C-42/90 Procédure Pénale Contre Jean-Claude Bellon (1990) ECR I-4863.

*Debus*⁶⁰⁵ Davasında ise, ulusal pazarında 20 gr.dan fazla sülfür dioksit içeren bira satışını yasaklayan İtalyan düzenlemesinin eş etkili önlem oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır. Yasak hükmü uyarınca, litrede 36,8 gr. sülfür dioksit içeren Fransız biralarının İtalya’da satışına izin verilmemiştir. Ancak biralar için geçerli olan bu durum, İtalya pazarında tüketimi daha fazla olan şaraplar için geçerli değildir⁶⁰⁶. Bu durumu dikkate alan Adalet Divanı, 36 ncı madde uygulamasında yerli ürün ile ithal ürün arasında ve benzer ürünler arasında keyfi ayrımcılığa dayanılamayacağını belirterek dolaylı ayrımcı uygulamanın 34 üncü maddeye aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir⁶⁰⁷.

(2) Dış Görünüşe İlişkin Kurallar

Malların dış görünüşüne ilişkin kurallar, dolaylı ayrımcı uygulamalar olarak kabul edilmektedir. Adalet Divanı, margarinlerin biçimi⁶⁰⁸, gümüş mallara ayar damgası yapılması⁶⁰⁹, köpüklü üzüm suyunu şişeleme şekli⁶¹⁰ öngören kuralların, dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir.

Ürünlerin paketlenmesine ilişkin bir dava olan 1982 tarihli *Rau*⁶¹¹ Davasına konu olayda, margarinler ile tereyağının karışmasını önlemek amacıyla margarinlerin küp şeklinde satışa sunulmasını düzenleyen Belçika, Almanya’dan ithal edilmek istenen dikdörtgen şeklindeki margarinleri, tüketicinin algısını değiştireceğinden bahisle kabul etmemiştir. Belçika iç pazarına sunulmadan önce ithal margarinlerin de küp şeklinde paketlenmesini öngören yasa hükmü, ithalatı zorlaştırıcı etki taşıdığından ticareti de dolaylı olarak engellemektedir. Menşe ülke kurallarına göre paketleme yapan üreticinin, bir de ithalat ülkesinin kurallarına uygun ambalajlama ve paketleme yapmasının şart koşulması ithalatçıya fazladan yük bindirecek ve malların serbest dolaşımını

⁶⁰⁵ C-13/91 Michel Debus (1992) ECR I-3617.

⁶⁰⁶ C-13/91 Michel Debus (1992) ECR I-3621.

⁶⁰⁷ C-13/91 Michel Debus (1992) ECR I-3625, para.7. Ayrıca bkz. ÇÖPOĞLU, s.113.

⁶⁰⁸ C-261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA (1982) ECR 3961.

⁶⁰⁹ C-220/81 Timothy Frederick Robertson ve diğerleri (1982) ECR 2349.

⁶¹⁰ C-179/85 Komisyon v. Almanya (1986) ECR 3879.

⁶¹¹ C-261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA (1982) ECR 3961.

kısıtlayacaktır. Bu nedenle Belçika gerekçesini orantılı bulmayan Divan, ürün üzerine konulacak bir işaret yahut etiket yardımıyla gerekli bilgilendirmenin yapılabileceğini belirterek ticareti engellemeden de aynı sonuca ulaşılabileceğini ifade etmiş, düzenlemenin zorunlu gerekliliklerden olmadığına karar vererek 34 üncü maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır⁶¹².

Benzer bir yaklaşım, *Komisyon v. Birleşik Krallık*⁶¹³ Kararında da görülmektedir. Kararda İngiltere, davaya konu kuralın aslında dolaylı bir uygulama olduğunu ve ayrımcılık sonucunu doğurmadığını iddia etmiş, Divan ise, gerekliliklerin malların kökenine ilişkin işaretlerle ilgili olduğunu ve yerli ile ithal ürünler arasında ayırım yapılmadan uygulanamayacağını belirterek söz konusu kuralın dolaylı ayrımcı bir uygulama olarak eş etkili önlem olduğuna karar vermiştir.

(3) Malların İsmine ve İşaretlenmesine İlişkin Kurallar

Malların ismine veya işaretlenmesine ilişkin kurallar da haklı sebep bulunmadıkça dolaylı ayrımcı uygulama olarak görülmektedir. Sirke işaretinin üzüm sirkesi için kullanılması⁶¹⁴ ve "likuer" olarak işaretlemeye⁶¹⁵ ilişkin olay kategorileri, dolaylı ayrımcılık oluşturan işaretleme kurallarına örnek gösterilebilir.

*Gilli & Andreas*⁶¹⁶ Davasına konu olayda, şarabın fermantasyonundan (maya) üretilen sirke haricinde herhangi başka bir maddeden üretilen sirke satışı yasaklanmıştır. Bu nedenle söz konusu İtalyan düzenlemesi, Almanya'da üretilen elma sirkesinin İtalya'ya girişine izin vermemektedir. Almanya'dan İtalya'ya elma sirkesi ithal etmek isteyenlerin dolandırıcılık suçundan kovuşturulması üzerine, İtalyan düzenlemesinin Birlik içi ticareti engelleyici eş etkili önlem oluşturup oluşturmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Adalet Divanı ise incelemesini yaparken *Cassis* formülüne atıf yaparak, üye

⁶¹² Aynı yönde bkz. C-177/83 Kohl KG v. Ringelhan and Rennett SA and Ringelhan Einrichtungen GmbH (1984) ECR 3651, para.15.

⁶¹³ C-207/83 Komisyon v. Birleşik Krallık (1985) ECR 1202.

⁶¹⁴ C-788/79 Herbert Gilli and Paul Andres "Re Italian Vinegar" (1981) ECR 2071.

⁶¹⁵ C-27/80 Anton Adriaan Fietje (1980) ECR 3839.

⁶¹⁶ C-788/79 Herbert Gilli and Paul Andres "Re Italian Vinegar" (1981) ECR 2071; Benzer dava C-17/93 J.J.J. Van der Veldt (1994) ECR I-3537.

devlet kısıtlamasının ‘zorunlu’ olmadıkça korumadan yararlanamayacağını ve eş etkili önlem oluşturacağını belirtmiştir. Düzenlemenin zorunluluktan kaynaklandığı ve muhakkak gerekli olduğunun ispatı ise hükmü uygulayan üye devletlere aittir⁶¹⁷.

Gilli & Andreas Kararı ile *Cassis* formülünü tamamıyla teyit eden Divan, haklı bir sebebin bulunması halinde hukuka uygun kabul edilecek olan kısıtlamaların yalnızca ayrımcı olmayan düzenlemeler bakımından geçerli olduğunu ve ancak orantılı olması halinde mazur görülebileceğini ifade etmiştir⁶¹⁸. Bu kapsamda, halk sağlığı ve tüketici haklarının korunması amacıyla söz konusu kısıtlamanın yapıldığını gerekçe gösteren İtalyan devletine, aynı amaçlara ambalaj üzerine eklenecek bir ifade ile ulaşılabileceği cevabını vermiş ve uygulama, eş etkili önlem kabul edilmiştir⁶¹⁹.

Bununla birlikte, üye devletlerin bu yöndeki uygulamalarına örnek teşkil eden *Re Beer Purity Laws*⁶²⁰ Davasında, bira üretiminde kullanılacak hammaddeleri sayan 1516 tarihli Alman Saf Bira Kanunu ve onu izleyen 1984 tarihli Alman Bira Vergi Kanunu'na göre; su, arpa, maya ve şerbetçiotu (mayaotu) dışında bir madde kullanılarak oluşturulan içkilerin Almanya iç pazarında “Bier” (bira) adı altında satılması yasaktır. İthalat yapan diğer devletlerde pirinç, mısır veya darıdan üretilen biraların Alman pazarına girmesine engel olan bu uygulamanın, tüketicilerin korunmasına yönelik olarak çıkarıldığı savunulsa da; bu sav Adalet Divanı'nın süzgecinden geçememiştir.

Karşılıklı tanıma ilkesi gereği bir üye devlette usule ve yasaya uygun olarak üretilen ve serbest dolaşıma sahip olan ürünlerin daima serbest olması gerekirken, tüketiciyi koruma maksadıyla çıkarıldığı belirtilen Alman düzenlemesinin, diğer üye devletlerde hukuka uygun üretilmiş biraları kendi iç hukuk düzenine uymaması gerekçesiyle kabul etmemesi, ilkenin ihlali anlamına gelmektedir. Kaldı ki, karşılıklı tanıma ilkesine uygun hareket edilmiş olsa dahi, ambalajların üzerine biranın içeriği ve

⁶¹⁷ C-788/79 Herbert Gilli and Paul Andres "Re Italian Vinegar" (1981) ECR 2078, para. 7, 12. Ayrıca bkz. YAVAŞI, s.42.

⁶¹⁸ C-788/79 Herbert Gilli and Paul Andres "Re Italian Vinegar" (1981) ECR 2078, para. 6. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.236.

⁶¹⁹ C-788/79 Herbert Gilli and Paul Andres "Re Italian Vinegar" (1981) ECR 2078, para. 7.

⁶²⁰ C-178/84 Komisyon v. Almanya “Reinheitsgebot für Bier” (1987) ECR 1227.

menşesinin yazılması ile mesele çözülebileceken⁶²¹ genel bir düzenlemeyle ithalatın engellenmesi, kamu menfaatine yönelik amacın maksadının fazlasıyla aşıldığını göstermektedir. Bu sebeplerle Adalet Divanı, Alman düzenlemesini hukuka aykırı bularak eş etkili önlem olarak değerlendirmiştir⁶²².

Re Beer Purity Laws Davasıyla benzerlik gösteren *Miro*⁶²³ Kararında ise, Hollanda Devleti düzenlemesine göre %35 in altında alkol oranına sahip içeceklerin “Gin” adıyla piyasaya sürülmesi kısıtlanmıştır. Belçika’dan ithal edilen Gin içkisinin alkol oranı ise %30 dur ve bu nedenle Hollanda iç pazarına girişi kısıtlanmıştır. Hollanda yasasının Birlik hukukuna uygun olup olmadığının sorulması üzerine Adalet Divanı, söz konusu yasa hükmünü eş etkili önlem olarak değerlendirmiş ve uygulamanın dolaylı ayrımcılık içerdiğini belirtmiştir⁶²⁴.

c. Reklam ve Piyasaya Giriş Kısıtlamaları

Dolaylı ayrımcı uygulamalar, reklam ve satış promosyonu teknikleri gibi durumlarda da göz önünde bulundurulmuştur⁶²⁵. 34 üncü maddenin kapsamına giren bir rekabet kısıtlaması, ithal ürünün, ev sahibi üye devletin pazarında satışının artırılması için önemli araçlar olan reklam ve tanıtım hakkından mahrum bırakılması suretiyle oluşmaktadır. Burada sadece hukuken değil, fiilen de eşit olmayan muamelelerin esas alınması söz konusu olur⁶²⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki, ürünlerin tanıtımlarının yapılması ya da piyasaya girişinin zorlaştırılmasına ilişkin ulusal önlemler, somut olayın özelliklerine göre bazı durumlarda doğrudan ayrımcı, bazı durumlarda ise dolaylı ayrımcı olabilmektedir.

⁶²¹ C-178/84 Komisyon v. Almanya “Reinheitsgebot für Bier” (1987) ECR 1271, para.35. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.239.

⁶²² C-178/84 Komisyon v. Almanya “Reinheitsgebot für Bier” (1987) ECR 1274, para. 44 vd.

⁶²³ C-182/84 Miro BV. (1985) ECR 3731.

⁶²⁴ C-182/84 Miro BV. (1985) ECR 3747, para. 26, 27.

⁶²⁵ C-382/87 R. Buet and Educational Business Services (EBS) v Ministère public “Müzayede yasağı” (1989) ECR 1235; Birleşik Dava C-1/90 ve C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivia SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalität de Cataluña (1991) ECR I-4151.

⁶²⁶ CAN, s.418; bkz. C-337/95 Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV. “Ticari marka hakları ve telif hakkı” (1997) ECR I-6013.

Uygulamada çoğunlukla dolaylı ayrımcılık şeklinde kendini göstermesi sebebiyle reklam ve satış promosyonlarına ilişkin tedbirler, dolaylı ayrımcı önlemler başlığı altında incelenmiştir. Fakat Adalet Divanı'nın değişen içtihatları içinde bu uygulamaların ayrımcılık kriterinden de arındırılarak *Keck* formülündeki belirli satış düzenlemelerine göre değerlendirildiği görülmektedir⁶²⁷.

Bu yaklaşıma göre, malların serbest dolaşımının ihlal edilmesi, artık rekabet kısıtlamalarının tek taraflı olarak sadece ithal ürünlerin aleyhine gerçekleştiğinde yani ayrımcı olduğunda söz konusudur⁶²⁸; bunun dışındaki durumlarda yani ayrımcı olmayan hallerde, belirli satış düzenlemesi olarak kabul edilmektedir ve 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi⁶²⁹ altında düzenlenmektedir. Örneğin *Blesgen*⁶³⁰ Davasına konu olayda, kafeteryalarda alkol oranı %22 den fazla olan içkilerin satışını yasaklayan Belçika düzenlemesi, hem yerli hem de ithal ürünlere uygulanmaktadır⁶³¹. Adalet Divanı, uygulamanın bir satış düzenlemesi olduğunu ve ayrımcı olmadığını, bu sebeple orantılı olduğu ölçüde kamu menfaatinin emredici gereklilikleri kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiş ve eş etkili önlem olmadığını karar vermiştir⁶³².

d. Maksimum, Minimum Satış Fiyatı ve Sabit Fiyat Uygulaması

Ürünlerde sabit fiyat uygulamaları, yabancı mallar için geniş oranda istisna tanıyor olsa bile, ithalatı zorlaştırıcı etkisi nedeniyle 34 üncü maddeye aykırı önlemler olarak kabul edilir⁶³³.

⁶²⁷ CAN, s.418.

⁶²⁸ Birleşik Dava C-1/90 ve C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivia SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (1991) ECR I-5243.

⁶²⁹ 11.05.2005 tarihli ve 2005/29/EC sayılı Konsey Yönergesi [OJ (2005) L 149/22].

⁶³⁰ C-75/81 Joseph Henri Thomas Blesgen v. Belçika (1982) ECR 1211.

⁶³¹ C-75/81 Joseph Henri Thomas Blesgen v. Belçika (1982) ECR 1217. Ayrıca bkz. ÇÖPOĞLU, s.21.

⁶³² C-75/81 Joseph Henri Thomas Blesgen v. Belçika (1982) ECR 1230.

⁶³³ C-82/77 Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v Jacobus Philippus van Tiggele (1978) ECR 25; C-27/80 Anton Adriaan Fietje (1980) ECR 3839 vd; C-229/83 Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc v SARL "Au blé vert" (1985) ECR 1 vd; C-231/83 Henri Cullet and Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers v Centre Leclerc à Toulouse and Centre Leclerc à Saint-Orens-de-Gameville (1985) ECR 305, 320 vd.

Belirtelim ki, asgari fiyatlar veya asgari kazanç aralığı gibi farksız olarak uygulanabilen fiyat düzenlemeleri, yerli ve ithal edilen ürünleri hukuken ve fiilen aynı şekilde etkilediği müddetçe, üye devletler arası ticareti düzenlemeye yönelmeyen "belirli satış modalitelerinden"⁶³⁴ sayılacağından, 34 üncü madde yasağı kapsamında değerlendirilmez. Fakat bir fiyat düzenlemesi, ithal edilen ürünlerin pazara girişini tıkamaya veya yerli ürünler için gösterdiğinden daha kuvvetli olarak engellemeye elverişli olması halinde 34 üncü maddenin kapsamına girer. İthal ürünlerin satımını imkansız kılan ya da yerli ürünler karşısında zorlaştıran bir tavan fiyat düzenlemesinde durum böyledir⁶³⁵. Aynı durum, asgari ve sabit fiyat düzenlemeleri ile devletçe bağlayıcı şekilde belirlenen fiyatlar için de geçerlidir⁶³⁶.

Belirli bir mal için maksimum ya da minimum fiyat belirlenmesi hakkındaki davalar, yukarıdaki kategoriler gibi dolaylı ayrımcılık için birer örnek teşkil etmektedir. Maksimum bir fiyat sabitlemek, ithal mallara karşı bir ayrımcılık oluşturabilir, çünkü eğer maksimum fiyat çok düşük ayarlanırsa, ithalatçının karşılayacağı ulaşım maliyetleri hesaba katılmamış olacaktır⁶³⁷. Nitekim ithalat, bir ülkede düşük maliyetle elde edilen ürünün diğer ülkelerde satılması suretiyle kazanç elde edilmesi amacını taşır. Diğer ülkelerde satış yapılabilmesi için de paketleme ve taşıma gibi ekstra masraflar söz konusu olur. Ancak satış yapılacak diğer ülkelerde, satış için bir üst sınır fiyatı belirlenmesi durumunda, ithalatçı, yerli üreticilerin karşısında dezavantajlı konuma düşürülmektedir. Öyle ki, yereldeki üreticilerin herhangi bir taşımacılık maliyeti söz konusu olmazken, ithalatçının yereldeki üreticiyle rekabet edebilmesi için ulaşım maliyetlerini de hesaba katarak azami satış fiyatı belirlenmiş ürünü kendi ülkesinde çok daha ucuza mal etmesi gerekir ve söz konusu durum, ithal malların tüm rekabet avantajını ortadan kaldırma riskini taşımaktadır.

⁶³⁴ C-267 ve 268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097; C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA (1995) ECR I-179; C-63/94 Belgapom v. ITM Belgium and Vocarex (1995) ECR I-2486.

⁶³⁵ C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291.

⁶³⁶ CAN, s.418.

⁶³⁷ BARNARD, s.88.

*Tasca*⁶³⁸ Kararı, maksimum fiyat düzenlemesine emsal niteliktedir. Kararda, her ne kadar yerli ve ithal ürünlere eşit şekilde uygulanan bir düzenleme söz konusu olsa da; uygulanan maksimum fiyat seviyesinin, ithalatı imkansız hale getirmese bile yerli ürünlerden daha zor şartlarla ticaret yapılmasına neden olması ve ticareti zorlaştırması nedeniyle eş etkili önlem kabul edileceği belirtilmiştir.

Dava konusu olayda, İtalyan hükûmeti, şeker için maksimum satış fiyatı belirlemiş, Riccardo Tasca ise belirlenen satış fiyatının üzerinde satış yapmaya başlamış ve bunun üzerine İtalyan makamları tarafından kovuşturmaya maruz bırakılmıştır. Tasca'nın, ilgili İtalyan düzenlemesinin Birlik hukukuna aykırı olduğunu iddia etmesi üzerine söz konusu dava, Divan önüne gitmiştir. Adalet Divanı, kararında, belirlenen maksimum satış fiyatının üzerinde satış yapmama yasağının eş etkili önlem olmadığını belirtmiş; ancak uygulamanın sonuçları açısından değerlendirdiğinde, uygulamanın ithalatı zorlaştırıcı etkisi bulunduğu sonucuna ulaşmıştır⁶³⁹. Daha az kârla ya da zararına satış yapmak durumunda bırakılan ithalatçıların⁶⁴⁰ Birlik içi ticarete dezavantajlı duruma düşmesine neden olan düzenleme, etkisi ve sonuçları itibariyle madde 34 yasağı kapsamında görülmüştür⁶⁴¹.

*Danis*⁶⁴² Kararında ise maksimum ya da minimum satış fiyatı belirlenmesi değil, fiyat sabitleyen bir ulusal düzenleme gündeme gelmiştir. Fiyat sabitleyen kural, ithal malların üretiminden tüketiciye ulaşana kadarki fiyat artışını engellediğinden, bir eş etkili önlem olarak kabul edilmiştir.

Maksimum fiyat düzenlemesi ve sabit fiyat uygulamasından sonra, minimum fiyat düzenlemesine ilişkin olarak *Van Tiggele*⁶⁴³ Davası örnek verilebilir. Dava konusu olayda; Hollanda; "Gin" içkisi için minimum satış fiyatı belirlemiş, Hollanda vatandaşı Van Tiggele ise belirlenen fiyatın altında satış yapmış ve hakkında cezai işlem

⁶³⁸ C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291.

⁶³⁹ C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291, para.13.

⁶⁴⁰ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.227.

⁶⁴¹ C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291, para.14.

⁶⁴² Birleşik Karar C-16-20/79 Danis (1979) ECR 3327, para.7.

⁶⁴³ C-82/77 Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v Jacobus Philippus van Tiggele (1978) ECR 25.

başlatılmıştır. Dava konusu içki için belirlenen minimum satış fiyatı, yerli ve ithal ürünlere ayırım gözetmeksizin uygulanmıştır. Ancak, üye devletlerin sabit fiyat belirlediği durumlarda ithal ürün kârlı bir şekilde pazarlanamadığından yerli ürün karşısında rekabet üstünlüğü zedelenmektedir⁶⁴⁴.

Söz konusu uygulamayı sonuçları açısından değerlendiren Adalet Divanı, fiyat kontrol kurallarının hem yerli hem de ithal ürünler üzerinde uygulanabilir olduğu için genel olarak eş etkili önlem oluşturmadığını, ancak bazı durumlarda oluşturabileceğini belirtmiş; örnek olarak, bir ulusal otorite tarafından fiyat sabitlendiğinde ya da özdeş yerli ürünlerle ilgili olarak ithal ürünlere kâr marjı seviyesi gibi bir dezavantaj getirildiğinde, ithal ürünlerin pazarlanmasının belirlenen koşullar nedeniyle kârlı bir şekilde yapılmasının zorlaşacağı ya da düşük fiyat avantajı kalmayacağından rekabet edilebilirliğinin zedeleneyeceği gerekçesiyle ithalatın engellenebileceğini ifade etmiştir⁶⁴⁵. Bu gerekçeye dayalı olarak, Hollanda'nın minimum fiyat uygulamasını, diğer üye devletlerde üretilen malların fiyat avantajlarını yok ettiği ve bu fiyat altında satış yapmak isteyen kişileri engellediğinden dolayı üye devletlerarası ticareti zorlaştırıcı mahiyette bulmuş ve eş etkili önlem olarak kabul etmiştir⁶⁴⁶.

Minimum satış fiyatına örnek bir diğer dava, 1991 tarihli *Komisyon v. Belçika*⁶⁴⁷ Davasıdır. Belçika yasaları tarafından ülke politikası olarak sigara satışına yönelik minimum satış fiyatı belirlenmiştir. Belçika'ya sigara ithal eden bir firma, yasa tarafından belirlenen fiyatın altında satmak istediği sigara paketleri üzerine kendi düşük fiyatlarını gösteren bir etiket yapıştırmak istemiştir. Bunun üzerine uyuşmazlık konusu

⁶⁴⁴ C-82/77 *Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v Jacobus Philippus van Tiggele* (1978) ECR 25, para.21; WEATHERILL, s.363; ÇÖPOĞLU, s.103.

⁶⁴⁵ C-82/77 *Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v Jacobus Philippus van Tiggele* (1978) ECR 39, para. 14, 19, 21, 26. Aynı yönde bkz. C-231/83 *Henri Cullet and Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers v Centre Leclerc à Toulouse and Centre Leclerc à Saint-Orens-de-Gameville* (1985) ECR 305; C-287/89 *Komisyon v. Belçika* (1991) ECR I-2233; C-442/02 *Caixa-Bank v. Ministère de l'Economie, des Finances and de l'industrie* (2004) ECR I-8961; Birleşik Dava C-94/04 ve C-202/04 *Cipolla v. Fazari* (2006) ECR I-2049 ve C-565/08 *Komisyon v. İtalya* (2011) ECR I-2101. Bu kararlar, Divanın, fiyat sabitlemeye ilişkin kararları ayrı bir kategoride değerlendirdiğini açıkça göstermektedir.

⁶⁴⁶ *Belgapom Davasında* ise Divan, sadece çok düşük kar sağlayan satış kuralının m.34 kapsamında olmadığını belirtmiştir; C-63/94 *Belgapom v. ITM Belgium and Vocarex* (1995) ECR I-2467.

⁶⁴⁷ C-287/89 *Komisyon v. Belçika* (1991) ECR I-2233.

Belçika yasasına ait hüküm, Komisyon tarafından ön karar usulü ile Adalet Divanı önüne getirilmiştir. Adalet Divanı, düzenlemenin ayrımcı niteliğini hiç dikkate almaksızın verdiği görüşünde, ithalata konu sigaraların daha az maliyetle üretilebileceğini ve tüketicinin de söz konusu ürünü daha ucuza temin edebileceğini göz önünde bulundurarak minimum fiyat belirleyen yasal düzenlemeyi 34 üncü maddeye aykırı bulmuş ve eş etkili önlem kabul etmiştir.

Adalet Divanı'nın fiyat belirlemelerine ilişkin bu istikrarlı tavrını, 2009 yılında verdiği *Libro*⁶⁴⁸ Kararına kadar sürdürdüğü, ancak *Libro* Kararı ile rotasını değiştirdiği görülmektedir. Divan'ın yeni görüşüne göre, maksimum satış fiyatı belirlenmesi, *Keck* formülü çatısı altında belirli satış düzenlemesi olarak sınıflandırılmalı ve hukuka uygun kabul edilmelidir⁶⁴⁹. Böylece, fiyat sabitleyen bir kural, *Keck* formülü kapsamında ilk kez belirli satış düzenlemesi olarak yorumlanmıştır. *Libro* Kararında, kitap fiyatlarının sabitlenmesine ilişkin ayrımcı bir uygulamanın, kamu yararının zorunlu gerekliliklerinden biri olarak değerlendirilmesini kabul etmiş, kitapların korunması gereken kültürel varlıklar olduğu⁶⁵⁰ ifade edilerek satış düzenlemeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu uygulama, bu gerekçeye dayandırılarak yasallık karinesinden yararlanabilmiştir, ancak sonuç olarak ayrımcı bir etki oluşturduğu için eş etkili önlem olmaktan kurtulamamıştır.

Divan'ın takip eden yorumlarında da *Keck* Kararındaki yaklaşım esas alınarak yerli ve ithal ürünleri hukuken ve fiilen aynı şekilde etkileyen satış fiyatı düzenlemeleri eş etkili önlem olmaktan çıkarılmıştır⁶⁵¹.

Ancak ilerleyen dönemde Adalet Divanı, maksimum ve minimum satış fiyatı getiren ulusal düzenlemelerin kamu yararı gerekçesiyle hukuka uygun olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Bu yorumu, yakın tarihli *İskoç Viski Derneği*

⁶⁴⁸ C-531/07 Fachverband der Buch und medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH (2009) ECR I-3717.

⁶⁴⁹ C-531/07 Fachverband der Buch- und medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH (2009) ECR I-3717, para.20-22.

⁶⁵⁰ C-531/07 Fachverband der Buch- und medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH (2009) ECR I-3717, para.34.

⁶⁵¹ CRAIG ve de BURCA, s.674; GÜRBÜZER, s.81/dn.239.

(*The Scotch Whisky Association*)⁶⁵² Davasındaki gerekçesinde açık bir şekilde görülebilmektedir. Dava, İskoçya'da alkollü içeceklerin perakende satışıyla ilgili olarak birim alkol için minimum fiyat ("MPU"- Minimum Price per Unit) uygulaması getiren ulusal mevzuat hükmünün geçerli olup olmadığı tartışmasına ilişkindir.

Alkolde minimum fiyatlandırmaya ilişkin İskoçya Yasası ("2012 Yasası"), İskoçya'da alkollü içeceklerin perakende satışı için minimum fiyat uygulaması öngörmektedir. 2012 Yasasına göre, alkol satışına ilişkin minimum fiyat belirleme yetkisi İskoç Hükümeti'ne aittir ve bu kural ikincil mevzuat olarak düzenlenmelidir. Bu bağlamda, İskoç Hükümeti, alkol satışı yapan tüm lisans sahiplerine uygulanmak üzere, İskoç Parlamentosu'nun onayı için minimum br/alkol fiyatı tasarısı hazırlamıştır. Buna göre, br/alkol minimum satış fiyatı, 0,50 sterlin (GBP) (yaklaşık olarak EUR 0.70) olarak sabitlenecektir⁶⁵³.

Söz konusu mevzuat hükmünün 34 üncü maddeye aykırı olup olmadığı sorusuna cevap veren Divan, öncelikle *Dassonville* ve *Juvelta*⁶⁵⁴ kararlarına gönderme yaparak; alkollü içeceklerin vergilendirilmesini artıran mali bir önlemin, Avrupa Birliği içindeki ürünlere minimum satış fiyatı dayatmaktan daha az kısıtlama getireceği ve malların serbest dolaşımını daha az etkileyeceğini belirtmiştir. Alkollü içecekler üzerindeki vergilerin artması gibi, böyle bir önlemin, insan hayatının ve sağlığın korunmasına yönelik bir hedefe ulaşmada, asgari satış fiyatı belirleyen bir önlem kadar etkili olabileceği ve malların serbest dolaşımını daha az kısıtlayacağı düşünülebilir⁶⁵⁵. Minimum satış fiyatı öngören böyle bir önlem, bazı üreticilerin veya ithalatçıların daha cazip perakende satış fiyatları sunacak şekilde düşük maliyet fiyatlarından yararlanmasını önleyerek rekabeti zedelemesi sebebiyle 34 üncü madde kapsamında değerlendirilebilir⁶⁵⁶. Kararın 21.paragrafında belirtildiği gibi, dava konusu düzenleme, bu ürünlerin vergilendirilmesinden farklı olarak, işletmecilerin perakende satış fiyatlarını belirleme özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlamakta ve sonuç olarak Birleşik

⁶⁵² C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015) Dijital Rapor-Aralık 2015.

⁶⁵³ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.5-8.

⁶⁵⁴ C-481/12 UAB 'Juvelta' v VĮ 'Lietuvos prabavimo rūmai' (2014) Dijital Rapor-Ocak 2014, para.16..

⁶⁵⁵ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.42, 44.

⁶⁵⁶ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.21.

Krallık dışındaki Üye Ülkelerde yasal olarak pazarlanan ürünlerin Birleşik Krallık pazarına erişimine ve bu pazarda adil rekabetin işletilmesine ciddi bir engel teşkil etmektedir⁶⁵⁷.

Ancak dava konusu edilen bu mevzuatın, hem genel anlamda nüfusun alkol tüketimini azaltmak hem de aynı zamanda tehlikeli ve zararlı olan alkol tüketimini azaltılmak gibi iki yönlü bir hedefi vardır⁶⁵⁸. Bu nedenle, kararda, söz konusu olan mevzuatın, madde 36 tarafından korunan varlıklar veya çıkarlar arasında en önde yer alan insan sağlığını ve yaşamını koruma amacını sürdürdüğü açık olduğundan, Üye Devletlerin, Antlaşmanın getirdiği sınırlar dahilinde, temin etmek istedikleri koruma derecesine karar vermeleri gerektiği belirtilmiştir⁶⁵⁹.

Divan, alkollü içkilerin asgari satış fiyatını belirleyen ve amacı, özellikle ucuz alkollü içkilerin fiyatını arttırmak olan bir tedbirin, genel olarak alkol tüketimini, özel olarak da büyük ölçüde ucuz olduğu için tercih edilen alkollü içkilerin tehlikeli veya zararlı tüketimini azaltabileceğini belirterek; insan yaşamının ve sağlığının korunması amacını güvenceye almak için uygun bir yöntem olduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir⁶⁶⁰. Bu gerekçeyle, şarapların perakende satışı için br/alkol başına asgari fiyat getiren söz konusu tedbirin, ortak tarım politikasının hedefleri göz önünde bulundurulduğunda, insan yaşamı ve sağlığın korunmasına yönelik bu hedefe ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmediği sürece hukuka uygun değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bu belirleme yapılırken ise, Adalet Divanı'na başvuru yapan ulusal mahkemenin, insan sağlığının ve hayatının korunması ile ilgili gerekçeler ışığında ulusal mevzuatı incelediği durumlarda, davadaki tüm ilgili faktörlerin detaylı bir analizini göz önünde bulundurarak, seçilen araçların, izlenen amaçların elde edilmesi için uygun olup olmadığı ve bu hedeflere, ürünlerin serbest dolaşımı ve ortak tarım politikası çerçevesinde daha az kısıtlayıcı başka önlemlerle ulaşıp ulaşılamayacağını mümkün olup olmadığını değerlendirmesi ve sonuç olarak, söz konusu tedbirin orantılılığını gözden geçirmesi gerektiği ifade edilmiştir.

⁶⁵⁷ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.46.

⁶⁵⁸ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.34.

⁶⁵⁹ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.35.

⁶⁶⁰ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.36.

Neticede, Adalet Divanı'nın bu değerlendirmeleri yaparak dava konusu ulusal düzenlemenin 36 ncı madde korumasından yararlanıp yararlanmayacağı yönündeki nihai kararı, orantılılık prensibi çerçevesinde incelenmek üzere yerel mahkemeye bıraktığı anlaşılmaktadır⁶⁶¹.

Aynı yönde verdiği bir başka kararında, Adalet Divanı, bir üye devlette bulunan satıcının, bir başka üye devlette bulunan tüketicilere perakende satış şeklinde alkollü içki ithal edebilmesini bir perakende satış lisansına sahip olması şartına bağlayan üye devlet düzenlemesinin 34 üncü madde kapsamında eş etkili önlem olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Avrupa Yatırım Grubu adına hareket eden Bay Visnapuu ile Finlandiya yasalarına aykırı olarak Fin tüketicilerine uzaktan satış ve teslimat ile ilgili Kihlakunnansyyttäjä (Bölge Savcılığı) arasındaki işlemlere konu edilen belirli içecek ambalajları ve alkollü içeceklerin perakende satışına yönelik tüketim vergisi ile ilgili davada, özellikle Finlandiya makamları tarafından sunulan sağlık ve kamu politikası gerekçelerinin, 36 ncı maddenin amacı doğrultusunda, diğer Üye Devletlerden kaynaklanan mallara karşı ayrımcılık yapmak veya belirli ulusal ürünleri korumak amacıyla dolaylı olarak kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu sebeple Adalet Divanı, söz konusu mevzuat ile ulaşılmak istenilen sağlık ve kamu politikasının korunması amacına, daha az kısıtlayıcı başka bir yöntemle ulaşılabileceğini ifade ederek; ulusal mahkemenin, anılan mevzuatın üye devletler arasındaki ticareti keyfi olarak engellememesi ve ayrımcılığa veya gizli bir kısıtlamaya yol açmaması gerektiğini de dikkate alarak 34 üncü maddeye aykırı olup olmadığına karar vermesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁶².

3. Tersine Ayrımcılık İçeren Önlemler

Bu başlık altında, diğerlerinden farklı olarak ithal ürünlere karşı değil, yerli ürünlere uygulanan ulusal kurallar incelenecektir. Bu durum, aynı zamanda ters ayrımcılık olarak da bilinmektedir.

⁶⁶¹ C-333/14 Scotch Whisky Association ve diğerleri v İskoçya (2015), para.53.

⁶⁶² C-198/14 Valev Visnapuu v Kihlakunnansyyttäjä (Helsinki) and Suomen valtio - Tullihallitus (2015) Dijital Rapor-Kasım 2015.

Divan'ın *Jongeneel Kaas*⁶⁶³ Kararında açıkladığı üzere, ters ayrımcılığa izin verilmekte, bir başka ifadeyle bu tür önlemler 34 üncü madde kapsamında değerlendirilmemektedir, çünkü bu durum, yerli üretimin kalitesini tüketicilere daha cazip hale getirecek kadar artırmak amacını taşıyan ulusal kuralları teşvik etmektedir. Bir diğer ifadeyle, yereldekii üreticilere kendi hükûmetleri tarafından ek ücretler getirilmekteyse de, bu üreticiler diğerlerine karşı kalite anlamında rekabet üstünlüğü kazanmaktadır. Üye devletlerin, bu şekilde kendi üreticilerinin daha kaliteli üretimler yapmasını ve rekabet piyasasında güç kazanmasını sağlamayı hedeflediği söylenebilir. Üstelik bu tür önlemlerin ticareti engelleyici bir etkisi de bulunmamaktadır.

Ters ayrımcılığa örnek teşkil eden *Pistre*⁶⁶⁴ Davasına konu olayda, bir Fransız, etiket üzerinde "dağ" kelimesinin yetkisiz kullanımı konusunda dava edilmiş ve savunmasında, Fransız hukukunun gelişmekte olduğunu ve dağ bölgesinin korunmasının 34 üncü maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ancak, Fransız Hükûmeti, olay Fransız topraklarında meydana geldiğinden ve Fransız ürünlerinin pazarlanmasına ilişkin olduğundan Birlik hukukunun uygulanmayacağını iddia etmiştir⁶⁶⁵. Her ne kadar yargılamanın düşmesi talep edilmişse de, Divan, yargılamaya devam edilmesi ve 34.maddenin uygulanması konusunda ısrarcı olmuş, *Dassonville*de benimsediği usul ve esasları gerekçe göstererek bir ulusal uygulamanın, malların ithalatıyla hiç bağlantısı olmaması durumunda 34.madde kapsamına girmediğini, çünkü belirli bir davanın tüm gerçeklerinin ulusal mahkeme önünde yalnızca tek bir üye devletle sınırlı olduğunu belirtmiştir⁶⁶⁶.

*Mathot*⁶⁶⁷ Davasında ise, Belçika'da üretilen tereyağının ambalajında belirli ayrıntıların bulunmasını gerekli kılan Belçika kuralı, üye devletlerden ithal edilen tereyağında aynı koşulu aramamaktadır. Yalnızca Belçika'daki üreticilere ve yine

⁶⁶³ C-237/82 *Jongeneel Kaas BV ve diğerleri v. State of the Netherlands and Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole* (1984) ECR 483.

⁶⁶⁴ Birleşik Dava C-321-322-323-324/94 *Jacques Pistre ve diğerleri* (1997) ECR I-2343.

⁶⁶⁵ Birleşik Dava C-321-322-323-324/94 *Jacques Pistre ve diğerleri* (1997) ECR I-2343, para.41.

⁶⁶⁶ Birleşik Dava C-321-322-323-324/94 *Jacques Pistre ve diğerleri* (1997) ECR I-2343, para.44.

⁶⁶⁷ C-98/86 *Arthur Mathot* (1987) ECR 809; aynı yönde bkz. C-9/99 *Echirolles Distribution SA v. Association du Dauphiné* (2000) ECR I-8207.

Belçika sınırları içinde uygulanan bu kural, ithalatı engellemediği için 34 üncü maddeyi ihlal etmediğine karar verilmiştir.

B. Pazara Girişi Engelleme Kriteri

1. Eş Etkili Önlemlerin Tanımına İlişkin Adalet Divanı'nın İlk İçtihadı: *Dassonville Kararı*

*Dassonville*⁶⁶⁸ Kararı için herşeyin başladığı nokta diyebiliriz. *Dassonville* Kararı, Adalet Divanı'nın eş etkili önlemler bahsine yönelik Birlik hukukuna şekil veren içtihatları açısından bir başlangıç olmuş; bugün yürürlükte olan ABİA m.34 ün temellerini belirlemiştir. Çünkü diğer tüm görüşler ve kararlar, *Dassonville* üzerine inşa edilmiştir. Divan hala *Dassonville* Kararı doğrultusunda hareket etmektedir. Kararın uygulama alanını kısmen daraltsa ve yeni formülasyonlar oluştursa da kararın temelindeki kıstaslarından ayrılmamaktadır.

Bu kararda yapılan tespitler, eş etkili önlem tanımına kademeli olarak ulaşılmasını sağlaması sebebiyle hukuk çevrelerince *Dassonville* formülü olarak da anılmaktadır. Divan'ın vermiş olduğu karar, eş etkili önlemlerin tespitine ilişkin içtihatların temelini oluşturmaktadır⁶⁶⁹. Divan'ın gelişen içtihatlarıyla sonradan şekillenecek olan formül, eş etkili önlem yasağının düzenlendiği 34 üncü maddenin çıkış noktasını anlama ve Divan'ın sonraki kararlarını yorumlama açısından büyük önem taşıdığından *Dassonville* Kararını daha yakından incelemek gerekir.

Davaya konu olayda, Bay *Dassonville*, Britanya'da usulüne uygun şekilde üretilen ve Fransa'ya ihraç edilen ünlü "Scotch Viskisini" Fransız piyasasından satın almış ve üretim sertifikası olmadan Belçika'ya ithal etmiştir. Belçika Hukuku uyarınca, korunan bir menşe adına sahip mallar, ancak ihraç ülkesinin ilgili makamlarınca verilen ve bu adı hak ettiklerini doğrulayan bir sertifika ile desteklenirse ithal

⁶⁶⁸ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 837.

⁶⁶⁹ Felicitas PARAPATITS, "The Influence of the (post) Keck Case Law on the Freedom to Provide Services", http://www.stiftung.at/wp-content/uploads/2012/06/The_Influence_of_the_post_Keck_Case_Law_on_the_Freedom_to_Provide_Services-Felicitas-Parapatits.pdf (21 Ocak 2018), s.3.

edilebilmektedir⁶⁷⁰. Bu duruma aykırı olarak yapılan ithalatlarda ise, üretim yapılan ülkenin menşe belgesine ilişkin resmi bir sevk irsaliyesinin ürüne iliştirilmemesi, Belçika yasalarınca suç teşkil etmektedir. Bu gibi paralel ithalatın söz konusu olduğu hallerde menşe ülkeden bahsi geçen sertifikayı alabilmek, üçüncü bir ülke için oldukça zor görünmekte⁶⁷¹ ve malların serbest dolaşımını engelleyici etkiye sahip olabilmektedir⁶⁷².

İlgili Belçika düzenlemesine bir çözüm arayan *Dassonville*, ürünün menşesinin İskoçya olduğunu gösteren bir belge düzenleyerek yetkililere ibraz etmiş, ancak Belçika makamları tarafından sahte belge düzenlemekten dolayı tutuklanmış ve hakkında ceza davası başlatılmıştır. Buna karşılık *Dassonville*, söz konusu Belçika yasalarının Birlik hukukuna aykırı olduğunu ve ticareti engeller mahiyette bulunduğunu ileri sürmüştür. *Dassonville*'in şikayeti üzerine uyuşmazlık, ön karar usulü ile Adalet Divanı önüne gelmiş ve Adalet Divanı'na eş etkili önlemler konusunun temelini oluşturacak meşhur tanımını yapma fırsatını vermiştir.

Eş etkili önlemlerin neler olduğu Birlik hukukuna ait mevzuatta tam olarak düzenlenmediğinden⁶⁷³, *Dassonville*'in açtığı dava sebebiyle üye devlet mahkemesi tarafından ABAD'ın yorumuna başvurulmuştur. Yerel Mahkeme tarafından Adalet Divanı'na, “*ihraç ülkesine ait menşe belgesi olmaksızın yapılacak ithalatlara yasaklayan dava konusu Belçika düzenlemesinin, Kurucu Antlaşmanın 28. maddesinde (ABİA m.34) yasaklanan miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerden biri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği*” hususunda soru yöneltilmiştir⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 839. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.639.

⁶⁷¹ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 848. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.639.

⁶⁷² C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 852, para.10, 12. Ayrıca bkz. BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.224; CANDAN, s.33.

⁶⁷³ 70/50 sayılı Komisyon Direktifi'nde eş etkili önlemler kavramı yalnızca örneklenmiş, net bir tanım verilmemiş ve sınırları belirlenmemiştir.

⁶⁷⁴ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 841. Ayrıca bkz. WEATHERILL, s.340; CANDAN, s.33.

Bunun üzerine Divan'ın vermiş olduğu kararda, Belçika düzenlemesinin miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak değerlendirilmesi gerektiği ve 34 üncü maddeye aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Çünkü yapılan işlem, serbest dolaşım halinde olan malların ithalatını dezavantajlı bir duruma düşürerek aynı malların kökeninin bulunduğu ülkeden doğrudan ithalat yapanlara üstünlük sağlamaktadır⁶⁷⁵. Bu tür formaliteler, üye devletler arası ticaret yönünden keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama doğurarak serbest dolaşıma engel rol oynamaktadır⁶⁷⁶. Bu sayede ithalatın ve pek tabii malların serbest dolaşımının dolaylı ve potansiyel olarak zorlaştırıldığı sonucu ortaya çıkmıştır. İlgili düzenlemenin etkisiyle meydana gelen sonuçtan yola çıkan Divan, eş etkili önlemlere yönelik nihai yorumunu yapmıştır. Söz konusu yorum uyarınca;

“Üye devletler tarafından uygulanan ve Topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı (açık veya gizli), bilfiil (gerçek) veya potansiyel olarak etkilemeye uygun ve kota benzeri etkiye sahip tüm ticari kurallar miktar kısıtlamasına eş etkili önlem” olarak görülmelidir⁶⁷⁷.

Kararda verilen tanımları analiz edersek; Birlik içi ticareti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleyen, ticareti bilfiil ya da potansiyel olarak etkileyen, muhakkak bir üye devlet tarafından (yahut kamu otoritesi kullanılarak yetkili organ tarafından) çıkarılan⁶⁷⁸ ve ticareti engelleme yeteneğine sahip bütün ticari kurallar, eş etkili önlemleri tespit eden kriterler olarak belirlenmiştir.

Tanımda geçen “bütün ticari kurallar” kavramı⁶⁷⁹, ekonomik faaliyetlerin üretim safhası dışında kalan ve pazarlama safhasını düzenleyen kuralları ifade etmektedir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 852, para.9. Ayrıca bkz. WEATHERILL, s.341; BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.225.

⁶⁷⁶ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 852, para. 9. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.640.

⁶⁷⁷ C-8/74 Dassonville, para. 5. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.639, WEATHERILL, s.341.

⁶⁷⁸ C-311/85 Vereniging van Vlaamse Reisebureau's v. Sociale Dienst de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten (1987) ECR 3821; C-159/00 Sapod-Audic v. Eco-Emballages SA (2002) ECR I-5031.

⁶⁷⁹ Ticari kurallar kavramı, Adalet Divanı içtihatlarında farklı şekillerde anılmıştır: C-190/73 Van Haaster (1974) ECR 1123 davasında “tek bir devlet düzenlemesi”; C-31/74 Ex p. Filippo Galli (1975) ECR 471 davasında “ulusal düzenleme” ve C-65/75 Ricardo v. Tasca (1976) ECR 291 davasında sadece “önlem” olarak yer almıştır.

Ticari işlemlere uygulanan veya ticari karaktere sahip ulusal düzenlemelerin tümü bu kavram içinde değerlendirilmektedir⁶⁸¹. O halde *Dassonville* formülünün anahtar sözcükleri olarak, “bilfiil ya da potansiyel etki”, “doğrudan ya da dolaylı etki”, “ticareti engellemeye elverişli düzenleme”, “kısıtlayıcı etki gösteren her türlü önlem” ve “üye devlet düzenlemesi” sayılabilecektir.

Adalet Divanı, burada, “*Dassonville* Formülü” olarak adlandırılan tanımı ile eş etkili önlemler kavramını çok geniş ele almış⁶⁸², böylece yasağın kapsamını genişletmiş⁶⁸³; bu formülü, Birlik içinde ekonomik hayatı düzenleyen ve malların satışını etkileyen ulusal kuralların AB Hukuku ile çatışıp çatışmadığı konusunda bir ölçü olarak kullanmıştır⁶⁸⁴. Ancak tahmin edilebileceği gibi formülün bu geniş yaklaşımı, ilerleyen dönemde karşılaşılan davalar bakımından sorun olmuş, formülün uygulanması Birlik içi ticaretin korunmasını temin edememiş ve yeni formüller geliştirme ihtiyacı doğmuştur⁶⁸⁵.

Kararda; ortak pazar sınırları dahilindeki ticareti engelleme yeteneğine sahip herhangi bir üye devlet düzenlemesinin veya ithalat işlemlerini gereksiz yere zorlaştıran

⁶⁸⁰ BARNARD, s.92.

⁶⁸¹ CANDAN, s.112.

⁶⁸² C-8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville (1974) ECR 854. Pazar tatili gibi sosyal-ekonomik amaçlarla uygulanan ancak Topluluk içi ticarete etkisi olan bütün ticari düzenlemeler, bu formül kapsamında değerlendirilmektedir; C-145/88 Torfean Borough Council v. B & Q plc (1989) ECR 3851. Ayrıca bkz. THORVALDSSON, s.12.

⁶⁸³ Adalet Divanı'nın, eş etkili önlem kavramını geniş ele alması ve kavrama yönelik yeni koşullar getirmekten kaçınması, günün koşullarındaki Birlik hukuku göz önünde bulundurulduğunda, Birlik mevzuatındaki belirsiz çizgiler nedeniyle kanaatimizce de isabetli olmuştur.

⁶⁸⁴ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.228.

⁶⁸⁵ Bkz. İkinci Bölüm II-A'da yer alan kararlar. Ayrıca bkz. PARAPATITS, s.6; Donald H. REGAN, "An Outsider's View of Dassonville and Cassis de Dijon: On Interpretation and Policy", Miguel Poiars Maduro and Loïc Azoulay (Ed.), **The Past and Future of EU Law -The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty** içinde (465-473), 2010, s.466.

uygulamaların⁶⁸⁶ 34 üncü madde kapsamında değerlendirileceğini belirtmiş ve kısıtlayıcı etkinin muhtemel olarak var olmasının yeterli görüleceğini ifade etmiştir⁶⁸⁷.

Bu görüşte yer alan "üye devlet tarafından uygulanan düzenleme" kavramı, 70/50 sayılı Yönerge hükümleri uyarınca kamu otoritesi tarafından çıkarılan her türlü düzenleme, işlem veya idari uygulamanın ticareti olumsuz etkilemesi halinde eş etkili önlem olarak nitelendirileceği görüşüyle paralellik arz etmektedir⁶⁸⁸.

Öte yandan, Komisyonun 70/50 sayılı Yönergede ayrımcılık içermeyen kısıtlamalara ilişkin yer verdiği ayırımın, *Dassonville* Kararıyla birlikte önemini yitirdiği görülmektedir⁶⁸⁹. Öyle ki, kararda odak noktası olarak genel anlamda "ayrımcılık yasağı" baskındır⁶⁹⁰; doğrudan-dolaylı ayrımcılık şeklinde bir değerlendirme yapılmamıştır. Bununla birlikte, 70/50 sayılı Yönergede yer alan orantılı olma ilkesi de *Dassonville* formülünde göz önünde bulundurulmamıştır⁶⁹¹. Burada, Divan'ın eş etkili önlem tespiti yaparken dikkat ettiği iki nokta vardır: Bunlardan birincisi, ulusal önlemin, Birlik içi ticareti doğrudan veya dolaylı, fiilen ya da potansiyel olarak güçleştirme yeteneğine sahip olup olmadığı sorusu, ikincisi ise ulusal önlemin oluşturduğu etkinin esas alınmasıdır⁶⁹².

Şayet önlem, ticareti güçleştirici nitelikte ise bu husus yeterli kabul edilmekte ve söz konusu önlem için miktar kısıtlamasına eş etki doğurduğundan bahsedilebilmektedir. Böylece, ithalatta miktar kısıtlamalarına benzer önlemler yasağına neredeyse sınırsız bir uygulama alanı açılarak, üye devletlerin hukuk düzenlerindeki gizli ithalat engellerinin bertaraf edilmesi amaçlanmıştır⁶⁹³.

⁶⁸⁶ CANDAN, s.34; BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.224.

⁶⁸⁷ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 852, para. 5. Ancak sonraki bazı kararlarında Divan, ticareti zedeleyici etkinin çok dolaylı ve belirsiz olması ve yakın bir bağlantı bulunmayı gereğiyle ihlali kabul etmemiştir; C-93/92 CMC Motorrad-center (1993) ECR I-5009.

⁶⁸⁸ CANDAN, s.112.

⁶⁸⁹ ÇÖPOĞLU, s.83-89.

⁶⁹⁰ WEATHERILL, s.340.

⁶⁹¹ STEINER ve WOODS, s.157.

⁶⁹² C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 841.

⁶⁹³ CAN, s.409.

Ulusal önlemin oluşturduğu etki bakımından ise, düzenlemenin eş etkili önlem sayılabilmesi için bu düzenleme ile onun ticarete yaptığı etki arasında zayıf da olsa bir nedensellik ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Burada temel unsur, devletlerarası ticareti kısıtlayıcı etkidir⁶⁹⁴; düzenlemenin ayrımcı olması gerekli değildir⁶⁹⁵.

Divan'ın, anılan doğrultuda hüküm kurduğu sonraki kararlarında da görüleceği üzere; hükümetçe belirlenen azami satış fiyatının üzerine çıkmak⁶⁹⁶ yahut belirli bir fiyat sabitlemek⁶⁹⁷ gibi ithal araçların tescili için yerine getirilmesi istenen uzun prosedürler de⁶⁹⁸, Birlik içinde ithal ürünlerin satışını zorlaştırması nedeniyle eş etkili önlem kabul edilmiştir. Esasen ayrımcı olmayan bir uygulamanın sonuç itibariyle miktar kısıtlaması ile aynı etkiyi göstermesi, eş etkili önlem kabul edilmesi için yeterli görülmüştür. Ancak bir uygulamanın varsayımsal olarak ticareti kısıtlayıcı etkisinden bahsedilemeyecektir⁶⁹⁹; önlemin en azından üye devletlerarası ticareti engellemeye yönelik tehlike yaratması gerekir⁷⁰⁰.

Dassonville'den sonraki kararlarında, Adalet Divanı'nın, bir uygulamanın eş etkili önlem olup olmadığını belirlerken sonuçlarını ve ticarete olan etkisini esas aldığı görülmektedir. Genel bir gözlemden yola çıkıldığında, uygulamada Divan'ın formül kapsamında değerlendirdiği dava konuları; ithalatın fiilen yasaklanması veya zorlaştırılması, menşe belgesi istenmesi⁷⁰¹, fiyat sınırlaması getirilmesi, işyerlerinin

⁶⁹⁴ WEATHERILL, s.340.

⁶⁹⁵ CRAIG ve de BURCA, s.640; CANDAN s.111.

⁶⁹⁶ C-65/75 Riccardo Tasca (1976), ECR 291: Tacir, bu tür bir fiyat yüzünden ithal ürünler yönünden kar marjını kısmak durumunda kalıyor veya zarar ediyorsa miktar kısıtlaması ile aynı etkiyi yapması nedeniyle eş etkili önlem kabul edilir.

⁶⁹⁷ C-82/77 Openbaar Ministerie v. Van Tiggele (1978) ECR 25, para.16; C-65/75 Riccardo Tasca (1976), ECR 291; C-56/87 Komisyon v. İtalya (1988) ECR 2919; C-181/82 Roussel Laboratoria BV v. Hollanda (1983) ECR 3849.

⁶⁹⁸ C-154/85 Komisyon v. İtalya (1987) ECR 2717; C-50/85 Bernhard Schloh v Auto contrôle technique SPRL (1986) ECR 1855.

⁶⁹⁹ C-69/88 H. Krantz GmbH & Co. v Ontvanger der Directe Belastingen and Netherlands State (1990) ECR I- 583; C-126/ 91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. v Yves Rocher GmbH (1993) ECR I- 2361.

⁷⁰⁰ CANDAN, s.118.

⁷⁰¹ C-298/87 Smanor SA (1988) ECR I-04489; C-113/80 Komisyon v. İrlanda (1981) ECR I-01625; C-207/83 Komisyon v. Birleşik Krallık (1985) ECR I-1202.

Pazar günleri çalıştırılmasının yasaklanması⁷⁰², belirli malların ev sahibi üye ülke tarafından desteklenmesi⁷⁰³, minimum veya maksimum fiyat belirleyen idari düzenlemeler yapılması⁷⁰⁴, yerel ürünlerin kullanılması konusundaki politikalar ve yükümlülükler⁷⁰⁵, sistematik şekilde tekrarlanan kontroller ya da incelemeler yapılması⁷⁰⁶, ithalatın izne bağlanması, sertifika yahut lisans mecburiyeti⁷⁰⁷, ithalatçı üye ülkeye temsilci atanma zorunlulukları⁷⁰⁸, ithalat işlemlerinde depozit uygulanması ve yerli ürünü destekleyici faaliyetler olarak tespit edilebilir ve bu düzenlemeler birer eş etkili önlem niteliğindedir. Adalet Divanı'nın *Dassonville* Formülünü uygulayarak yorumladığı davalarda dikkate aldığı kıstaslar ise aşağıda daha yakından incelenecektir.

a. Kamu Otoritesi Tarafından Oluşturulma ve Uygulanma

Dassonville Kararına göre, bir düzenlemenin ticareti engelleyici etkisi sebebiyle eş etkili önlem kabul edilebilmesi için bir üye devlet tarafından oluşturulması gerekmektedir⁷⁰⁹. Adalet Divanı'nın sonraki içtihatlarında ise bu ölçüte açıklık kazandırılarak üye devlet düzenlemesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuş ve kavramın uygulama alanı genişletilmiştir. Bunun en bariz örneği, *Buy Irish*⁷¹⁰

⁷⁰² C-145/88 Torfaen Borough Council v. B&Q plc (1978) ECR I-03851.

⁷⁰³ C-269/83 Komisyon v. Fransa (1985) ECR I-00837; C-266-267/87 The Royal Pharmaceutical Society (1989) ECR I-1295.

⁷⁰⁴ C-75/65 Riccardo Tasca (1977) ECR I-00291; C-82/77 Openbaar Ministerie v. Van Tiggele (1978) ECR I-00025; C-127/87 Komisyon v. Yunanistan (1988) ECR I-3333.

⁷⁰⁵ C-72/83 Campus Oil Ltd. et. al. V. Minister for Energy et. al. (1984) ECR I-02727; C-263/85 Komisyon v. İtalya kararı (1991) ECR I-02457; C-137/91 Komisyon v. Yunanistan (1992) ECR I-2032.

⁷⁰⁶ C-104/75 Officier van Justitie v. De Peijper (1976) ECR I-00613, C-132/80 NV United Goods v. Belçika (1981) ECR I-00995; C-35/86 Simmenthal SpA v. İtalian minister for Finance kararı (1976) ECR I-01871.

⁷⁰⁷ C-51-54/71 International Fruit Company v. Produktschp voor Groenten en Fruit (1971) ECR I-01107; C-52/77 Cayrol v. Giovanni Rivoira (1977) ECR I-1977; C-8/74 Procureur du Roi v. Dassonville et. al. (1974) ECR I-837.

⁷⁰⁸ C-247/81 Komisyon v. Almanya (1984) ECR I-111; C-155/82 Komisyon v. Belçika (1983) ECR I-531.

⁷⁰⁹ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 852, para. 6. vd. Ayrıca bkz. BARNARD, s.76; Mary QUINN and Nicholas MACGOWAN, "Could Article 30 impose obligations on individuals?" *E.L.Rev.* 1987, No.12, s.163-167. Ayrıca bkz. C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4005.

⁷¹⁰ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4005.

Kararıdır. *Buy Irish* Kararıyla birlikte, üye devlet kurumlarının yanı sıra, devlet destekli kurumlar tarafından oluşturulan veya desteklenen düzenlemeler ve uygulamalar da 'üye devlet düzenlemesi' adı altında kabul edilmektedir. Burada, "kamu otoritesi tarafından oluşturulmuş olma yahut kamu otoritesi tarafından uygulanıyor olma" kriteri esas alınmıştır.

İrlanda Hükûmetinin yerli ürünleri tanıtıcı kampanyalara destek vermesinin Birlik içi ticareti kısıtlayıcı potansiyel etkisi sebebiyle eş etkili önlem kabul edilmesine ilişkin daha evvel incelemiş olduğumuz *Buy Irish* Kararında; Divan, her ne kadar başarıya ulaşmamış olsa da İrlanda Hükûmeti tarafından oluşturulan bir Konsey tarafından başlatılan ve desteklenen kampanyanın, kamu otoritesinin yoğun olarak hissedildiği doğrudan ayrımcı uygulamalar içerdiğini ve dolaylı olarak bağlayıcı bir işlem etkisi doğuracağını belirtmiştir⁷¹¹.

Adalet Divanı bu dava ile 70/50 sayılı Yönergede belirtildiği gibi yalnızca şekle değil, "içerik ve öz"e bakarak değerlendirme yapmış, bunun yanında *Dassonville* formülünde olduğu gibi üye devlet uygulamasının ticareti engellemeye elverişli potansiyel etkisini, eş etkili önlem niteliği taşıması açısından yeterli saymıştır. Ancak *Dassonville* Kararında odak noktası olarak düzenlemenin "ticarete etkisi"ni esas alan Divan, burada düzenlemeyi yapan "üye devletin niyetini" odak noktası yapmış⁷¹² ve ulusal önlemin sonucunu ve etkisini geri planda bırakarak *Dassonville* formülünden ayrılmıştır.

Ticareti engelleyici bir düzenlemenin ancak kamu otoritesi kullanılarak uygulanması halinde eş etkili önlem teşkil edebileceği yönünde *Dassonville* Kararını takip eden diğer davalar ise *CMA-Gütezeichen*⁷¹³ ve *Apple and Pear*⁷¹⁴ Davaları olarak gösterilebilir. *Dundalk Water*⁷¹⁵ Davası da, İrlanda'nın yetkili organı olan Dundalk

⁷¹¹ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4018, para. 6, 20, 21, 26, 29. Ayrıca bkz. WEATHERILL, s.358.

⁷¹² C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4019, para. 11.

⁷¹³ C-325/00 Komisyon v. Almanya (2002) ECR I-9993.

⁷¹⁴ C-222/82 Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd vd. (1983) ECR 4083.

⁷¹⁵ C-45/87 Komisyon v. İrlanda (1988) ECR 4929.

Konseyi tarafından yapılan kamu ihale alımlarında yerli üreticilerin desteklenmesini eş etkili önlem kabul etmesi bakımından bu davalarla benzerlik göstermektedir.

Diğer taraftan, 34 üncü maddenin, kim veya kimler tarafından çıkarılan düzenleme ve kurallara uygulanacağı sorusu, bu hükmün kamu otoritesini kullanma yetkisine sahip olan özel hukuk kişileri ve kamu kuruluşları üzerindeki doğrudan etkisine işaret etmektedir. Ancak bu doğrudan etkinin dikey mi yoksa yatay mı olduğu hukuk çevrelerinde hala tartışılan bir konudur⁷¹⁶. Yorumcuların çoğu, fikri sınai mülkiyet alanı dışında, 34 ve 35 inci maddelerin yalnızca dikey doğrudan etkiye sahip olduğunu ve bu yüzden özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde geçerli olmadığını, nitekim özel hukuk kişileri arasındaki eylemlerin zaten ABİA m.101 vd. hükümleri çerçevesinde rekabet kurallarıyla kısıtlanmakta olduğunu savunmaktadır⁷¹⁷. Adalet Divanı'nın *Fra.bo*⁷¹⁸, *API*⁷¹⁹ ve *Buy Irish*⁷²⁰ Kararları da, 34 üncü maddenin dikey doğrudan etkisi olduğuna ilişkin yaklaşımı destekler mahiyettedir⁷²¹.

Madde 34 ve 35 in yatay doğrudan etki teşkil edip etmediği sorusu, *Angonese*⁷²² Kararıyla önem kazanmıştır. Hükümlerin etkisi, büyük ölçüde kamu kuruluşlarının eylemleri ile sınırlı kabul edilmiş ve sonuç olarak prensipte bu maddelerin yatay doğrudan etkisi olmadığı kabul edilmiştir⁷²³.

ABİA 34 üncü maddesinin, üye devletleri ve kamu otoritesine sahip kişileri işaret ettiği, buna rağmen sözleşme serbestisine sahip olan özel hukuk kişilerini

⁷¹⁶ BARNARD, s.77.

⁷¹⁷ C-82/77 Openbaar Ministerie v. Van Tiggle (1978) ECR 25. Aynı yöndeki kararlar için bkz. C-65/86 Bayer AG v. Süllhöfer (1988) ECR 5249 ve Birleşik Dava 177-178/2 Van de Haar, para.114. ABİA m.101 ve 34 ün birbirinden bağımsız olduğuna ilişkin bkz. C-438/05 International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti (2007), ECR I-10779, para. 34-56.

⁷¹⁸ C-171/11 Fra.bo SpA v. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) — Technisch-Wissenschaftlicher Verein (2012) ECR 453.

⁷¹⁹ Birleşik Karar C-266-267/87 (1989) ECR 1295.

⁷²⁰ C-249/81 Komisyon v. İrlanda; "Buy Irish Campaign" (1982) ECR 4005.

⁷²¹ BARNARD, s.77.

⁷²² C-281/98 Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA (2000) ECR I-4139.

⁷²³ Aynı yönde bkz. C-159/00 Sapod-Audic v. Eco-Emballages SA 2002 ECR I-5031. Ayrıca bkz. STEINER ve WOODS, s.415.

kapsamadığına ilişkin görüşün *Sapod-Audic*⁷²⁴ Kararında da kendini gösterdiği görülmektedir. Somut uyuşmazlıkta, geri dönüştürülebilir logosu anlamı taşıyan yeşil bir noktanın ürün ambalajlarına eklenmesi için sözleşme ile öngörülen bir yükümlülük bulunmaktadır. Divan, sözleşmeden kaynaklanan bu yükümlülüğün, üye devletlerarası ticareti engellediği kabul edilemeyeceğinden 34 üncü maddeye aykırılık oluşturmadığını, çünkü bu yükümlülüğün özel hukuk kişileri arasında kararlaştırılmış olduğunu ve bir üye devlet veya kamu otoritesi tarafından yürürlüğe konulmadığını belirtmiştir. Bu karar aynı zamanda 34 üncü maddenin yatay doğrudan etkiye sahip olamayacağı görüşünü de desteklemektedir.

Belirtelim ki, bir düzenlemenin 34 üncü madde amaçlarını ihlal eder nitelikte kabul edilerek eş etkili önlem sayılabilmesi için; öncelikle bir kamu otoritesi eliyle oluşturulması ve bu düzenlemenin üye devlet tarafından uygulanan genel bir önlem olması aranmaktadır. Bu tür önlemler eş etkili önlem tanımına gireceğinden, 34 üncü madde yasağının söz konusu üye devletler ve kamu otoriteleri üzerinde dikey doğrudan etkisi bulunmaktadır. Ancak salt özel hukuk kişileri arasında uygulanan önlemler eş etkili önlem olarak kabul edilmediğinden, bu tür uygulamalar yapan özel hukuk kişilerinin rekabet hukuku kurallarına tabi olacağı ve bu kişiler üzerinde 34 üncü maddenin yatay doğrudan etkisinin bulunmadığı yönünde içtihat ve doktrinde fikir birliği bulunmaktadır. Ancak buna rağmen, Adalet Divanı'nın, zaman zaman bu görüşü terk ederek aksi yönde de karar verdiğini belirtmek gerekir. Bu doğrultuda, Divan'ın, madde 34 ve 35 in, yalnızca devlet veya devlet destekli kuruluşları değil; özel kişilerin pazara girişi kısıtlayıcı önlemleri de kapsadığına ilişkin vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır.

*Ex p. API*⁷²⁵ Davasında, eczacılıkta mesleki bir kurum olan İngiltere Kraliyet İlaç Topluluğunun 34 üncü madde kapsamında değerlendirileceğini belirtmiş; *Fra.bo*⁷²⁶

⁷²⁴ C-159/00 Sapod-Audic v. Eco-Emballages SA 2002 ECR I-5031, para.74. Aynı yönde bkz, Gareth DAVIES, “**Process and production method - based trade restrictions in the EU**” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies (CYELS)*, Vol.10, 2008, (69-97), s.78-79.

⁷²⁵ Birleşik Karar C-266 -267/87 (1989) ECR 1295, para. 14-15; aynı zamanda bkz. C-292/92 Hünermund v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (1993) ECR I-6787, para.14.

⁷²⁶ C-171/11 Fra.bo SpA v. DVGW (2012) ECR 453.

Kararında, 34 üncü maddenin, teknik standartlarla ilgili sertifikalara ruhsat vermekten sorumlu olan⁷²⁷ özel hukuk kişilerini de kapsadığını kabul etmiştir. *Viking*⁷²⁸ Kararında ise; serbest dolaşım hükümlerine müdahale edebilecek güçteki ticari birlikler gibi kurumların da 34 üncü maddenin uygulama alanı içerisinde olması gerektiği belirtilmiştir.

b. Birlik İçi Ticareti Doğrudan veya Dolaylı, Bilfiil ya da Potansiyel Olarak Engellemeye Elverişli Olma

Adalet Divanı, eşit şekilde uygulanan önlemlere ayrımcılık ya da orantılılık çerçevesinden yaklaşmak yerine, üye devletlerarası ticareti kısıtlayıcı etkiyi dikkate almayı tercih etmiştir⁷²⁹.

Dassonville yaklaşımına göre, Birlik içi ticareti hem doğrudan etkileyen hem de dolaylı olarak etkilemeye elverişli olan ulusal önlemler, ortak pazar hedeflerine aykırılık oluşturduğu için eş etkili önlem kabul edilmektedir⁷³⁰. Burada ulusal düzenleme ya da uygulamanın ticareti engellemesi yeterli görülmekte, etkinin doğrudan mı yoksa dolaylı olarak mı ortaya çıktığı dikkate alınmamaktadır. Aynı şekilde, ticareti bilfiil etkilemese bile etkileme potansiyeline sahip bir düzenleme veya uygulama söz konusuysa, bu halde de ticareti engelleyici etkinin bulunduğu ve söz konusu işlemin eş etkili önlem olduğu kabul edilir. Dolayısıyla *Dassonville* formülü uyarınca ulusal bir düzenlemenin eş etkili olarak görülebilmesi için, bu düzenlemenin Birlik içi ticareti fiilen engellemesine gerek yoktur. Düzenlemenin amacı ticareti engelleme ya da yerli malları koruma olmasa da eğer yarattığı etki bu sonucu doğuruyorsa, ilgili işlem ya da eylem yasak kapsamında görülecektir⁷³¹.

⁷²⁷ Dava konusu olayda, sertifikada bu kişilerin onayı bulunmadığı takdirde ürünlerin pazarlanmasına izin verilmemektedir.

⁷²⁸ C-438/05 International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti (2007) ECR I-10779.

⁷²⁹ STADLMEIER, s.55.

⁷³⁰ BARNARD, s.80.

⁷³¹ GÜRBÜZER, s.81.

Birlik içi ticareti kısıtlama potansiyeline sahip ulusal düzenlemeler de malların serbest dolaşımının ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan, ulusal bir düzenlemenin üye devletlerarası ticareti engelleme tehlikesinin ispatı, miktar kısıtlamalarına eş etkili önlemlerin kabulü bakımından yeterli olacaktır⁷³².

'Elverişli olma' kavramı, olumsuz olarak etkileyebilme⁷³³ anlamında kullanılmakta ve bir düzenleme veya uygulamanın ticareti engelleyici ya da kısıtlayıcı etkisinin muhtemel olması, o anda kısıtlama söz konusu değilse bile söz konusu düzenlemenin ithal bir ürünle karşı karşıya geldiğinde sınırlandırıcı ve ticareti engelleyici etkisinin doğacağı anlamına gelmektedir. Mesela ithalatın izne bağlanması gibi ithalatı zorlaştıran, geciktiren, pahalılaştıran işlemler⁷³⁴, henüz uygulanmamış olsa bile ithalatta sınır geçişi esnasında uygulanacağı zaman ithalatı zorlaştırıp engelleyeceğinden, ticareti kısıtlamaya elverişli düzenlemeler olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde, sınırlardaki sistematik kontroller⁷³⁵ ve hatta yerli mallarla ithal malları aynı hükümlere tabi tutan düzenlemeler bile ticareti kısıtlayıcı etki taşıdığı sürece, ithalatı engellemeye elverişliliği nedeniyle eş etkili önlem olarak yorumlanır⁷³⁶.

⁷³² GÜMÜŞ, s.285.

⁷³³ Roma Antlaşma birkaç dilde imzalanmıştır ve her bir metinde eşit derecede ifadeler kullanılmaya çalışıldıysa da, "etkilemek" kelimesinin anlamıyla ilgili olarak önemli bir fark söz konusu olmaktadır. Öyle ki, Antlaşma'nın Almanca versiyonu "beeinträchtigen" terimini kullanır; bu da ticarete hanel getirilmesi, ticarete ilişkin kuralların ihlal edilmesini ifade eder. Buna karşın İngilizlerin "to affect" kavramı, mutlaka olumsuz bir etki yaratması anlamına gelmemektedir. Rekabet hukukuna konu bir dava olan *Société Technique Minière* (Case 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH (1966) ECR 235.) 'nin hukuk sözcüsü Karl Roemer, "to affect" şeklinde kullanılan kavramın, Roma Antlaşması'nın imzalandığı Alman, Hollanda ve İtalyan dillerindeki anlamı dikkate alındığında, "olumsuz bir şekilde etkilemek" manasıyla anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Görüldüğü üzere Antlaşma metninin okumasında böylesi bir anlam farkı ortaya çıktığı için, metinlerdeki kavramların en doğru şekilde nasıl eşleştirileceği, Anlaşmanın amaçları dikkate alınarak belirlenmelidir. Ayrıntı için bkz. STADLMEIER, s.55-56.

⁷³⁴ C-68/76 Komisyon v. Fransa (1977) ECR 515, 531 vd; C-251/78 Devkavit Futtermittel/Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (1979) ECR 3369.

⁷³⁵ C-251/78 Company Denkavit Futtermittel GmbH v Minister of Food, Agriculture and Forestry of North Rhine-Westphalia (1979) 3369; ayrıca bkz. C-426/92 Federal Agency for Agriculture and Food v Deutsches Milch-Kontor GmbH (1994) ECR-I 2757 vd.

⁷³⁶ Adalet Divanı bu tutumunu Keck kararına kadar devam ettirmiştir.

Ayrıca üründe sabit asgari fiyat uygulamaları⁷³⁷, yabancı mallar için geniş oranda istisna tanısa bile ithalatı zorlaştırıcı bir önlem olarak kabul edilir⁷³⁸.

Dassonville Kararından sonra doktrinde dikkate alınan ilk içtihat, 1976 tarihli *Tasca*⁷³⁹ kararıdır. Adalet Divanı, İtalya mevzuatında öngörülen yasak hükmünün kendisi eş etkili önlem olmasa bile⁷⁴⁰, düzenlemenin etkisi ve sonuçları bakımından ticareti engellemeye elverişli olduğuna kanaat getirmiş ve bu sebeple eş etkili önlem yasağı kapsamında olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere Divan, *Tasca* Kararında da *Dassonville* formülünü uygulamış ve bir düzenlemenin halihazırda ticareti engellemiyor olsa bile engelleyici etkisinin bulunmasını yeterli kabul etmiştir.

Adalet Divanı, *Tasca* kararıyla aynı doğrultuda incelediği *Van Tiggele*⁷⁴¹ Davasında, Hollanda'nın minimum satış fiyatı uygulamasını yine sonuçları açısından değerlendirerek, diğer üye devletlerde üretilen malların rekabet avantajlarını yok etmesi ve üye devletlerarası ticareti engelleyici mahiyette bulunması nedeniyle söz konusu uygulamayı eş etkili önlem olarak kabul etmiştir⁷⁴².

Ürünlerin paketlenmesine ilişkin *Rau*⁷⁴³ Davasında, ev sahibi ülke tarafından öngörülen ambalajlama ve paketlemeye özgü şekil kuralları, ticareti kısıtlayıcı sonuç doğurması nedeniyle eş etkili önlem kabul edilmiştir.

Benzer bir başka dava olan *Van de Haar*⁷⁴⁴ Davasında, tütün ürünlerinin, üretici ya da ithalatçı tarafından serbestçe belirlenecek bir fiyatla satılmasını zorunlu kılan üye devlet mevzuatının eş etkili önlem mahiyetinde olup olmadığı sorusu gündeme

⁷³⁷ C-82/77 Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the v. Jacobus Philippus van Tiggele (1978) ECR 25; C-27/80 Anton Adriaan Fietje (1980) ECR 3839 vd; C-229/83 Association des Centres distributeurs Édouard v. SARL "Au blé vert" (1985) ECR 0001; C-231/83 Henri Cullet and Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers v Centre Leclerc à Toulouse and Centre Leclerc à Saint-Orens-de-Gameville (1985) ECR 305.

⁷³⁸ TEKİNALP ve diğerleri, s.266.

⁷³⁹ C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291.

⁷⁴⁰ C-65/75 Riccardo Tasca (1976) ECR 291, para.13.

⁷⁴¹ C-82/77 Openbaar Ministerie v. Van Tiggle (1978) ECR 25.

⁷⁴² Ayrıca bkz. STEINER, s.85.

⁷⁴³ C-261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA (1982) ECR 3961.

⁷⁴⁴ C-177-178/1982 Jan Van de Haar and Kaveka de Meern BV (1984) ECR 1797.

gelmiştir. Soruyu *Dassonville* formülü ile cevaplayan Divan, ulusal düzenlemenin Birlik içi ticareti engelleyici etkisinin yoğunluğuna bakılmadan; doğrudan veya dolaylı, fiilen veya potansiyel olarak Birlik içi ticareti engellemeye elverişli olup olmadığına göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

c. Tüm Ticari Kurallar

Dassonville'deki tanıma göre, 34 üncü madde, ekonomik sürecin pazarlama aşamasına ilişkin olan ama üretim aşamasına ilişkin olmayan tüm ticari kuralları kapsamaktadır. Bu doğrultuda verilen *Kramer*⁷⁴⁵ Kararında, balık stoklarını korumak için balıkçılığı sınırlandıran ulusal kuralların ticareti engelleyici eş etkili önlemlerden olup olmadığına ilişkin yapılan yargılamasında, söz konusu kuralların ticarete ilişkin olmaması sebebiyle eş etkili önlem oluşturmadığı ifade edilmiştir. Adalet Divanı'nın devam eden kararlarında da eş etkili önlemler tanımlanırken yargılamaya konu edilen kuralların ticari nitelikte olması aranmıştır; örneğin *Keck ve Mithouard*⁷⁴⁶ Kararında, yalnızca diğer üye devletlerden gelerek ticarete konu olan ürünler dikkate alınmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki, eş etkili önlemlerin tespiti yapılırken yalnızca ticari kural ölçütünün kullanılması yanıltıcı sonuçlar doğurabilmektedir. Madde 34 te daha genel bir ifade ile 'önlemler' ibaresinin kullanıldığı görülmektedir⁷⁴⁷ ve ticari önlem kavramı içerisine adli işlemler, meslek birliklerinin aldığı kararlar, uluslararası anlaşmalardan doğan ulusal işlemler de dahil edilebilir⁷⁴⁸. Bu itibarla, *Buy Irish* Davasında önemle vurgulandığı üzere 'ticari kurallar' terimi, uygulamaları ve politikaları da içermektedir⁷⁴⁹. *Komisyon v. Fransa*⁷⁵⁰ Davasında ise bu yorum bir

⁷⁴⁵ Birleşik Dava C-3-4-6/76 Cornelis Kramer ve diğerleri (1976) ECR 1279.

⁷⁴⁶ Birleşik Dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097.

⁷⁴⁷ C-324/93 Secretary of State efor Home Department, Medical Ltd. ve diğerleri (1995) ECR I-563. Üreticileri ve tüketicileri bir bütün olarak etkileyen tüm engeller bu kapsamda düşünülmelidir; C-215/87 Schumacher v. Hauptzollant Frankfurt am Main-Ost (1989) ECR I-00617; C-368/88 GB-INNO-BM v. Confederation du Commerce (1990) ECR I-00667.

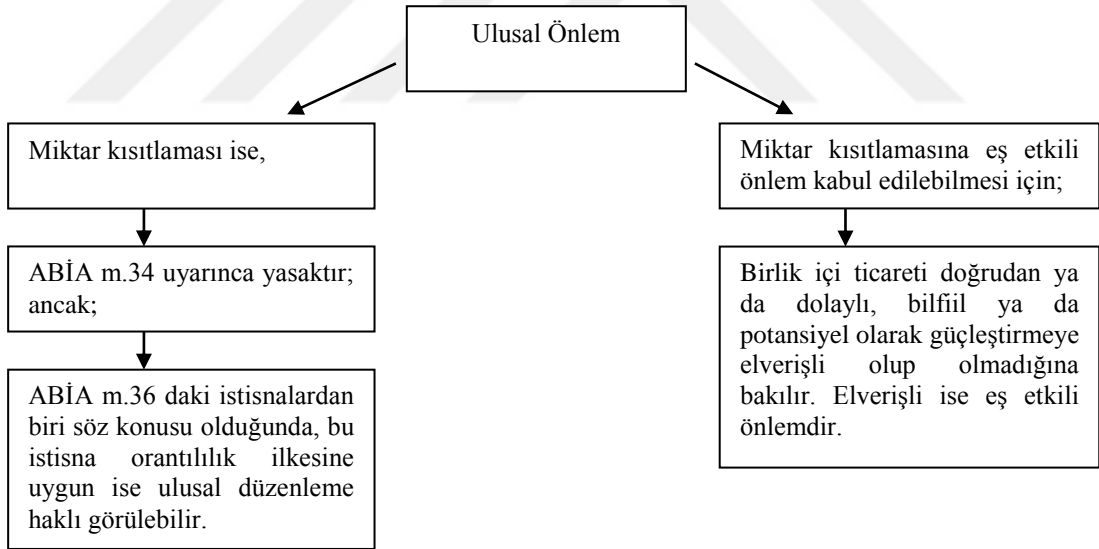
⁷⁴⁸ GÜRBÜZER, s.80.

⁷⁴⁹ Janja HOJNIK, "Free Movement Of Goods in a Labyrinth: Can Buy Irish Survive The Crises?" CMLR, Vol.49, 2012, s.291.

aşama daha ileri götürülerek; eş etkili önlem kabul edilebilecek olan kuralların, idari düzenlemelerin yanı sıra genellik arz eden tutarlı uygulamaları da kapsadığı ifade edilmiştir. Böylece Birleşik Krallık'ta üretilmeyen Fransız posta damgalama makineleri için ön onay verilmesini öngören idari uygulamanın 34 üncü maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

2. *Dassonville Perspektifinden Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi*

Adalet Divanı'nın *Dassonville* Kararıyla oluşturduğu yaklaşımın temelinde, bir ulusal önlemin eş etkili olup olmadığı değerlendirilirken oluşturduğu etki esas alınmaktadır. Söz konusu formül, ayrımcılık dili ile kaleme alınmamış, ayrımcı olmayan önlemleri de içerecek genişlikte tasarlanmıştır. Buna göre, Adalet Divanı'nın eş etkili önlemleri tespit ederken izlediği yol, aşağıdaki gibi şematize edilebilir.



Şema.1.

Dassonville Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi

⁷⁵⁰ C-21/84 Komisyon v. Fransa 1985 ECR 1355, para.13 ve aynı yönde etik kuralları ve rehberlik notlarının eş etkili önlem oluşturduğuna dair bkz. Birleşik Dava 266-267/87 R. v. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex p. Association of Pharmaceutical Importers 1989 ECR 1295.

C. Ürün Gerekliliklerine İlişkin Sınıflandırma Kriteri

1. Eş Etkili Önlemlerin Sınırının Daraltılması: Cassis de Dijon Kararı

*Cassis de Dijon*⁷⁵¹ Kararı, *Dassonville* Kararıyla eş etkili önlemleri oldukça geniş tanımlayan Adalet Divanı'nın, bu tanımı daha da ayrıntılı hale getirerek sınırlandırdığı bir karar ve aynı zamanda, eş etkili önlemler bahsine ilişkin içtihadı gelişim çizgisi üzerinde önemli bir duraktır.

Dava konusu olay, Almanya'nın alkollü içkilere ilişkin mevzuatının ithalatı engelleyici etkisi hakkındadır. Alman Hukukunda Alkollü İçkiler Tekel Yasası'nın 100(3). maddesi ile şaraplarda asgari %32 alkol oranı, meyve liköründe ise asgari %25 alkol oranı düzenlemiştir. Öngörülen oranlardan aşağı alkol içeren içkilerin Alman piyasasında satışı yasaklanmıştır. Bir diğer üye devlet olan Fransa ise, Almanya'nın öngördüğü oranlardan daha az oranla ve usulüne uygun olarak alkollü içki üretimi ve ithalatı yapmaktadır. Fransa'dan "*Cassis de Dijon*" isimli kuş üzümlü meyve likörü ithal etmek isteyen REWE Firması, söz konusu içkinin %15 ile %20 arasında alkol oranı içermesi ve bu durumun, asgari %25 alkol oranını öngören Alman yasalarına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle⁷⁵² yetkili makamlardan gerekli izni alamamış ve talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine REWE Firması, 70/50 sayılı Komisyon Yönergesinin 3 üncü maddesine dayanarak Almanya'nın Kassel Vergi Mahkemesine başvurmuş, Mahkeme ise ön karar usulü ile Adalet Divanı'na başvurarak, söz konusu düzenlemenin miktar kısıtlamasına eş etkili önlem oluşturup oluşturmayacağını ve istisna kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini sormuştur.

Davaya müdahil sıfatıyla katılan Alman Hükümeti yaptığı savunmasında, söz konusu düzenlemenin gerekçesi olarak; Alman halkının alkol tüketme eğiliminin yüksek olduğunu, hafif alkollü içkilerin ise daha kolay alkole alıştırdığını ve bağımlılık yaptığını, davaya konu oluşturan ulusal düzenlemenin de bu nedenlerle kamu yararı gereği çıkarıldığını ileri sürmüştür. Devamında, az alkollü içkilerin, alkol oranı yüksek içkilere nazaran daha az vergi yükü altına girmesinin bir rekabet avantajı sağladığını

⁷⁵¹ C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649.

⁷⁵² C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649, para.3.

belirtmiş, bu sebeple tüketicinin ve üreticinin haksız rekabetten korunması için dava konusu düzenlemenin gerekli olduğunu savunmuştur⁷⁵³. Kısacası Almanya, kamu sağlığı ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketicinin korunması⁷⁵⁴ gerekçelerinin zorunlu gereklilikler olduğunu iddia etmiştir.

Alman Hükûmetinin savunması karşısında görüş belirten Komisyon ise, tüketicinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesine yönelik gerekçenin kabul edilebileceğini⁷⁵⁵; ancak diğer üye devletlerde sağlık kurallarına ve yasalara uygun üretilen alkollü içkilerin satışının engellenmesinin belirtilen kamu menfaatiyle uyuşmadığını ve maksadını aştığını⁷⁵⁶; bu sebeple orantısız ulusal düzenlemenin mazur görülemeyeceğini ve eş etkili önlem kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.

Adalet Divanı ise kararında, geçerli bir neden olmadıkça, bir üye devlette hukuka uygun şekilde üretilen ve satışa sürülen alkollü içkilerin, diğer herhangi bir üye devlete de sokulabilmesi gerektiğini belirterek⁷⁵⁷ bundan sonraki ticaret hayatında önemli bir yer tutacak olan karşılıklı tanıma prensibini oluşturmuştur.

Divan'ın davayı incelerken öncelikle dikkat ettiği husus, uyuşmazlık konusu ulusal düzenlemeyle aynı alanı düzenleyen bir Birlik hukuku düzenlemesinin var olup olmadığıdır⁷⁵⁸. Daha önce de belirttiğimiz gibi, ortak pazarı ve ticareti ilgilendiren bir alana ilişkin ortak kuralların yokluğunda, ilgili alanı düzenleme yetkisi üye devletlere aittir⁷⁵⁹. Alkollü içkilerin satışına yönelik üye devletleri bağlayacak bir Birlik düzenlemesinin bulunmadığını tespit eden Divan, "*Genel kuralların yokluğunda üye devletlerin kendi topraklarındaki alkol ve alkollü içkilerin üretimi ve pazarlanmasıyla ilgili kuralları düzenleme yetkisi doğmaktadır*"⁷⁶⁰ dedikten sonra, ikinci olarak, uyuşmazlık konusu ürünün, menşe ülkesi olan Fransa'da usul ve yasaya uygun olarak

⁷⁵³ C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649, para. 9-12.

⁷⁵⁴ C-182/84 Miro BV. (1985) ECR 3731 sayılı kararda da benzer gerekçeye dayanılmaktadır.

⁷⁵⁵ C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649, para. 13.

⁷⁵⁶ C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649, para. 14.

⁷⁵⁷ C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649, para. 14.

⁷⁵⁸ ÇÖPOĞLU, s.105.

⁷⁵⁹ CRAIG ve de BURCA, s.647; C-8/74 Dassonville (1974) ECR 837, para.6.

⁷⁶⁰ C-8/74 Dassonville (1974) ECR 837, para. 8.

piyasaya sürülüp sürülmediğini araştırmış ve meyve likörünün Fransız mevzuatına ve sağlık kurallarına uygun olarak üretildiği sonucuna ulaşmıştır. Fransa'da %32 oranının altında tüketilen alkollü içkilerin, Fransız tüketiciler ile ithalat yapılan diğer üye devlet tüketicilerinde herhangi bir zarara sebebiyet vermediği, bu nedenle Alman tüketicilerin sağlığı açısından da zararlı olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Adalet Divanı, Alman düzenlemesinin kamu yararına dayalı gerekçesini uygun bulmamış ve düzenlemenin orantılı olmadığını belirterek eş etkili önlem teşkil ettiği sonucuna varmıştır⁷⁶¹.

Divan, nihai kararını verirken miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemlerin mazur görülebileceği istisnaların kapsamına ve uygulamasına da değinmiş; istisna hükmünde sayılmayan ancak kamu menfaatlerinin zorunlu gereklilikleri halinde haklı bir sebebe dayanan makul düzenlemelerin de Antlaşmada belirtilen istisnalarla aynı etkiye sahip olacağını vurgulamıştır. Ancak işin garip tarafı, bu defa kuraldan istisnaya gitmemiş, istisnadan başlayarak kuralı oluşturmuştur⁷⁶². Şöyle ki; kararda geçen ifadesinde,

“Ortak pazarı ilgilendiren bir alanda Topluluk düzenlemesinin bulunmaması nedeniyle üye devletlerin yetkisinin doğması halinde, mali denetimin yapılması, kamu düzeninin ve tüketicilerin korunması, ticari işlemlerde adaletin sağlanması gibi zorunlu ihtiyaçların karşılanması için gerekli olduğu ölçüde, üretime ve pazarlamaya ilişkin ulusal kuralların farklılığından doğan engellere katlanılması zorunludur.”⁷⁶³

diyerek madde 34 e istisna oluşturabilecek "zorunlu gereklilik" kavramını örnekleme yoluyla ortaya koymuştur. Takip eden dönemde verdiği *Rau*⁷⁶⁴ Kararıyla ise bu kurala ekleme yapmış ve;

"Buna ek olarak, kuralların amaçlarıyla orantılı olması da bir gerekliliktir. Eğer ki bir üye devlet, aynı sonucu elde etmek için birden fazla önlem arasında seçim

⁷⁶¹ Adalet Divanı, Almanya'nın savunmasının yer aldığı paragraf 10 ve 13 ü yetersiz bulmuş, paragraf 12(3)'te belirtilen noktaları değerlendirmeye almıştır.

⁷⁶² BARNARD, s.92.

⁷⁶³ C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649, para.8.

⁷⁶⁴ C-261/81 Rau (1982) ECR 3961.

yapma imkanına sahipse, o halde malların serbest dolaşımını en az kısıtlayan kuralı seçmelidir"⁷⁶⁵

şeklinde ifade ederek, zorunlu gereklilik olarak uygulanacak kuralların amaçlarıyla orantılı olması gerektiğini ortaya koymuş ve ürünlerin ambalajında ürünün menşesini ve alkol seviyesini gösteren bir açıklamanın alıcıları bilgilendirmek için basit ve yeterli bir yöntem olacağını belirtmiştir.

Sonuç olarak, ürünlerde yapılacak etiketlemenin yeterli bir karşılık olacağını, bunun dışındaki ulusal önlemlerin 34 üncü maddeyi ihlal ettiğini vurgulamıştır. Böylece üye devletler, uyumlaştırmanın yapılmadığı alanlarda, ürün gerekliliklerini ve ithal mallara uygulanan ulusal kuralları, ancak zorunlu gereklilik çerçevesinde gerekçelendirilerek orantılı şekilde düzenleyebileceklerdir⁷⁶⁶.

a. Ürün Gereklilikleri

İleride görülecek olan *Keck ve Mithouard* ile *Komisyon v. İtalya* Kararlarında açıklığa kavuşturulduğu üzere, *Cassis de Dijon*'daki prensipler, ürünlerin kendilerine ilişkin düzenleyici kurallar için geçerlidir, bu nedenle bu prensiplere "ürün gereklilikleri" denilmektedir⁷⁶⁷.

Ürün gereklilikleri, ürünlerin sunumuna ya da içeriğine ilişkin olabilmekte, farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Ürünün ambalajına, sunumuna, etiketine, ismine, biçimine, hacmine ilişkin vb. düzenlemeler, ürünü doğrudan ilgilendirdiği için ürünün piyasaya sunulmadan önceki aşaması altında değerlendirilmektedir.

⁷⁶⁵ C-261/81 Rau (1982) ECR 3961, para.12.

⁷⁶⁶ BARNARD, s.92.

⁷⁶⁷ BARNARD, s.96.

(1) Ürünün Paketlenmesi, Kompozisyonu, Sunumu ve Etiketlenmesine İlişkin Kurallar

Cassis Kararının kendisi bir ürünün kompozisyonuna⁷⁶⁸ ilişkin olduğu halde, kararların birçoğu paketleme (ambalajlama) ve sunuma ilişkindir. Örneğin, *Rau*⁷⁶⁹ Kararında, Divan, tereyağı ile karıştırılmaması için margarinlerin küp şeklinde paketlenmesini düzenleyen Belçika kuralını ayrımcı olmayan uygulama olarak eş etkili önlem kabul etmiştir; çünkü bu gereklilik, daha farklı şekilde paketlenmiş olarak ithal olunan margarinlerin Belçika pazarında satılabilmesi için yeniden paketlenmesini şart koşmaktadır.

Benzer bir durum, geleneksel Bockbeutel şişelerinin (uzun boynu olan ve soğan biçiminde bombeli bir şekle sahip şişe) kaliteli şaraplarda kullanımının Alman hukuku tarafından kısıtlandığı *Prantl*⁷⁷⁰ Kararında da görülmektedir. Olayda, benzer şekle sahip bir şişede üretilen İtalyan şarabı, karışıklığı önlemek için Alman pazarından çıkarılmıştır⁷⁷¹. ABAD ise, İtalyan ihracatçılarının şaraplarını Alman pazarında satmak istemeleri halinde⁷⁷², şaraplarını, geleneksel olarak kullanılan farklı olarak ithal şaraplar için pazarlanması daha pahalı ve zor olan şişelere koymaları gerekliliğinin şart koşulmasına dikkat çekmiştir. Bombeli şişelerin kullanımına ilişkin bu durum, İtalyan üreticilere ikinci bir yük getirmenin yanı sıra, ticari rekabet avantajından da mahrum bırakmaktadır. Bu nedenle, söz konusu Alman kuralının 34 üncü maddeyi ihlal ettiğine ve eş etkili önlem oluşturduğuna karar verilmiştir.

⁷⁶⁸ Ürün gerekliliğine ilişkin aynı yöndeki diğer kararlara bkz. C-407/85 Drei Glocken GmbH, "durum buğdayı" (1988) ECR 4233; C-90/86 Zoni (1988) ECR 4285; C-274/87 Komisyon v. Almanya, "sadece et ve et ürünleri" (1989) ECR 229; C-94/82 De Kikvorsh Groothandel-Import-Export BV, "biradaki maksimum asit oranı" (1982) ECR 947; C-216/84 Komisyon v. Fransa, "süt tozu" (1988) ECR 793; C-130/80 Kelderman, "ekmekteki kuru madde" (1981) ECR 527; C-358/95 Tommaso Morellato v. Unita sanitaria locale (USL) n.11 di Pordenone (1997) ECR I-1431 (ulusal mevzuat % 34 ü aşan nem oranı içeren veya kül içeriği %1.40 tan daha düşük olan ya da kepek içeren ekmeklerin pazarlanmasını yasaklamaktadır).

⁷⁶⁹ C-261/81 Rau (1982) ECR 3961.

⁷⁷⁰ C-16/83 Prantl (1984) ECR 1299.

⁷⁷¹ C-16/83 Prantl (1984) ECR 1299, para.21.

⁷⁷² C-16/83 (1984) ECR 1299, para.23.

Divan, *Mars*⁷⁷³ Kararında da benzer gerekçelerle aynı sonucu desteklemektedir. Mars, + %10 luk baskı için bir tanıtım kampanyası yürütmektedir, çünkü flaş çubuğunun yüzey alanı %10 aşılmaktadır, bu durum ise adil ticareti öngören Alman hukuk kurallarına aykırıdır. Alman kuralları, ithalatçıları, ürünlerin sunumlarını, pazarlayacakları ve buna bağlı olarak ek paketleme ve reklam maliyetlerine katlanacakları yerlere uygun bir şekilde ayarlamaya mecbur bırakmaktadır. Bu mecburiyet ise, ev sahibi ülkenin gerekliliklerine uygun şekilde sunum yapılmasını öngördüğü için ithalatçılara fazladan bir yük getirerek ticareti engelleyici sonuç doğurmaktadır. İşte bu nedenle, Almanya'nın ürünlerin sunumuna ilişkin kuralı, 34 üncü maddeye aykırı kabul edilmiştir⁷⁷⁴.

Sunuma ilişkin kararların yanı sıra, etiketlemeye ilişkin kuralların da ürün gereklilikleri kapsamında olduğu görülmektedir. Video ve DVD'ler üzerinde yaş sınırının belirtilmesi⁷⁷⁵ veya dil etiketleri gibi satılan ürünler üzerinde uygulanan etiketlemeye ilişkin gereklilikler de eş etkili önlem kategorisindedir⁷⁷⁶.

Sonuç itibariyle, her defasında Almanya gibi ev sahibi bir devlet, kendi kurallarını ithalatçılara empoze etmeye çalışarak onlara ek finansal yükümlülükler getirmekte; Adalet Divanı ise bu durumun ticarete engel oluşturması nedeniyle karşı koymaktadır⁷⁷⁷. Bu anlamda *Mars* Kararı dikkatli incelenirse, Adalet Divanı'nın, şirketlerin Avrupa çapında bir pazarlama stratejisi benimsemesini desteklediğine ilişkin kararlılığı görülmektedir⁷⁷⁸.

⁷⁷³ C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln ev v. Mars GmbH (1995) ECR I-1923.

⁷⁷⁴ C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln ev v. Mars GmbH (1995) ECR I-1923, para.13. Aynı yönde bkz. C-315/92 verband Sozialer Wettbewerb e v. Clinique Laboratories SNC (1994) ECR I-317, para.19.

⁷⁷⁵ C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs GmbH (2008) ECR I-505.

⁷⁷⁶ C-366/98 Geffroy and Casino France (2000) ECR I-6579; aynı yönde pazarlama sırasında dil kullanımına ilişkin Komisyon (93) 532 ye dayanak oluşturan karar için bkz. C-369/89 Piageme v. Peeters (1991) ECR I-2971; C-78/80 Fietje (1980) ECR 3839, para.15.

⁷⁷⁷ C-463/01 Komisyon v. Almanya, "depozit ve iadesi" (2004) ECR I-11075, para.61.

⁷⁷⁸ BARNARD, s.97.

(2) Ürünün İsmine, Şekline, Ölçüsüne, Ağırlığına İlişkin Kurallar

(a) Genel Olarak

Buraya kadar ürünlerin kompozisyonu, sunumu ve paketlenmesi hakkındaki kurallara ilişkin kararlar inceledik. Diğer ürün gereklilikleri ise, en geniş tabiriyle bir ürünün genel tanımıyla ilgilidir. Bir ürünün tanımını ise ürünün şekli, ölçüsü, ağırlığı ve adı oluşturur.

Üye devletler, genel olarak, bir ürünün belirli ham maddelerden üretilmesi ya da içeriğinde yalnızca belirli bir oranda bu ham maddelerden bulunması halinde genel bir ismin altında satılabileceğini düzenlemektedirler⁷⁷⁹. %35 oranından az alkol içeren içeceklerin 'jenever' (cin) ismiyle anılmasını yasaklayan Hollanda kuralını konu alan *Miro*⁷⁸⁰ Davası, bu uygulamaya bir örnek olarak gösterilebilir. Davaya konu olayda, ithal edilmek istenen cin içkisinin alkol oranı %30 oranındadır ve Belçika hukukuna göre yasal olarak üretilmiş olmasına rağmen Hollanda'nın öngördüğü kural nedeniyle bu içkilerin ithalatı engellemektedir. Adalet Divanı ise *Cassis de Dijon*'da benimsediği karşılıklı tanıma ilkesi uyarınca değerlendirme yaparak, Belçika'da hukuka uygun olarak üretilen cin içkisinin Hollanda'da da satılabilmesi gerektiğini belirtmiş ve Hollanda uygulamasının bu prensibe aykırılık oluşturduğuna, eş etkili önlem mahiyetinde olduğuna karar vermiştir.

*Komisyon v. İtalya*⁷⁸¹ Kararına konu uyuşmazlıkta bir İtalyan hukuk kuralı, özellikle İngiltere ve İrlanda'da üretilen çikolatalar bakımından çikolata üretiminde bitkisel yağların kullanımının gerekli olduğunu, bu yağlar olmadan üretilen çikolatalarda ise "çikolata" isminin kullanılmayacağını; bunun yerine "çikolata ikamesi" olarak tarif edileceğini düzenlemektedir. Adalet Divanı'na göre bu kural ithalatı kısıtlayıcı nitelikte olduğundan 34 üncü maddeyi ihlal etmektedir.

⁷⁷⁹ İkinci bölüm I-A-2-b(1) "içerik denetimi" başlığı altında verilen kararlar, bu uygulamanın örneğini oluşturur.

⁷⁸⁰ C-182/84 *Miro BV* (1985) ECR 3731.

⁷⁸¹ C-14/00 *Komisyon v. İtalya* (2003) ECR I-513, para.77; aynı zamanda bkz. C-12/00 *Komisyon v. İspanya* (2003) ECR I-459, para.81. Daha yakın tarihlerde verilen bir kararda ise Divan, kakao yağından fazla bitkisel yağ içermeyen çikolatalar için "pür, katkısız" satış ismini öngören İtalyan kuralını reddetmiştir. Bu durum, "2000/36 sayılı Çikolata Direktifine"ne aykırıdır. Ayrıca bkz. C-47/09 *Komisyon v. İtalya* (2010) ECR I-12083.

Son bir örnek vermek gerekirse, *Alfa Vita*⁷⁸² Kararında Divan, 34 üncü madde kapsamında kabul edilen durumlar listesine "üretim koşullarına" ilişkin kuralları da eklemiştir. Söz konusu kararda, satışa sunulan ekmeklerin, bu ekmekler ihtiyaç duyulduğunda fırında pişirilmek üzere yarı pişirilmiş olarak satılsa bile, tam donanımlı bir fırından çıkmış olma zorunluluğu aranmaktadır. Yani burada ürünün ne şekilde üretildiği dava konusu edilmektedir. Adalet Divanı ise, bu durumun diğer üye devletlerdeki üreticiler üzerinde her ülkenin mevzuatına göre farklı ekmek pişirme yükümlülüğü getireceğini belirterek söz konusu kuralın ticaret önünde görünmez bir bariyer oluşturduğunu, bu nedenle eş etkili önlem olduğunu kabul etmiştir⁷⁸³.

Emsal nitelikteki kararlardan görüldüğü üzere Adalet Divanı, üye devletlerin, belirli ham maddeler içermeden üretilen ya da içeriğinde yalnızca belirli bir oranda bu ham maddelerden bulunan ürünlere genel bir ismi mal edip bu ismi bu ürünler için kullanamayacağını belirtmektedir.

(b) Reçel ve Çikolata Davaları

İsimlerin kullanımıyla ilgili bazı sorunlarla başa çıkmanın bir yolu, bir üründe bulunmasına önceden izin verilen maddelerin belirlenmesi yoluyla Birlik düzeyinde uyumlaştırma yapılmasıdır. Bu şekilde yapılan uyumlaştırmaya verilebilecek bir örnek ise "çikolata" isminin belirlenmesi ve kullanılmasıdır. Ancak reçel ve çikolataya ilişkin düzenlemelerin geçmişine bakıldığında bu alandaki bir uyumlaştırmanın, söylemesi kadar kolay yapılmadığı görülecektir⁷⁸⁴.

Reçel ve çikolata bakımından karşımıza çıkan ilk ve en temel problem, bu ürünlerin tanımlanmasıyla ilgilidir. Öyle ki, Birlik üyesi her ülkede, farklı özelliklere göre reçel ve çikolata tanımı yapılmaktadır. Bir araştırmaya göre, Fransız tüketiciler

⁷⁸² Birleşik Dava C-158-159/04 *Alfa Vita* (2006) ECR I-8135 ve C-82/05 Komisyon v. Yunanistan, "fırın ürünleri" (2006) ECR I-93.

⁷⁸³ Birleşik Dava C-158-159/04 *Alfa Vita* (2006) ECR I-8166. Yorum için ayrıca bkz. BARNARD, s.97.

⁷⁸⁴ BARNARD, s.98.

yalnızca içinde meyve parçacıkları (küspe) bulunan reçelleri uygun bulmakta, öte yandan Hollandalı tüketiciler, akışkan ve şekerli reçelleri tercih etmektedirler⁷⁸⁵.

Avrupa'nın en geniş reçel tüketicilerine sahip İngiltere'nin 1973 yılında Birliğe (anılan tarih itibariyle Topluluğa) katılımıyla bu soruna bir yenisi daha eklenerek MARMELAT ismi literatüre dahil edilmiştir⁷⁸⁶. Bu kelime, Almandada reçel anlamında kullanılmaktadır. Oluşan bu karmaşık zemin nedeniyle uyumlaştırma yapma ihtiyacı hisseden Birlik, "Üye Devletlerin Meyve Reçelleri, Jöleleri, Marmelatları ve Kestane Pürelerine İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması" hakkında 79/693 sayılı Konsey Yönergesi⁷⁸⁷ (Reçel Yönergesi) oluşturmuştur. Bu yönergenin müzakereleri ise 14 yıl sürmüştür.

Havuç reçeline olan düşkünlüğü ile bilinen Portekiz'in 1986 da Birliğe katılımıyla, Portekizliler ile birlikte, havuçların ve aslında domates ve tatlı patateslerin de yönergenin amaçları kapsamında meyve olarak belirlendiği görülmektedir⁷⁸⁸.

Reçelin yanı sıra, çikolatanın içerdiği ham maddelere göre isimlendirilmesi ve bu ham maddelerin oranlarının her üye devlette aynı olmaması da bir çikolata krizine sebep olmuştur. Belçika gibi ülkelerde çikolatanın yapımında %100 kakao ürünleri kullanılmaktadır. Birleşik Krallık ve 5 ülkede daha sütlü çikolata, %5 gibi küçük oranlarda bitkisel yağ kullanılarak üretilmektedir. Her iki ürün de üretildikleri ülkelerde çikolata olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu çikolatalar ithalata konu edildiklerinde ise sorun ortaya çıkmakta ve her iki ürün de çikolata adı altında tüketiciye sunulduğunda, tüketicinin algısı yanıltılmış olmaktadır. Birlik ise bu karışıklığın önüne geçmek için, "Üye Devletlerin Kakao ve Çikolata Ürünlerinin Serbest Dolaşımını

⁷⁸⁵ Araştırma için bkz. Michelle P. EGAN, **Constructing a European Market: Standards, Regulation, and Governance**, Oxford 2001, s.74.

⁷⁸⁶ Michael LEIDIG ve Ambrose EVANS PRITCHARD, '**Farmer in marmalade rebellion**', *Daily Telegraph*, 21.10.2003, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/austria/1444744/Farmer-in-marmalade-rebellion-against-EU.html> (7 Ocak 2018).

⁷⁸⁷ 24.07.1979 tarih ve 79/693/EEC sayılı Meyve reçeli, jöle, marmelatlar ve kestane püresi ilgili üye devletlerin hukuklarının uyumlaştırılmasına Dair Konsey Yönergesi [OJ (1979) L 205].

⁷⁸⁸ Hükümde aynen ifade edildiği şekliyle; 'for the purposes of this Directive, tomatoes, the edible parts of rhubarb stalks, carrots, sweet potatoes, cucumbers, pumpkins, melons and water-melons are considered to be fruit' denilmektedir (Annex III. A.I).

Sağlamak İçin Kompozisyon, İmalat Özellikleri, Paketleme ve Etiketlemeye İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması" hakkında 73/241 sayılı Konsey Yönergesi⁷⁸⁹ kabul etmiştir.

Bu düzenleme ile İngiliz çikolatasının geldiği konuma bakılacak olursa; önsözünde, kakao yağından başka bitkisel yağların kullanımına özellikle Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka gibi ülkelerde izin verildiğine ve bunun geniş kullanım imkanı yarattığına dikkat çekildiği, bu yağların Birlik içinde kullanımının ekonomik yahut teknik bir veri ile kısıtlanmasına yönelik bir karar verilebilmesinin şuan için mümkün olmadığını belirtildiği görülmektedir. Yine de, düzenlemenin ekinde yer alan 7(a) maddesi ile süttten elde edilen yağ dışında çikolataya ilave yağlar eklenmesi yasaklanmıştır⁷⁹⁰. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu hüküm, "*ulusal hukuk kurallarına etki edilmeyeceği*" düzenlemesini de saklı tutmaktadır⁷⁹¹. Bu nedenle, bu yağların kullanılmasının tüm üye devletlere genişletilmesi için Birliğin, ulusal kurallara dokunulmayacağını öngören 14 üncü maddesini gözden geçirmesi gerektiği gerçeği teyit edilmiştir⁷⁹².

Anılan çerçevede, çikolata ithalatının sorun olduğu bir davada⁷⁹³, İngiltere, İrlanda ve Danimarka menşeli çikolatalar, İtalya'da satılabilmektedir, ancak İtalyan hukuk kurallarına göre bu ürünler "çikolata" adı altında satılamamakta, yalnızca "çikolatayı temsilen" adı ile satılabilmektedirler⁷⁹⁴. Komisyon, söz konusu İtalyan hukuk kuralının, İngiltere'de yasalara tamamen uygun olarak üretilen çikolataların satışını engellemesi nedeniyle 73/241 sayılı Yönergeye aykırı olduğunu ve ayrıca tüketicilerin nezdinde ürünün değerini düşürmesi nedeniyle 34 üncü maddeyi de ihlal ederek serbest dolaşımı engellediğini iddia etmektedir. Diğer taraftan İtalya, düzenlemenin ekinde yer alan 7(a) maddesine dayanarak serbest dolaşım şartının

⁷⁸⁹ (Mülga) 24.07.1973 tarih ve 73/241/EEC sayılı Konsey Yönergesi [OJ (1974) L 221]. Şimdi ise 23.06.2000 tarih ve 2000/36 (OJ (2000) L 197/19) sayılı düzenleme yürürlüktedir.

⁷⁹⁰ Ayrıntılı inceleme için Direktifin 1, 7(a), 14(2).maddelerine bakınız.

⁷⁹¹ BARNARD, s.99.

⁷⁹² C-14/00 Komisyon v. İtalya, "çikolata" (2003) ECR I-513, para.54.

⁷⁹³ C-14/00 Komisyon v. İtalya, "çikolata" (2003) ECR I-513.

⁷⁹⁴ Benzer yönde bkz. C-12/00 Komisyon v. İspanya (2003) ECR I-459.

yalnızca bitkisel yağlar içermeyen ürünler için kabul edildiğini ve kendisine uygulanamayacağını ileri sürmektedir⁷⁹⁵.

Adalet Divanı'nın davaya ilişkin yorumu ise şöyledir; 14/2(a) maddesi, bitkisel yağların kullanımına karşın söz konusu alanda üye devletleri açıkça yetkilendirdiğinden, uyumlaştırmanın tam olarak kurulduğu ortak kuralların tamamen ulusal kuralların yerini aldığı bir sisteme ve ortak kurallardan farklı olan ulusal kurallara müdahaleye gerek görmemiştir⁷⁹⁶. Bu nedenle Yönergenin serbest dolaşıma ilişkin 10.maddesi, bitkisel yağlar içermeyen çikolatalar için de kabul edilmiş ve 14/2(a) maddesi ile üye devletlere, kendi toprakları dahilinde kakao ve çikolata ürünlerinin imalatında bitkisel yağlara ilişkin ek düzenlemeler yapabilme yetkisi tanınmıştır. Bu da, Yönerge çerçevesinde Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka'nın, kendi ülkelerinde üretilen çikolatalara bitkisel yağlar eklenmesine izin verebileceği; ancak bu çikolataların serbest dolaşım prensibinden yararlanamayacağı anlamına gelmektedir.

Fakat Adalet Divanı, daha sonra bu yorumundan dönerek 34 üncü maddenin etkisini dikkate almıştır. Divan'a göre, her ne kadar uyumlaştırma yapılmayan bir alanda üye devletlerin ulusal düzenleme yapmasına izin verilse de, 34 üncü madde, bu gibi durumlarda ürünlerin (İngiliz çikolataları) pazarlanması karşısındaki engelleri ortadan kaldırmak için bulunmaktadır. Davada ise "çikolata" isminin İngiliz üretimi çikolatalarda kullanımının yasaklanmasına ilişkin kural, tacirleri, ürünlerin pazarlanacağı ülkenin kurallarına uygun olarak sunum yapmaya ve böylece ek ambalaj ücretlerine mecbur bırakmaktadır. Bununla birlikte, "çikolata benzeri/temsili" şeklinde isim kullanılması, tüketicilerin çikolataya ilişkin algısını olumsuz etkileyebilme kabiliyetine sahiptir⁷⁹⁷. Bu nedenle Divan, İtalyan hukuk kuralının zorunlu gereklilikler altında orantılı bir şekilde gerekçelendirilemedikçe 34 üncü maddeye aykırı kabul

⁷⁹⁵ C-14/00 Komisyon v. İtalya, "çikolata" (2003) ECR I-513. Ayrıca bkz.BARNARD, s.99.

⁷⁹⁶ C-14/00 Komisyon v. İtalya, "çikolata" (2003) ECR I-513, para.58.

⁷⁹⁷ Ürüne ilişkin isimlendirmelerin tüketicinin algısını olumsuz etkileyebileceğine dair bir başka dava, C-166/03 Komisyon v. Fransa, "altın" (2004) ECR I-6535 davasıdır. Davada bir Fransız hukuk kuralı, "gold/altın" kelimesinin, belirli altın oranına sahip ürünlerde kullanılmasını kısıtlamaktadır, daha düşük ayara sahip ürünler yalnızca "altın alaşımı" olarak adlandırılabilir. Bu kural, diğer devletlerde daha düşük ayarda altın oranına sahip olmasına karşın altın olarak kabul edilen ürünleri dışladığından 34.maddeye aykırı bir eş etkili önlem kabul edilmiştir.

edileceğine karar vermiştir. Ayrıca, tüketicilerin kendilerine sunulan ürünler hakkında bilgilendirilmeye ihtiyacı olduğunu da belirtmiştir.

Bir ürün, kompozisyonu ya da imalatı bakımından farklılık taşıdığı gerekçesiyle genelde Birlik içinde bilinen isminden farklı bir isim altında satışa sunulduğunda, üye devlet, ithalatçıdan ürünün ismini değiştirmesini talep edecektir. Ancak bu farklılık tüketici nezdinde önem taşıdığından, etiketleme ile ürüne ilişkin bilgi verilmesi de yeterli olacaktır.

Gerçekten de Divan, kakao ve çikolata ürünlerinde, Yönergede belirtildiği şekliyle minimum seviyede bitkisel yağlar kullanılmasının bu ürünlerin özünü değiştirmeyeceği ve onları farklı birer ürüne dönüştürmeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁷⁹⁸. Ürünlerin içeriğine ilişkin bilginin etiketleme yöntemiyle tüketiciye ulaştırılmasının yeterli olduğuna; tüketicinin menfaatlerini karşılar şekilde satış yapılabilmesi için ürünlerin isimlerinin değiştirilmesi yükümlülüğünün gerekli olmadığına kanaat getirmiştir⁷⁹⁹. Bu kararın sonucunda ise Divan, 34 üncü maddenin yorumlanması aracılığıyla serbest dolaşımı neredeyse elde etmiştir.

Aynı sorunun "sütlü çikolata" bakımından da gündeme geldiği görülmektedir. İrlanda ve Birleşik Krallık, kendi ülkelerinde yüksek ve düşük süt içerikli çikolataları, "sütlü çikolata" etiketiyle satabilmektedir; ancak ihraç etmek isterse, "aile için sütlü çikolata" (family milk chocolate) olarak açıklaması gerekmektedir.

Verilen bu örnek kararlarda görüldüğü üzere çikolataların içeriğindeki yağ ve süt oranı, çikolata ithalatında sorun haline gelmiş ve Adalet Divanı tarafından bir yandan Yönerge hükümlerine bağlı kalınarak, diğer yandan serbest dolaşımı sağlamaya çalışarak çözüm oluşturulmaya çalışılmıştır⁸⁰⁰. İçeriğe göre isim belirlenmesine ilişkin

⁷⁹⁸ C-14/00 Komisyon v. İtalya, "çikolata" (2003) ECR I-544, para. 25, 87, 91.

⁷⁹⁹ C-14/00 Komisyon v. İtalya, "çikolata" (2003) ECR I-555, para. 69, 81, 82, 88. Ayrıca bkz. BARNARD, s.100.

⁸⁰⁰ Parlamento ise A4-0310/97 sayılı raporu ile ilginç bir çözüm sunarak çikolata pazarına bir tat denetçisi sunmaktadır.

bu tür ulusal uygulamaların ortak Pazar bakımından sorun oluşturması üzerine, söz konusu yönergenin yerini 2000/36 sayılı Yönerge almıştır⁸⁰¹.

İlk olarak, İngiliz çikolatalarının isimlendirilmesine ilişkin "vegetate, vegette, household chocolate" gibi birkaç yardımcı öneri gelmiştir⁸⁰². Ancak 2000/36 sayılı Yönerge, bitkisel yağ içeren çikolataların da "çikolata" adı ile anılıp anılamayacağına ilişkin sorunu çözüme bağlamıştır. Yönergeye göre, çikolata ismi, içeriğinde %5 ten fazla bitkisel yağ bulunmayan ürünler için kabul edilebilir. Bu ürünlerin kakao yağına ek olarak içerdikleri diğer oranların açık bir şekilde etiketlerinde gösterilmeleri koşuluyla satışında bir sakınca olmadığı düzenleme altına alınarak serbest dolaşımı sağlanmıştır. Böylece, yalnızca bir kısım alanı uyumlaştıran ilk Çikolata Yönergesinden 27 yıl sonra, Birlik, sonunda kendi kapsamlı çikolata tanımına kavuşmuştur.

b. Karşılıklı Tanıma Prensipleri

Mevzuat uyumlaştırmasının henüz yapılmadığı alanlarda, devletler arasında ortaya çıkan mevzuat farklılıkları malların serbest dolaşımını olumsuz etkilemektedir. Bu sorunun çözümü için ise, eşdeğerlik karinesi veya karşılıklı tanıma ilkesi olarak da bilinen prensip kabul edilmiştir.

Divan'ın *Dassonville* içtihadında zımni olarak kabul edilen "karşılıklı tanıma ilkesi", *Cassis de Dijon* Davası ile AB Hukukundaki yerini sağlamlaştırmıştır⁸⁰³. Birlik Ortak Pazarındaki ithalat işlemlerinde münhasıran uygulanan ev sahibi ülke, yani malın satıldığı ve tüketildiği ülke kuralı, *Cassis* içtihadı ile geride bırakılmış, bunun yerine karşılıklı tanıma ilkesinin benimsenmesine sebep olan menşe ülke kuralı kabul edilmiştir. Bu kurala göre, Birlik içinde dolaşan mallara, tüketildiği ülke hukuku değil; üretilip Pazar piyasasına dahil edildiği ülkenin hukuku uygulanır. Menşe devlet, ürüne ve satışa yönelik gereklerin belirlenmesi ve izlenmesi ile sorumlu iken; ev sahibi devlet, zorunlu kamu menfaatleri haricinde serbest dolaşımı sağlamakla yükümlüdür⁸⁰⁴. Bu

⁸⁰¹ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi [OJ (2000) L 197/19].

⁸⁰² BARNARD, s.100.

⁸⁰³ C-120/78 Cassis de Dijon (1979) ECR 649, para.14(4).

⁸⁰⁴ PARAPATITS, s.4-5.

noktada, menşe devlet kuralları ve gerçekleştirilecek denetimler bakımından tüm üye devletler arasında karşılıklı güvenin bulunması gerekmektedir. Bu sayede bir üye devlette yasal şekilde dolaşan mallar, diğer ülkelere de sorunsuz olarak ihraç edilebilecek ve ulusal düzenlemelerin karşılıklı tanınması prensibi geçerlilik kazanacaktır⁸⁰⁵.

Karşılıklı tanıma ilkesi, bir üye ülke yasaları çerçevesinde üretilen ve piyasaya sunulan bir ürünün, hiçbir engel olmaksızın tüm üye ülkelerde pazarlanabilmesi ve üye ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinin yasal düzenlemelerini tanımaları anlamına gelir⁸⁰⁶. *Cassis* Kararıyla benimsenen bu ilke, devletlerarası farklı uygulamalara bir cevap niteliğindedir⁸⁰⁷. İlkeye göre, bir üye devlet hukukuna uygun olarak üretilen ürünün diğer üye devletlerce de hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir ve söz konusu prensip; “*bir kez serbest olan ürün, daima serbesttir*” şeklinde ifade edilmektedir. Bir diğer deyişle, Almanya, Fransa'nın standartlarını kendi standartları gibi kabul etmek zorundadır⁸⁰⁸.

Üye devlet mevzuatlarının Birlik hukukunca uyumlaştırılmaması nedeniyle⁸⁰⁹ geçici olarak ihtiyaç duyulan bu ilke; ortak pazarın amaçları ve ekonomik bütünleşmenin sağlanması açısından önem teşkil etmektedir. Aynı zamanda uygulamada, tüm üye devletlerin Birlik içinde eşit muamele görmesi ve kamu sağlığı açısından hiçbir üye devlet halkının diğerlerinden daha değerli olamayacağı gibi farklılıkları nötrleyen sonuçları açısından da Birlik amaçlarına hizmet etmektedir.

Cassis Kararından sonra söz konusu ilke çerçevesinde görülen *Beer*⁸¹⁰ Davasında, biraya konulabilecek katkı maddelerini düzenleyen Alman düzenlemesi,

805 CAN, s.411. Bu konudaki tartışmalara genel bir bakış için bkz. Nikolai FICHTNER, "The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive: Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications", *Essays in Transnational Economic Law*, No:54, 2006, s.12-15, <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft54.pdf> (28 Ocak 2018); PARAPATITS, s.4.

⁸⁰⁶ GÜRBÜZER, s.88.

⁸⁰⁷ SNELL, s.55.

⁸⁰⁸ PARAPATITS, s.4; BARNARD, s.93; ispat yüküne dair bkz. 09.07.2008 tarih ve 764/2008 sayılı Karşılıklı Tanıma Tüzüğü [OJ (2008) L 218/21].

⁸⁰⁹ CAN, s.250, CANDAN, s.151.

⁸¹⁰ C-178/84 Komisyon v Almanya (1987) ECR 1227.

miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kabul edilmiştir. Dava konusu olayda, çok sıkı kurullarla biranın içerebileceği maddeleri düzenleyen Almanya, halkının diğerlerine göre bira tüketme eğiliminin daha fazla olduğunu ve tüketiciyi koruma maksadını ileri sürmüştü; farklı katkı maddeleri içeren içkilerin bira adı altında olmamak kaydıyla pazarlanmasına engel teşkil etmediğini belirtmiştir⁸¹¹. Ancak düzenlemenin nihai etkisi, Fransa'da imal edilen biraların Alman iç pazarında satılmaması sonucunu doğurmuştur. Bu noktada Adalet Divanı'nın kararı, karşılıklı tanıma ilkesine ilişkin tespitleri bakımından oldukça önemlidir. Divan;

“1) Almanya, ithal biraların satışını engellemek yerine, ürünün özelliğini belirten bir etiket ile tüketicinin bilgilendirilmesini sağlayarak amacını karşılayabilir⁸¹².

2) Almanya'nın sunmuş olduğu insan sağlığını koruma gerekçesi yerinde değildir; çünkü bu biralar Fransa'da hukuka uygun üretilmektedir. Karşılıklı tanıma ilkesi mutlak olarak uygulanmalıdır⁸¹³.

3) Alman halkının bir ayrıcalığı ya da özelliği yoktur ve fazla bira tüketiyor olması, dava konusu düzenlemenin gerekçesini oluşturamaz. Birlik içinde menşee devletin tabi olduğu usul ve yasaya uygun olarak üretilen tüm mallar, karşılıklı tanıma prensibi gereği eşit muamele görür.”⁸¹⁴

yorumunu yaparak, sonuçta bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilip pazara sunulan ürünlere karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanacağını belirtmiştir.

Üye devletler, karşılıklı tanıma ilkesi sayesinde, aynı fonksiyona sahip olmakla birlikte farklı şekilde tasarlanan ürünlerin, aynı talebi karşılamak üzere kendi ülkelerine girmelerine izin vermektedir⁸¹⁵. Kısacası bir üye devlette yasal olarak üretilen ve piyasaya sürülen bir mal, tüm üye devletlerin pazarlarına da serbestçe girebilecektir⁸¹⁶.

⁸¹¹ C-178/84 Komisyon v Almanya (1987) ECR 1266, para. 14.

⁸¹² C-178/84 Komisyon v Almanya (1987) ECR 1269, para, 25, 35.

⁸¹³ C-178/84 Komisyon v Almanya (1987) ECR 1277.

⁸¹⁴ C-178/84 Komisyon v Almanya (1987) ECR 1270, para. 32 vd.

⁸¹⁵ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.234.

⁸¹⁶ CANDAN, s.34.

Bu kuralın tek istisnasını ise Antlaşmanın 36 ncı maddesi hükmü ile ABAD içtihatlarında tanınan kamu yararının zorunlu gereklilikleri kapsamında yer alan haklı kısıtlamalar oluşturmaktadır⁸¹⁷.

Karşılıklı tanıma ilkesinin ortak pazar menfaatlerini düzenleme açısından gerekli olmasının yanı sıra pazar ticareti üzerinde olumsuz etkileri de vardır. Malların serbest dolaşımına engel olmamak adına birbirlerinin hukuk sistemlerini ve kurallarını tanıyan üye devletler, bütünleşmeye hizmet edecek Birlik içi ortak bir kurallar bütünü oluşturmak yerine hareketsiz kalarak uyumlaştırmanın gerçekleştirilmesini zorlaştırmaktadır. Yasal tabanlı bir hukuki düzenleme olmaksızın yalnızca ABAD'ın içtihadı olan karşılıklı tanıma ilkesiyle sağlanmaya çalışılan Birlik içi uyumlaştırma, küçük ya da orta ölçekli işletmelerin⁸¹⁸ belirsizlik havuzunda kaybolmasına neden olmaktadır. Uygulanacak kurallardan habersiz olan ve bağlayıcı ortak bir yasal düzenleme olmaması nedeniyle öngörülebilir bulunamayan bu tip işletmeler, uluslararası ticarete pasif kalmayı tercih etmektedirler. Bu durum ise eş etkili önlemler yasağı ile amaçlanan malların serbest dolaşımına aykırı düşmektedir.

Devletlerin karşılıklı tanıma ilkesini uygulaması, aynı zamanda her bir üye devletin bünyesinde bulunan tüketici kitlesi farklılıklarını yok saymaktadır. Harmonizasyonun henüz sağlanamadığı bir yapıda, ticaretin akışını sağlamak için tüketici haklarının ikinci plana atılması⁸¹⁹ söz konusudur.

İlkenin bir diğer etkisi ise, bugün pek çok Avrupa ülkesinin yaptığı gibi, ürünün üretim yerinin ucuz olan ve daha az standart isteyen gelişmişlik seviyesi düşük ülkelere kaydırılmasıdır. Böylece ürün standartları da düşecek ve kalite tek tipleştirilerek dolaylı yoldan yine tüketicinin zarar görmesine neden olacaktır. Ancak böyle bir kaymanın olmadığı durumlarda, farklı ülkelerde farklı mevzuatlara göre üretilen ürünler, bir yandan da ürün çeşitliliğini arttırarak fiyatların düşmesine yol açacak⁸²⁰, tüketici ise kalitesi ve fiyatına göre dilediği ürünü tercih edebilecektir. Ev sahibi ülkenin standart

⁸¹⁷ CANDAN, s.151.

⁸¹⁸ ÇÖPOĞLU, s.111.

⁸¹⁹ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.217.

⁸²⁰ Rekabetin artmasına yönelik etki hakkında bkz. ÇÖPOĞLU, s.109.

dayatmasını ortadan kaldıracak bu durum, geleneklerini koruma altına almak isteyen üye devletlerin⁸²¹, “İtalyan pastası, Fransız peyniri” gibi kendilerine has özellik taşıyan ürünlerini de muhafaza edecek ve ihracatta önünü açacaktır⁸²².

Karşılıklı tanıma prensibinin belirttiğimiz olumsuz etkileri yanında, görüldüğü üzere olumlu etkileri de yok değildir. İlke ile uzun prosedürlere gerek kalmadan hızlı bir şekilde üye devletlerin ürünlere yönelik farklı standartları engellenerek aktif bir ticaret ortamı sağlanabilmektedir. Böylece pozitif entegrasyona⁸²³ olan ihtiyaç minimal düzeye indirilmektedir⁸²⁴.

Kendi menfaatlerini ön planda tutan devlet mevzuatları arasındaki farklılıkların giderilmesi için kullanılan karşılıklı tanıma prensibi, zamanla bir karine haline gelmiştir; ancak aynı kararlar, haklı bir nedene dayanması şartıyla getirilen zorunlu gerekliliklerin üye devletlerin hukuk sistemleri arasındaki farklılığı meşru kılması, malların serbest dolaşımına etki etmeye başlamıştır⁸²⁵. Eş etkili önlem yasağına aykırı ulusal düzenlemelerin kamu yararı doğrultusunda mazur görülebilmesi için getirilen kriterler ile hukuka aykırı ithalat kısıtlamasının haklı kılınabileceği kapılar açılmıştır. Belirli bir sınırı ve kesin çizgileri olmayan bu kapıların ortak paydası, kamu menfaatlerinin sağlanabilmesi için olmazsa olmaz gerekliliklerdir.

c. Haklı Sebep ve Zorunlu Gereklilik Kavramları

Cassis de Dijon Davasında, Alman Hükûmetinin gerekçelerini reddeden Adalet Divanı, alkol oranlarına yönelik kısıtlamaların zorunlu ihtiyaçlardan birini karşılama amacı taşımadığı, dolayısıyla belirtilen yasal sınırlardan daha az alkol içeren ithal içkilerin ülke pazarına girmesine engel haklı ve geçerli bir nedenin bulunmadığından

⁸²¹ ÇÖPOĞLU, s.110.

⁸²² “İskoç Viskisi”, “Lübeck Badem Ezmesi” veya “Nürnberg Kızartılmış Sosisleri” gibi menşe nitelendirmeleri, bugün Birliğin ikincil hukuku ile güvence altına alınmıştır. 14.07.1992 tarih ve 208/92 sayılı Tüzük, tarım ürünleri ve gıdalar için coğrafik bilgileri ve menşe nitelendirmeleri korumakta ve bunun koşullarını düzenlemektedir. CAN, s.408; dn.171.

⁸²³ Pozitif entegrasyon tamlaması, Birlik çapında tek bir standart oluşturma çabası şeklinde açıklanabilir.

⁸²⁴ DASHWOOD ve WYATT, s.582.

⁸²⁵ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s.234.

bahisle⁸²⁶ ürünlerin pazarlanmasını yasaklayan düzenlemeyi Birlik hukukuna aykırı kabul etmiştir⁸²⁷. Bu kapsamda Pazar içi serbest dolaşım özgürlüğünün, üye devletlerin haklı sebebe dayanmayan düzenleme ve politikalarının daima önünde olduğu söylenebilecektir⁸²⁸.

Zorunlu gerekliliklerin tespitinde rol oynayan belki de en önemli ilke, uygulamanın haklı bir sebebe⁸²⁹ dayanması ve bu sebep gereği duyulan ihtiyaç ile orantılı olmasıdır. Kamu yararının gerektirdiği bir hal nedeniyle serbest dolaşımı kısıtlayan düzenlemelerin hiçbir zaman maksadını aşacak boyutlara ulaşmaması gerekir. Ulaşılmak istenen amaç ile onu elde etmek için gözden çıkarılan şey arasında bir denge⁸³⁰ olmadığı takdirde üye devlet düzenlemesi hukuka uygunluk korumasından yararlanamaz hale gelecektir.

2. Cassis de Dijon Kararının Sonuçları Bakımından İnceleme

Cassis de Dijon Kararı, önemi itibariyle fazlaca konuşulduğundan sonuçları üzerinde durmaya ve tartışmaya değer niteliktedir. Görüldüğü üzere, *Dassonville* Kararı ile yola çıkan Divan, 1979 yılında verdiği *Cassis de Dijon* Kararıyla *Dassonville* Kararındaki sonuçları teyit etmiş, ancak bununla birlikte, bazı noktalarda önceki görüşlerini desteklerken bazı noktalarda ise yorumunu değiştirmiş ve önemli yeni prensipler benimsemiştir.

Cassis'den önce, *Dassonville* formülündeki herhangi bir tedbirin madde 34 ü ihlal edeceği ve sadece 36 ncı maddenin öngördüğü gerekçelerden birinin bulunması durumunda haklı görülebileceği kabul edilmiştir. *Cassis*'den sonra ise Divan'a, kamu yararının zorunlu gerekliliklerini korumak için bir dolaylı ayırıcı uygulamaya ihtiyaç

⁸²⁶ GREEN, HARTLEY ve USHER, s.61.

⁸²⁷ C-120/78 *Cassis de Dijon* (1979) ECR 662, para. 8, 13.

⁸²⁸ TEKİNALP ve diğerleri, s.267.

⁸²⁹ Kavramın yabancı içtihatlardaki karşılığı “The rule of reason” şeklindedir.

⁸³⁰ BOZKURT, ÖZCAN ve KÖKTAŞ, s. 235.

duyulmasında durumunda, anılan uygulamanın 34 üncü madde dışında değerlendirilebilme imkanı verilmiştir⁸³¹.

Kararın temelinde, ulusal düzenlemenin ticareti engelleyici etkisinin tespitinde süzgeç rolü oynayan “pazara erişim” kriterinin daha baskın olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte, *Dassonville* formülünde yer almayan ancak 70/50 sayılı Yönerge ile gündeme gelen “doğrudan ve dolaylı ayrımcı uygulama” ayırımına dikkat çekilmiştir. Ayrımcı ticaret engellerinin kaldırılması, tek pazar bütünleşmesinin sağlanması için bir gereklilik olarak görülse de tek başına yeterli olmamıştır. Komisyonun 70/50 sayılı Yönerge çerçevesinde takdir ettiği bu durum, mallar arasında kökene bağlı ayrımcılık oluşturmamasına rağmen, üye devletler arası ticareti engelleme kabiliyetine sahip kuralların da eş etkili önlem yasağı kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Bu nedenle, Yönergenin ayrımcı uygulamaları düzenleyen 2 nci maddenin yanında, 3 üncü madde ile pazardaki ürünlerin şekli, ağırlığı, ölçüsü, kompozisyonu, sunumu ve kimliğine ilişkin örtülü önlemler de Yönerge kapsamına alınmıştır.

Adalet Divanı tarafından verilen kararlarda ise, *Dassonville* Kararında açıkça değinilmese de, ayrımcı olmayan uygulamaların da madde 34 kapsamında değerlendirilme ihtimali ortaya çıkmıştır. *Cassis* Kararında ise, ticareti engellemeye elverişli ayrımcı olmayan yani dolaylı ayrımcı uygulamaların da madde 34 kapsamında değerlendirileceği kesinleşmiş; önlemlerin ayrımcı olup olmadığına bakılmaksızın pazara erişimi kısıtlayıcı her türlü önlemin eş etkili önlem olduğu teyit edilmiştir⁸³². Böylece, Komisyonun 70/50 sayılı Yönergesi ile ekilen tohumların, Adalet Divanı içtihatlarından *Dassonville* etkisiyle büyüdüğü ve *Cassis* ile çığır açan meyveler verdiği görülmektedir⁸³³.

Belirtelim ki, bu kararda asıl önemli olan, 36 ncı maddede belirtilen istisna hükmüne ek olarak 34 üncü madde dahilinde, üye devletler lehine bir kaçış klozu

⁸³¹ STEINER ve WOODS, s.421; DÖĞÜŞ, s.14.

⁸³² WEATHERILL, s.379.

⁸³³ CRAIG ve de BURCA, s.647.

getirilmesidir. Öyle ki; üye devletlere tanınan yetki sayesinde, henüz uyumlaştırma yapılmamış alanlarda, Kurucu Antlaşma hükümlerine aykırı olan üye devlet düzenlemelerine, ancak Birliğin meşru politika hedeflerine uygun olması kaydıyla tahammül gösterilecektir.

Kural olarak dar yorumlanması gereken istisna hükümlerinin Antlaşma'da sayılan haller dışına çıkamaması, hukuka uygun karakter taşıyan bazı düzenlemelerin yasak kapsamında değerlendirilmesine ve adaletsizliklere neden olmuş ve uygulamada sorunlarla karşılaşmıştır. Adalet Divanı ise hizmet ettiği amaçlar bakımından düzenlemeyi haklı kılacak ve hukuka uygun hale getirebilecek nedenleri görmezden gelmeyi reddetmiş; bunun sonucu olarak *Cassis* Davasında, hukuka uygunluk hallerini tespit ederek etkin şekilde uygulanmasının önünü açmıştır. Bu itibarla kararı ile, Antlaşmada tahdidi olarak sayılan istisna hükümlerine ek olarak, kamu menfaatlerinin zorunlu gereklilikleri, haklı neden ve makul olma prensipleri getirilmiş ve Ortak Pazar içi ticaretin “kamu menfaatinin zorunlu gereklilikleri” durumunda, “haklı gerekçelerle” olmak kaydıyla “makul şekilde” engellenebileceği kabul edilmiştir⁸³⁴. Buradaki makul olma prensibi, uygulanacak kısıtlamanın ya da tedbirin maksadını aşmaması, amaç ile düzenlemenin orantılı olması şeklinde anlaşılmalıdır.

Böylece, *Cassis* Kararından itibaren Kurucu Antlaşma'da yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerinin de kabul edilmeye başladığı söylenebilir. Haklı neden kavramı ise zorunlu gereklilik hallerinin tespitinde bir ölçüt olarak kullanılmıştır. Bu şekilde, üye devletler arası mevzuat farklılıklarından kaynaklanan ve 34 üncü maddeyi ihlal eden ulusal ticari önlemler, Birlik düzeyinde uyumlaştırma yapılabildiği kadar geçerli kabul edilmiş; malların serbest dolaşımına yönelik pazara erişimi engelleyen ya da güçleştiren engeller, meşru sebeplerle haklı gösterilmedikçe yasak sayılmıştır.

Avrupa Birliği hukuku literatüründe yeni olan bu yorum, genişlemekte olan ve farklılıklara sahip üye devletlerin bulunduğu Birliğin ilke ve politikalarını günün ihtiyaçlarına göre şekillendiren dinamik yapısına uygun açık bir kapı bırakmıştır. Her somut olayın özelliğine göre tayin edilecek hukuka uygunluk halleri, sınırlı sayıda

⁸³⁴ C-120/78 *Cassis de Dijon* (1979) ECR 664, para. 14. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.649.

olmaması nedeniyle gelişmeye açıktır. Böylece, Adalet Divanı'nın iş yükü arttırılarak üye devletlere geniş bir hareket alanı bırakılmıştır.

Burada önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus, yalnızca ayrımcı olmayan yani dolaylı ayrımcı önlemler bakımından zorunlu gerekliliklere müsamaha gösterilebilecek olmasıdır. Ayrımcılık içermeyen (dolaylı ayrımcı) ulusal düzenlemeler, kamu yararının emredici gereklilikleri çerçevesinde makul olmaları kaydıyla Birlik hukukuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Ayrımcı önlemler ise haklı bir sebep olsa bile zorunlu gereklilik kapsamında değerlendirilememektedir. Bu durumda, 34 üncü madde ile birlikte gündeme gelen istisnai nitelikteki hukuka uygunluk hallerinin, *Cassis* kararıyla birlikte yalnızca dolaylı ayrımcı önlemler bakımından kabul edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Diğer taraftan, *Cassis* Kararıyla birlikte ev sahibi ülke kuralından vazgeçen Divan, malların serbest dolaşımı önündeki engellerin ortadan kaldırılması amacıyla Birlik içi uygulamada menşe ülke prensibini geçerli kılmış, bunun sonucu olarak da karşılıklı tanıma ilkesini kabul etmiştir.

Karşılıklı tanıma ilkesi, farklı ve birbiriyle yarışan ve rekabet edebilen hukuk sistemleri ortaya koymaktadır. Bu ilke sayesinde Fransa'da hukuka uygun olarak üretilen mallar Almanya'da da satılabilmektedir; böylece Alman tüketiciler, farklı özelliklere sahip Fransız mallarıyla Alman malları arasında seçim yapabilme imkanına sahip olurlar. Bu durum ise, ulusal kuralların çeşitliliğinin korunması sonucunu doğurmaktadır⁸³⁵.

Belirtelim ki, karşılıklı tanıma ilkesinin riskli sonuçları da bulunmaktadır. Çünkü her ulusal standardın eşdeğer olduğu varsayılmıştır. Ulusal standartlara göre üretilen mallar diğer tüm üye devlet piyasalarına girebilmektedir. Bu nedenle, artık 'Euro' bölgesinde meyve likörünün düzenlendiği özel bir tarife ihtiyaç kalmamıştır. Nitekim uyumlaştırma, üye devletlerde yasal olarak yürürlüğe giren zorunlu gereklilik ya da 36 ncı madde istisnalarına ilişkin alanlarla sınırlı olacaktır. Bu alanlar dışındaki uyumlaştırmada, karşılıklı tanıma prensibi geçerli olacak ve bir üye devlette hukuka

⁸³⁵ BARNARD, s.94.

uygun olarak üretilen mallar, bir başka üye devlet piyasasına kolayca erişim sağlayabilecektir. Bu sonuç, farklı geleneksel düzenlemelerin ve farklı üretimlerin (ürünlerin) bir arada bulunmaya devam edeceğini göstermekle beraber, karşılıklı tanımanın uygulanmasıyla artık daha fazla mevzuat uyumlaştırmasına gerek kalmayacağı endişesini de doğurmuştur⁸³⁶.

Cassis sonucunda ortaya çıkan bir diğer risk, sermayenin serbest dolaşımının uygulanması ile gündeme gelmektedir. Örneğin, Alman bir kişinin Fransa'ya giderek, orada düşük Fransız standartlarına uygun olarak meyve likörü üretmesi ve bu meyve likörünü *Cassis* prensiplerine dayanarak Alman piyasasında satabilmek için Fransa'da iş kurması mümkündür. Bu durum, Almanya'daki iş üzerinde önemli etkiler doğurabilme kabiliyetine sahiptir. Alternatif olarak, sermaye taşınmaz, fakat Alman tüketiciler, Alman meyve likörleri yerine daha ucuz olan Fransız *Cassis*'ini tercih ederse, bu sonuç da Almanya'daki işler için zararlı olacaktır. Böyle bir durumda, Alman üreticilerin zarara uğramaması için Alman Hükûmetinin daha düşük standartlarda üretim yapılması yönünde kulis yapması bir çözüm olabilir. Bunun sonucunda eğer Almanya'nın daha düşük standartlara üretime başlaması söz konusu olursa, Fransız üreticilerin de kendi ülkelerinden benzer şekilde daha düşük standartlarda üretim yapılmasının önünü açması talebi gündeme gelebilir ve bu durum, dibe doğru sonu olmayan bir yarışa, bir diğer deyişle ürün kalitesinde bir çöküşe neden olabilir⁸³⁷.

Rekabet sonucunda ürünlerdeki kalite standartlarının düşüşüne neden olarak olumsuz sonuçlar doğurabilme riskine rağmen *Cassis* Kararı, demokratik şekilde seçilen ulusal hükûmetler tarafından getirilen yüksek ulusal standartların düşürülme tehlikesi pahasına Birliğin ilgisini pazar entegrasyonuna teşvik eden bir karar halini almıştır. Tek pazarın sağlanması uğruna benimsenen bu durum, eğer ulusal hukuktaki ilgili alanı düzenleyen kurallar dibe vurur ve yerine eşdeğer bir Birlik hukuk düzenlemesi getirilemezse "düzenleyici boşluk" oluşturma tehlikesini beraberinde getirmektedir ve

⁸³⁶ BARNARD, s.95.

⁸³⁷ *Cassis* kararının 12 nci paragrafında, bu sorunun Alman hükûmeti tarafından ileri sürüldüğü görülmektedir; "...alkollü ürünlerin serbest dolaşımına izin verilmesi, üretimin yapıldığı ülkede ortaya konan kurallara uygun alkol içeriğiyle ilgili olarak, herhangi bir üye devlette izin verilen en düşük alkol oranının, Birlik içinde ortak bir standart haline getirme etkisi taşımaktadır." .

kurallardan yoksun kalan pazar ise düzensizliğe terk edilmiş olur⁸³⁸. Bazı yazarlar, bu düzensizlik ihtimaline ilişkin endişelerini dile getirmişse de, Weatherill tarafından aşırı duyarlı olunmaması gerektiği uyarısında bulunmaktadır. Yazar, "*Avrupa pazarının bütünleşmesinin gelişimi, üye devletlerdeki yüzyıllık işe yaramaz düzenleyici gelenek ile karşı karşıya kalmaktadır*" demektedir⁸³⁹.

Cassis de Dijon'daki bu fikir ayrılığının sonuçları, piyasa yapıcılığında Alman üreticilerin, aynı zamanda, bundan yararlanarak ürün seçiminde daha geniş erişim imkanı elde eden Alman tüketicilerin ve daha geniş bir pazara satış yapabilen tüccarların çıkarları lehine olmuştur⁸⁴⁰. Ek olarak, bu, her zaman tüketiciler daha ucuz ve muhtemelen daha düşük standartlı olanı satın alacak demek değildir; bunun yerine kaliteli ve daha pahalı olanı da tercih edebilirler. *Drei Glocken*⁸⁴¹ Davası bu durumun bir örneğini teşkil etmektedir. Bu kararda, dibe doğru bir yarış değil, kalite bakımından zirveye doğru bir rekabet olduğu görülmektedir.

Köklü yenilikler getiren *Cassis de Dijon* Kararında Adalet Divanı, yarışan iki menfaat arasında denge kurmuştur. Bir taraftan, ev sahibi devletlerin, ulusal pazara her girişte yabancı ürünlere teknik gereksinimler empoze etme yetkisini reddeden tacirlerin çıkarlarını karşılamak istemiş⁸⁴², diğer taraftan, üye devletlerin 36.maddedeki kapsamlı istisnalar listesinde tanımlanmayan çıkarlarını korumak için, çevrenin ve tüketicinin korunması gibi artan ihtiyaçlarını karşılamıştır. Böylece Adalet Divanı, *Cassis de Dijon* Kararında, gerek üye devletlerin gerekse ithalatla uğraşan tacirlerin çıkarlarının uzlaştırılmasını sağlamıştır.

⁸³⁸ BARNARD, s.94.

⁸³⁹ Stephen WEATHERILL, "**Pre-emption, harmonisation and the distribution of competence to regulate the internal market**", Catherine BARNARD ve Joanne SCOTT (Ed.), **The Law of the Single European Market**, 2002, s. 34, 49.

⁸⁴⁰ BARNARD, s.95.

⁸⁴¹ C-407/85 *Drei Glocken GmbH and Gertraud Kritzingler v USL Centro-Sud and Provincia autonoma di Bolzano* (1988) ECR 4233.

⁸⁴² Tacirler, ürünlerin bir üye devlette hukuka uygun üretilmeleri halinde, diğer tüm üye devletlerin pazarlarında da satılması gerektiğini iddia etmektedir.

3. *Cassis de Dijon* Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemler Prosedürü

Adalet Divanı'nın *Cassis de Dijon* Kararındaki hükmü, izlediği yolu açıklığa kavuşturmak ve eş etkili önlemlerin tespitinde faydalanmak üzere bir şema oluşturulması açısından üç basamakta incelenebilir. Buna göre;

(1) “*Alkolün üretimi ve pazarlanmasına ilişkin ortak kuralların yokluğunda ...kendi ülkelerinde alkol ve alkollü içeceklerin üretimi ve pazarlanmasına ilişkin konuları düzenlemek üye devletlere aittir.*”⁸⁴³

Öyleyse; Avrupa Birliği, bir alanı ortak kurallar ile uyumlaştırmamış ise, kural olarak, üye devletler, düzenleyici yetkiye sahiptir.

(2) “*...bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan alkollü içeceklerin bir başka üye devlet pazarına sunulamaması için hiçbir geçerli neden bulunmamaktadır.*”⁸⁴⁴

Bu durumda, karine olarak karşılıklı tanıma ilkesini benimseyen hükme göre, bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan mallar, diğer üye devletlerde de pazarlanabilmelidir.

(3) “*...Ulusal hükümler; özellikle mali denetimin etkililiği, genel sağlığın korunması ve adil olmayan ticari işlemlere karşı tüketicinin korunmasına ilişkin zorunlu gereklilikleri karşılamak için gerekli kabul ediliyorsa, ihtilaflı ürünlerin pazarlanmasına ilişkin ulusal kurallar arasındaki eşitsizlikten kaynaklanan (Birlik) içindeki dolaşıma yönelik engeller kabullenilmelidir.*”⁸⁴⁵

⁸⁴³ C-120/78 *Cassis de Dijon* (1979) ECR 662, para.8.

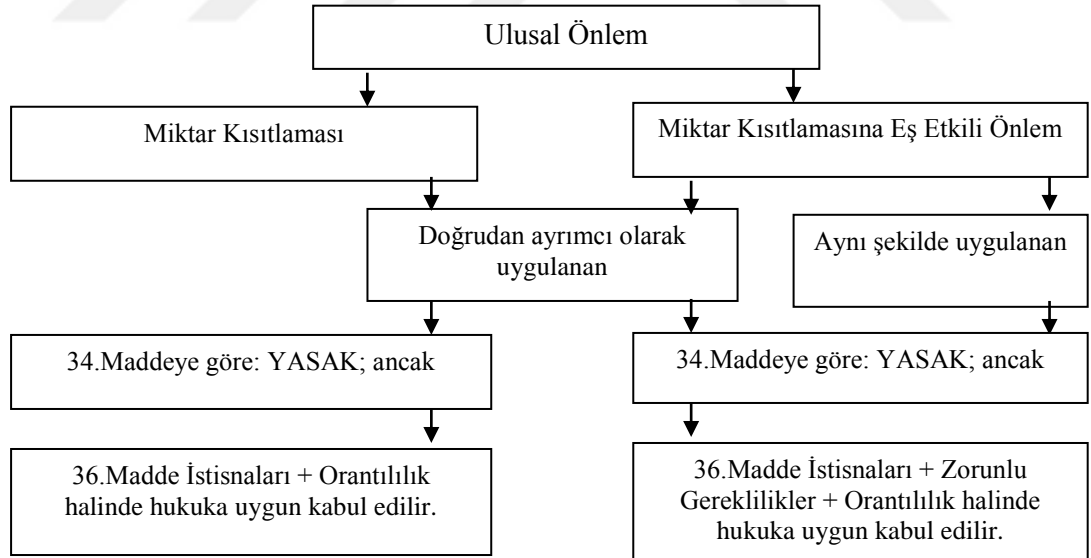
⁸⁴⁴ C-120/78 *Cassis de Dijon* (1979) ECR 664, para. 15.

⁸⁴⁵ C-120/78 *Cassis de Dijon* (1979) ECR 662, para. 9.

Hükmün, makul olma kuralı olarak nitelendirilen bu kısmı uyarınca, Birlik içindeki dolaşıma yönelik engeller, zorunlu gereklilikler ile haklı gösterilmedikçe, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak yasaktır.

Kararın kısa özetinden sonra görüldüğü üzere Adalet Divanı, öncelikle karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanıp uygulanmadığına bakmakta, sonrasında bu düzenlemenin ticareti güçleştirici etkisinin olup olmadığını değerlendirmekte, Birlik içi ticareti engellemeye elverişli ise makul olma kuralı çerçevesinde 36 ncı maddeden doğan istisnai hallerden ya da zorunlu gerekliliklerden birinin bulunup bulunmadığına göre yorum yapmaktadır. Şayet bu hallerden biri söz konusu ise, düzenlemenin ulaşılmak istenen amaç ve Birlik menfaatleri ile orantılı olup olmadığı tespit edilmekte ve neticede orantılı ise hukuka uygun kabul edilmekte; orantılı değilse eş etkili önlem yasağı kapsamında nitelendirilmektedir.

Bu incelemeden sonra eş etkili önlemlerin tespitinde Adalet Divanı'nın izlediği yol şu şekilde özetlenebilecektir⁸⁴⁶:



Şema.2.

Cassis de Dijon Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi

⁸⁴⁶ GÖÇMEN, s.29-35.

II. ADALET DİVANI'NIN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMINA YENİ YAKLAŞIMLARI

A. Dassonville ve Cassis de Dijon ile Benimsenen Temel Kuralların Karmaşıklaşması

1. Cinéthèque Kararı

Dassonville ve *Cassis* ile benimsenen usul ve esaslar birçok kararda uygulanmış ve ilk başlarda her şey yolunda gitmiş, hiçbir sorun ortaya çıkmamış⁸⁴⁷; ancak ilerleyen zaman içinde 34 üncü maddenin sınırlarının tartışıldığı davalar gündeme gelmeye başlamıştır. Bu doğrultuda, 34 üncü maddenin sınırlarını belirleyebilmek üzere, ayrımcı ve ayrımcı olmayan uygulamalar arasında bir ayrıştırma yapma fikri ortaya atılmıştır⁸⁴⁸. Dolaylı ayrımcı uygulamaların 34 üncü madde dışında bırakılması fikrinin tartışıldığı *Oebel* ve *Blesgen* Davaları, bunlara örnek gösterilebilir.

*Oebel*⁸⁴⁹ Kararı, fırın ürünlerinin gece saatlerinde tüketicilere ve perakendecilere dağıtılmasını yasaklayan bir kuralı konu edinmektedir. Bu kural, hem ulusal hem de yabancı mallara eşit şekilde uygulandığından, Adalet Divanı tarafından dolaylı ayrımcı olduğuna dikkate çekilerek 34 üncü madde dışında yorumlanmıştır⁸⁵⁰.

*Blesgen*⁸⁵¹ Kararında ise, halka açık olan yerlerde belirli alkol oranı üzerindeki içkilerin satışını kısıtlayan bir ulusal düzenleme dava konusu edilmiştir. Bu düzenleme, tüm içkilere eşit şekilde uygulanması nedeniyle doğrudan ayrımcılık oluşturmamakta, ancak yerli tacirlerle eşit koşullara sahip olmayan ithalatçılar bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle Adalet Divanı, uygulamanın dolaylı ayrımcı nitelikte olduğunu belirterek 34 üncü madde dışında kalması gerektiğini söylemiştir.

⁸⁴⁷ Örnek olarak bkz. C-407/85 *Drei Glocken v. USL Centro-Sud* (1988) ECR 4233; C-362/88 *GB-INNO-BM v. Confédération du Commerce Luxembourgeois Asbl* (1990) ECR I-667.

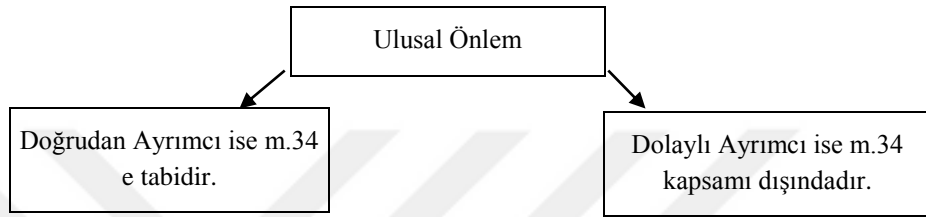
⁸⁴⁸ CRAIG ve de BURCA, s. 611; THORVALDSSON, s.16.

⁸⁴⁹ C-155/80 *Sergius Oebel* (1981) ECR 1983.

⁸⁵⁰ Adalet Divanı'nın benzer sonuçlara ulaştığı diğer kararlara örnek olarak: C-148/85 *Direction Générale des Impôts and Procureur de la République v. Forest* (1986) ECR 3449; C-23/89 *Quietlynn Ltd. v. Southend-on Sea BC* (1990) ECR I-3059.

⁸⁵¹ C-75/81 *Joseph Henri Thomas Blesgen v Belçika* (1982) ECR 1211.

Kolaylıkla görüldüğü üzere Adalet Divanı, bahsi geçen her iki kararda da söz konusu kısıtlamaların, ürünlerin doğası veya menşesi arasında ayırım yapıp yapmadığı üzerine yoğunlaşmıştır. Neticede, ürünlerin ithalatı ile bağlantısı olmayan ve dolayısıyla Üye Devletler arasındaki ticareti engelleyecek nitelikte de bulunmayan kuralların 34 üncü madde yasağı çerçevesinde değerlendirilemeyeceği ve 34 üncü madde sınırı dışında kaldığı sonucuna ulaşmıştır.



Şema.3.

Cinéthèque Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi

Burada Adalet Divanı'nın ulaştığı formül açıktır: Dolaylı ayrımcı uygulamalar 34 üncü madde kapsamında kabul edilmemeli, yalnızca çifte standart uygulayan ayrımcı kurallar yasak kapsamında kalmalıdır; çünkü yerli ve ithal mallara eşit şekilde uygulanan kuralların⁸⁵² ithalatı engelleyici bir etkisi bulunmamaktadır⁸⁵³.

Ancak Adalet Divanı, bu formüle sadık kalmamış ve *Cinéthèque*⁸⁵⁴ Kararında, *Oebel* ve *Blesgen*'dekinden farklı bir sonuca ulaşmıştır. *Oebel* ve *Blesgen* Kararlarında eşit şekilde uygulanan dolaylı ayrımcı uygulamaları 34 üncü madde dışında değerlendiren Divan, *Cinéthèque* Davasında, anılan ulusal düzenleme dolaylı ayrımcı olmasına rağmen, bu uygulamayı 34 üncü madde yasağı sınırları içinde kabul etmiş⁸⁵⁵ ve karmaşıklaşma, Adalet Divanı'nın bu istikrarsız tavrıyla birlikte ortaya çıkmıştır.

⁸⁵² "Equal burden rules".

⁸⁵³ THORVALDSSON, s.16.

⁸⁵⁴ C-60-61/84 Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français (1985) ECR 2605.

⁸⁵⁵ C-60-61/84 Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français (1985) ECR 2626, para. 24, 25.

Cinéthèque Kararına konu dava, filmlerin yayınlanmasından sonraki ilk yıl boyunca video kayıtlarının satışını ve kiralanmasını yasaklayan Fransız kurallarına ilişkindir. Yerli ve ithal videolara eşit şekilde uygulanan bu yasak, açıkça dolaylı ayrımcılık oluşturmaktadır, ancak Adalet Divanı, söz konusu yasak hükmünün 34 üncü madde kapsamında olduğuna karar vermiştir⁸⁵⁶. Böylece Divan, *Dassonville* ile benimsediğinden farklı bir yaklaşım getirerek 34 üncü maddeyi dolaylı ayrımcı kurallar bakımından da uygulanabilir kılmış ve bu görüş, dolaylı ayrımcı uygulamaların Birlik içi ticaret için engel oluşturabileceği varsayımına dayandırılmıştır⁸⁵⁷.

2. Pazar Günü Ticaret Yapma Yasağı Kapsamındaki Kararlar

İngiltere'nin, dükkanların Pazar günleri satış yapmasını yasaklayan kuralları⁸⁵⁸, 1980'li yılların sonlarında dava konusu olmaya başlamış ve bu davalardan bazıları Adalet Divanı önüne getirilmiştir.

Pazar günü satış yasağı kuralları, yerli ve yabancı mallara eşit derecede uygulanan kuralları konu edinmektedir. Bu açıdan Adalet Divanı, *Cinéthèque* Davasında istisnai koşullar bulunduğunu ve bu nedenle dolaylı ayrımcı uygulamalara ilişkin görüşünden saptığını açıkça belirterek *Oebel* ve *Blesgen*'deki yaklaşımına geri dönmek için iyi bir fırsat yakalamış olmasına rağmen bunu yapmamış ve aksine, *Cinéthèque*'deki ile aynı yaklaşımı benimsemiştir.

Divan, Pazar günü satış yasağına ilişkin kuralların birer dolaylı ayrımcı uygulama niteliğinde olduğunu ve bu nedenle de 34 üncü madde kapsamında değerlendirileceğini, bu kuralların ancak bir zorunlu gereklilik altında haklı kabul edilerek 34 üncü madde dışında kalabileceğini belirtmiştir⁸⁵⁹. Bu noktada kabul ettiği zorunlu gereklilik ise, çalışma saatlerinin ulusal veya bölgesel olarak sosyo-kültürel özelliklere uyacak şekilde düzenlenmesini sağlamaktır.

⁸⁵⁶ C-60-61/84 *Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français* (1985) ECR 2628.

⁸⁵⁷ THORVALDSSON, s.1.

⁸⁵⁸ Yabancı literatürde "The Sunday Trading" davaları olarak yer almaktadır.

⁸⁵⁹ C-60-61/84 *Cinéthèque SA ve diğerleri v Fédération nationale des cinémas français* (1985) ECR 2626, para. 24.

Pazar günü ticaret yasağına örnek olarak *Torfaen*⁸⁶⁰ Davası incelenebilir. Dava konusu olayda bir dükkan, Pazar günü ticaret yapma yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle dava edilmiştir. Buna karşılık dükkan sahibi, yasanın Birlik içi ticareti engellediğini ve böylece miktar kısıtlamasına eşdeğer bir önlem oluşturduğunu iddia etmiştir. Somut olayda ise söz konusu yasanın uygulanması ile, Pazar günleri dükkanların kapanması nedeniyle kaybedilen ek cironun hem yerli hem de yabancı mal ticaretini etkilediği görülmüş ve toplam ciro yaklaşık % 10 azalmış, ancak yabancı mallar yerli mallardan daha kötü bir duruma düşmemiştir.

Davayı karara bağlayan Adalet Divanı, öncelikle *Cinéthèque*'deki görüşünü yineleyerek söz konusu uygulamanın, her ne kadar yerli ve ithal mallara eşit şekilde uygulanıyor olsa da dolaylı ayrımcılık oluşturma riski bulunduğunu ve bu sebeple 34 üncü madde kapsamında olması gerektiğini belirtmiş, devamında ise ilginç bir şekilde *Oebel*'e atıfta bulunarak, Antlaşmanın izlediği kamu menfaatlerinin hedefleri ile uyumlu bir şekilde ekmek ve şekerleme endüstrisinde çalışma, teslimat ve satış saatlerini düzenleyen ulusal kuralların ekonomik ve sosyal politikanın meşru bir bölümünü oluşturduğunu söylemiştir⁸⁶¹.

Adalet Divanı, *Torfaen* Kararında, İngiltere ve Galler'de uygulanan Pazar günleri ticaret yapma yasağını dolaylı ayrımcı bir uygulama olarak 34 üncü madde kapsamında kabul etmiş ve bu uygulamanın her ne kadar sonuç olarak sosyo-kültürel yapının korunması amacıyla haklı kılındığını belirtse de, üye ülkelerin belirli bölgelerinde uygulanan önlemlerin Birlik içi ticarete dolaylı etki yapabileceğini ifade ederek *Dassonville* formülünün uygulama alanını bu kapsamda genişletmiştir⁸⁶².

Bu durum, Adalet Divanı'nın, söz konusu kuralların türüne göre herhangi bir ayırım yapma niyetinde olmadığı ve herhangi bir ayrımcılık yaratmadığı hallerde öncelikle Birlik içi ticaret üzerindeki etkisine bakmak gerektiği sonucuna ulaştığını göstermektedir.

⁸⁶⁰ C-145/88 *Torfaen* BC v. B & Q plc (1989) ECR 3851.

⁸⁶¹ C-145/88 *Torfaen* BC v. B & Q plc (1989) ECR 3851, para. 13 ve 14. Ayrıca bkz. CHRISS, s.167-168.

⁸⁶² GÜRBÜZER, s.85.

*Marchandise*⁸⁶³ Kararı Divan'ın bu görüşünü destekleyen bir diğer örnektir. Kararda özetle, işçilerin Pazar günleri çalışmasını yasaklayan yasaların ticareti kontrol etmek için tasarlanmadığı, ancak bununla birlikte, ticareti kısıtlayıcı etkiler doğurabileceği ve bu etkilerin de satış hacmi ve dolayısıyla ithalat hacmi üzerinde negatif yankı uyandırabileceğini belirtmiştir⁸⁶⁴. Başka bir deyişle, Divan, dolaylı ayırıcı önlemlerin de 34 üncü madde kapsamında olması gerektiği görüşünü savunmaktadır ve bu sebeple, *Oebel* ve benzer diğer davalarda yaptığı gibi doğrudan ve dolaylı ayırıcı kurallar arasında bir sınır çizerek dolaylı ayırıcı uygulamaların etkilerinin *Dassonville* formülü kapsamında kabul edilmesi için çok belirsiz olduğunu varsaymak yerine, *Cinéthèque* ile çizdiği yolu takip etmeye karar vermiştir⁸⁶⁵.

Keck Kararı öncesinde Pazar günleri ticaret yasağına ilişkin görülen son dava, *Stoke-on-Trent*⁸⁶⁶ Davasıdır. Davanın hukuk sözcüsü Van Gerven, huzurdaki davayı *Torfaen*, *Conforama* ve *Marchandise* Davalarında ulaşılan sonuçlardan ayırmak için herhangi bir sebep görememiş ve Adalet Divanı da Van Gerven'in görüşüne katılmış, ancak dava konusu sorunu ele alırken bir sonraki aşamaya geçerek orantılılık testini uygulamıştır. Kararın ilgili bölümü aşağıdaki gibidir:

*"Birlik hukuku kapsamında meşru bir amaç izleyen ulusal kuralların orantılılığını değerlendirmek, malların serbest dolaşımını sağlamak için Birlik çıkarlarına karşı bu amaca ulaşma konusundaki ulusal çıkarın ağırlığını ortaya koymayı gerektirir. Bu bağlamda, söz konusu kuralların Birlik içi ticareti kısıtlayıcı etkilerinin, ulusal amaç doğrultusunda gerekli olanı aşmamasını sağlamak için, bu etkilerin doğrudan, dolaylı veya tamamen spekülasyon olup olmadığı ve ithal ürünlerin pazarlanmasını yerli ürünlerin pazarlanmasından daha fazla engelleyip engellemediği değerlendirilmelidir."*⁸⁶⁷

⁸⁶³ C-332/89 André Marchandise ve diğerleri (1991) ECR I-1027.

⁸⁶⁴ Bu yönde bir diğer karar için bkz. C-312/89 Union Départementale des Syndicats CGT de l'Aisne v SIDEF Conforama ve diğerleri (1991) ECR I-997.

⁸⁶⁵ THORVALDSSON, s.18.

⁸⁶⁶ C-169/91 Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q (1992) ECR I-6635.

⁸⁶⁷ C-169/91 Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q (1992) ECR I-6635, para 15.

Kararda üye devletlere fazlasıyla takdir hakkı bırakılmıştır. Ancak bu kararda ulaşılan değerlendirmenin de, her üye devletin orantılılık anlayışı ve hassasiyeti farklı olduğundan ilerleyen dönemlerde problemlere sebep olduğu görülmektedir⁸⁶⁸.

Nihayetinde, Adalet Divanı'nın 34 üncü maddenin kapsamını ve sınırlarını belirlemeye dair bu kararsız tutumuna bir çözüm önerisi de WHITE'tan gelmiştir. WHITE'a göre; bir yandan malların özellikleri ile ilgili kurallar ile diğer yandan malların satılabileceği koşullara ilişkin kurallar arasında bir ayırım yapmak gereklidir⁸⁶⁹. Bu fikir, Adalet Divanı tarafından da değer bulmuş ve Divan, WHITE'ın bu yorumunu dikkate alarak *Keck ve Mithouard* Kararını vermiştir. Divan'ın ulaştığı sonuç, WHITE'ın görüşüyle aynıdır. Bu durumda, WHITE'ın, dolaylı ayrımcı uygulamaların 34 üncü madde kapsamında kabul edilip edilmeyeceği karmaşasına bir çözüm olarak sunduğu söz konusu ayırım, *Keck* ve devamındaki kararlarda, ürün gereklilikleri ve satış düzenlemeleri ayırımı olarak yerini bulacaktır.

B. Belirli Satış Düzenlemeleri Yaklaşımı

Keck Kararına kadar satış ve pazarlama koşullarına ilişkin kuralların 34 üncü madde kapsamı dışında değerlendirilebileceğinin inceleme konusu yapılmadığı görülmektedir. *Oosthoek* Davası da *Keck*'ten hemen önce verilmiş bir karar olarak gerek üye devletlerin gerekse Adalet Divanı'nın bakış açısını açıkça ortaya koymaktadır.

*Oosthoek*⁸⁷⁰ Davasında, ansiklopedi satışı ile bağlantılı olarak ücretsiz hediye vermeyi yasaklayan bir ulusal kural, itiraz konusu olmuştur. Kurala itiraz eden tacir, söz konusu yasağın özellikle etkili tanıtım yöntemi ve kitap satış hacmi üzerinde olumsuz etkileri olduğunu savunmaktadır. Adalet Divanı ise ticaret kotası kadar ciddi bir engel olmasa bile varsayımsal olumsuz etkilere dayanan bu argümanı kabul etmiş ve düzenlemenin 34 üncü madde yasağı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Kararda aynen ifade edildiği üzere;

⁸⁶⁸ REGAN, s.468.

⁸⁶⁹ WHITE, s. 235.

⁸⁷⁰ C-286/81 *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV* (1982) ECR 4575.

"Bazı reklam türlerini kısıtlayan ya da yasaklayan yasalar ve belirli satış promosyon yöntemleri, ithalatı doğrudan etkilememekle Birlikte, ithal edilen ürün için pazarlama fırsatlarını etkilediğinden miktar kısıtlaması gibi etki doğurabilir.

*Bir üye devletten bir başkasına ithalat yapan bir üreticiyi, farklı reklam veya satış promosyonları oluşturmaya ya da özellikle etkili olduğu düşünülen bir planı durdurmaya zorlamak, söz konusu mevzuatın yerli ürünler ve ithal edilen ürünler için ayırım yapılmaksızın uygulanması halinde bile ithalata engel teşkil edebilir (...). "*⁸⁷¹

Birlik hukuku alanında sürekli gelişim kaydeden miktar kısıtlaması ve eş etkili önlemler yasağı, *Keck ve Mithouard* Davası ile etkili bir değişim geçirmiştir. Divan'ın 34 üncü maddenin yorumuna ilişkin getirdiği yeni kıstaslar, başlangıç noktası olan *Dassonville* formülünün uygulanma şeklini belirginleştirmiş ve bazı sınırlara oturtmuştur⁸⁷². Liberal genişlemenin önüne geçen bu yorum, *Cassis* formülünü yeniden tanımlamış ve dolaylı ayrımcı uygulamaları; ürünlerin üretim yöntemlerine ilişkin düzenlemeler ve satış yöntemleriyle ilgili düzenlemeler olarak yeniden sınıflandırmıştır⁸⁷³.

Belirli satış düzenlemelerinin eş etkili önlem kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini öngören bu yaklaşıma göre, serbest dolaşımdan geçen ürünler, piyasaya sürülmek istenilen üye devletin kendi sınırları içinde uyguladığı satış politikalarına tabidir. Bir devletin, sınırları içindeki tüm tacirlere aynı satış düzenlemelerini getirmesi, sınırları üzerindeki egemenlik yetkisinden kaynaklanmaktadır ve bu tür satış düzenlemelerine müdahale eden ulusal önlemler, yerli ve ithal mallar üzerinde ayrımcılık oluşturmadığı müddetçe Birlik içi ticareti kısıtlamadığından eş etkili önlem olarak değerlendirilemez. Eş deyişle, (ayrımcı olmayan) belirli satış düzenlemelerinin *Dassonville* ile belirlenen çerçevenin dışına çıkarıldığı söylenebilecektir.

⁸⁷¹ C-286/81 Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV (1982) ECR 4575, para 15.

⁸⁷² THORVALDSSON, s.40; WEATHERILL, s.340.

⁸⁷³ WYATT/DASHWOOD, s.586.

1. Dassonville Formülünü Kısıtlayan Keck ve Mithouard Kararı

Adalet Divanı'nın, ürünün üretimine ilişkin önlemlerle satış ve sürümüne ilişkin önlemler arasında farklılık bulunabileceğine dair yorumu, daha önce başka kararlarda⁸⁷⁴ gündeme getirilmişse de ilk kez 1993 yılında verdiği *Keck*⁸⁷⁵ kararı ile uygulamaya geçirilmiş, böylece 34 üncü maddenin uygulaması yumuşatılarak⁸⁷⁶ yeniden şekillendirilmiş ve malların serbest dolaşımını garanti altına alan kapsamlı bir hüküm haline getirilmiştir⁸⁷⁷.

Adalet Divanı'nın eş etkili önlemler kavramına ilişkin çizdiği formül haritasının yönünü değiştiren bu karar, 1993 yılından günümüze uzanan süreçte ulusal düzenlemelerin ticareti kısıtlayıcı önlem niteliğini tespit açısından oldukça önemlidir. Nitekim takip eden içtihat hukuku, *Keck* Kararının oluşturduğu çizgide ilerlemeye devam etmiştir⁸⁷⁸.

Adalet Divanı'nın görüş değiştirmesine neden olan dava konusu olay, malların zararına satışı yasak olmasına rağmen, rekabet kabiliyetlerinin kaybedilmemesi için yapılan zararına satış noktasında ortaya çıkmıştır. Öyle ki, malların piyasa fiyatının altında (zararına) tekrar satışı, Fransa'da yasal bir düzenleme ile yasaklanmıştır⁸⁷⁹. Mevzuat hükümlerine göre; satın alınan bir malın herhangi bir değişiklik yapılmadan, vergiler ve satış fiyatının toplamıyla elde edilecek gerçek piyasa değerinin altında satılması suç teşkil eder⁸⁸⁰.

⁸⁷⁴ C-155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 1993.

⁸⁷⁵ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097.

⁸⁷⁶ TEKİNALP ve diğerleri, s.267.

⁸⁷⁷ CHRISS, s.149.

⁸⁷⁸ Peter OLIVER ve Stefan ENCHELMAIER, "**Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law**", *C.M.L.R.* Vol.44, Issue 3, 2007, s.704.

⁸⁷⁹ 02.07.1963 tarih ve 63-628 sayılı Fransız Finans Kanununun 1(1) maddesi uyarınca; "Malın zararına tekrar satışını; satın alınan bir malın herhangi bir değişiklik yapmadan malın gerçek piyasa fiyatının altında tekrar satılmasıdır. Gerçek piyasa fiyatı, satış fiyatı ve vergiler ile bulunur"; ayrıca bkz. CAN, s.414; GÜNEŞ, s.287.

⁸⁸⁰ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6099. Ayrıca bkz. CANDAN, s.159.

Somut olayda, Almanya ile Fransa sınırında bulunan Strazburg' (Mundolsheim ve Geispolsheim bölgelerinde) süpermarket işleten Bernard Keck ve Daniel Mithouard isimli Fransız vatandaşları ise, nehrin öte yanında düşük fiyatlarla satış yapan Alman marketleriyle rekabet edemediklerinden bu yasağı çiğneyerek zararına satış yapmışlardır. “544 kilo Sati Rouge” marka kahve ve 1.264 şişe alkol oranı yüksek “Picon Biere” marka birayı, piyasaya giriş fiyatının altında düşük fiyatlarla satmaları üzerine, haksız rekabet oluşturdukları ve yasayı ihlal ettikleri gerekçesiyle Strazburg Ceza Mahkemesinde aleyhlerinde dava açılmıştır⁸⁸¹. Ceza davasına bakan mahkeme, malların piyasaya giriş fiyatının altında satılması yasağının malların serbest dolaşımı ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunu önkara usulü çerçevesinde Adalet Divanı'na taşımıştır⁸⁸².

Yargılama sırasında davalı tarafça verilen savunmada, sınıra çok yakın olmaları nedeniyle satış yaptıkları bölgenin özel bir konumda bulunduğu, Almanya'daki düşük fiyatlarla başa çıkamadıkları ve Fransız düzenlemesine göre satış yaptıklarında ciddi zararlara uğradıkları ileri sürülmüş, Fransız piyasasının altında satış yaparak malların serbest dolaşımına aykırı hareket etmedikleri ve sınıra yakın olmaları sebebiyle Alman fiyatlarıyla baş etmek durumunda kaldıklarından kendi rekabet koşullarını oluşturdukları belirtilmiştir. Bununla birlikte, *Keck ve Mithouard*'ın iddiasına göre, kendilerinin uymak zorunda bırakıldığı Fransız düzenlemesi, Birlik içi ticareti engelleyici etkiye sahiptir ve rekabeti sağlamaktan da uzaktır⁸⁸³. Söz konusu iddiaların üzerine, satış koşullarına yönelik dava konusu ulusal düzenlemenin Birlik Hukukuna aykırılık teşkil edip etmediği sorusu Divan'a yöneltilmiştir.

Tüm bu iddia ve savunmalardan sonra Adalet Divanı, yaptığı değerlendirmede, ilgili düzenlemenin tacirleri satış geliştirme yöntemlerinden mahrum bırakması, satış hacmini ve dolayısıyla başka ülkelerden ithal edilmiş olan ürünlerin de satış hacmini kısıtlaması ihtimalini belirtmiş; ancak asıl sorunun, zararına satışı yasaklayan bir

⁸⁸¹ 1989 yılında, 02.07.1963 tarih ve 63-628 sayılı Fransız Finans Kanunu ve 01.12.1986 tarih ve 86-1243 sayılı Yasanın 32. maddesini ihlal etmeleri sebebiyle aleyhte ceza davası açılmıştır.

⁸⁸² Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6100. Ayrıca bkz. GÜNEŞ, s.288.

⁸⁸³ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6102, para. 13 vd.

düzenlemenin miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak görülüp görülemeyeceği olduğunu vurgulamış⁸⁸⁴ ve davanın içinde bulunduğu koşulları değerlendirerek mevcut içtihadının dışına çıkma gereksinimiyle meşhur yorumunu yapmıştır. Divan'a göre;

“...ürünün özelliklerine ve üretimine ilişkin kısıtlamalar ile piyasaya sürülmesine ilişkin kısıtlamalar arasında ayırım yapmak gerekir. Davaya konu olan Fransız Yasası, satış yöntemlerine ilişkindir ve m.28 (ABİA m.34) anlamında eş etkili önlem değildir.”⁸⁸⁵

Adalet Divanı, verdiği kararda öncelikle *Dassonville* formülünden esinlenerek söz konusu düzenlemenin esas itibariyle diğer üye devletlerden ithal edilen ürünlerin ciro hacmini kısıtlamaya elverişli olduğunu belirtmiş⁸⁸⁶, ancak buna rağmen, ilgili düzenlemenin eş etkili önlem olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

Ürün veya üretime ilişkin kısıtlamalar ile ürünleri piyasaya sürme koşullarına ilişkin kısıtlamalar arasında ayırma giden Adalet Divanı, belirli satış biçimlerini kısıtlayan veya yasaklayan ulusal düzenlemelerin piyasada faaliyet gösteren ilgili üreticilerin tümü için geçerli olduğu ve yerli ve ithal ürünlerin piyasaya sürümü bakımından aynı şekilde etkili olduğu hallerde, bu düzenlemelerin üye devletler arasındaki ticareti fiilen veya potansiyel olarak engellemeye elverişli olmadığını belirtmiştir. Bu yaklaşımla, yerli ve ithal ürünlerin piyasaya sürümünü aynı biçimde etkilemesi halinde, üye devletlerin, ürünlerin satış koşullarına ilişkin düzenlemelerinin ABİA'nın 34 üncü maddesi bağlamında eş etkili önlem olarak görülemeyeceğine karar vermiş⁸⁸⁷ ve kararın 16 ncı paragrafında yer alan açıklamalarıyla, adeta yeni bir başlangıç olan *Keck* formülünü oluşturmuştur.

⁸⁸⁴ THORVALDSSON, s.24. Aynı yönde bkz. GÜRBÜZER, s.90.

⁸⁸⁵ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097, para.17.

⁸⁸⁶ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097, para.16. Ayrıca bkz. CAN, s.413.

⁸⁸⁷ Ayrıca bkz. GÜNEŞ, s.288.

a. Keck Kararında Geliştirilen Kriterler

Divan'ın vermiş olduğu karar ayrıntılı olarak incelenecek olursa, *Dassonville* Kararının temel etkisini hiç kaybetmediği, ürün gerekliliklerine⁸⁸⁸ ilişkin yorumunun ise *Cassis* formülündeki tabanından ayrılmadığı görülecektir⁸⁸⁹. Adalet Divanı, bu kararlar birlikte *Dassonville* ve *Cassis de Dijon* Kararında oluşturduğu yorumunu tekrar etmiş ve *Dassonville* Kararının geniş kapsamlı uygulamasını önemli ölçüde daraltmıştır⁸⁹⁰.

Dassonville formülünden yola çıkan Divan; "...ticareti doğrudan ya da dolaylı, bilfiil ya da potansiyel olarak engellemeye elverişli ticari düzenlemelerin eş etkili önlem olarak değerlendirildiğini" belirttikten sonra, dava konusu olayda, "malların piyasa fiyatının altında tekrar satışı yasağına ilişkin yasa hükmünün, üye devletler arasındaki mal ticaretini düzenleme amacı taşımadığı" tespitini yaparak, malların zararına satışının Birlik içi ticarete olumsuz bir etkisinin bulunmadığını belirtmiştir⁸⁹¹. Devamında ise,

"Piyasa katılımcılarının giderek artan biçimde, ticari özgürlüklerini kısıtlayan her ulusal düzenlemenin, diğer üye devletlerde üretilen ürünlere yöneltilmiş olmasa bile, 28.maddeyi (ABİA m.34) ihlal ettiğini ileri sürmeleri nedeniyle, bu alandaki içtihadın yeniden gözden geçirilerek açıklığa kavuşturulması gerekliliğini"⁸⁹² ortaya koymuştur.

Bu suretle, ulusal düzenlemeler ile malların serbest dolaşımının ihlal edildiği düşüncesine kapılan tacirlerin başvuru yükü altında kalan Divan⁸⁹³, miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin tespiti konusunda belirlediği kriterlerin yeterli gelmemesi üzerine, yerleşik içtihadını yeniden düzenlemek durumunda kalmıştır. Böylelikle Ortak Pazarı,

⁸⁸⁸ Ürün gereklilikleri kavramı, *Cassis de Dijon* kararında şöyle tanımlanmıştır: AB düzeyinde uyumlaştırmanın yokluğunda, üye devletler tarafından konulan kurallarca öngörülen ve hukuka uygun olarak üretildikleri ve pazarlandıkları ülkelerden gelen malların karşılaması gereken (isme, biçime, boyuta, ağırlığa, bileşime, sunuma, etiketlemeye ve paketlemeye ilişkin olanlar gibi) gerekliliklerdir. Malın kendisini ilgilendiren şartlardır.

⁸⁸⁹ C-254/05 Komisyon v. Belçika, "otomatik ateş detektör sistemi" (2007) ECR I-4269, para.31; Divan, ayrımcılık olmadan tüm ürünlere uygulanabilir olması ve zorunlu gereklilikler altında yorumlanabilmesi nedeniyle Belçika kuralının eş etkili önlem olmadığına karar vermiştir.

⁸⁹⁰ CAN, s.413; GÜNEŞ, s.287.

⁸⁹¹ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097, para.18.

⁸⁹² Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097, para.18. Ayrıca bkz. THORVALDSSON, s.21; CANDAN, s.167.

⁸⁹³ CANDAN, s.157.

büyük ölçüde üye devletlerin ulusal korumacı düzenlemelerinden temizleme imkanı elde etmiş ve keyfi şekilde *Dassonville* formülüne dayanılmasını bir ölçüde engellemiştir.

Bir ulusal önlemin yöneldiği amaç ve kapsamı bakımından ürüne ilişkin şartlar ile satışa ilişkin şartlar arasında ayırım yapan Divan, kararın devamında *Cassis* formülünün üzerine inşa ettiği yeni yapıyı açıklamıştır. Buna göre,

*"Topluluk düzeyinde henüz uyumlaştırma yapılmamış alanlarda, diğer üye devletlerde yasalara uygun şekilde üretilmiş ve piyasaya sürülmüş ürünlerin, biçim, şekil, ölçü, ağırlık, kompozisyon, ambalajlama gibi sadece bu mallar için geçerli bir takım ulusal önlemler uygulanarak kısıtlamalarda bulunması, 28.madde (ABİA m.34) kapsamında düzenlenen eş etkili önlemler yasağının ihlaline sebep olmaktadır. Ancak, tüm ürünlere ayırım gözetilmeksizin uygulanan bu ulusal önlemlerin, kamu yararının zorunlu gereklilikleri nedeniyle, malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlaması mazur görülebilecektir. Daha önceki yerleşik içtihadın aksine, diğer üye devletlerden ithal edilen mallar açısından belirli satış koşullarını kısıtlayan ya da engelleyen ulusal düzenlemeler, ulusal sınırlar içinde faaliyet gösteren ilgili tüm pazar katılımcılarına (tacirlere) uygulandığı ve yerli ürünler ile ithal ürünleri fiili ve hukuki açıdan aynı ölçüde etkilediği sürece, Dassonville formülü anlamında, üye devletler arası ticareti doğrudan ya da dolaylı, halihazırda veya potansiyel olarak engellemektedir."*⁸⁹⁴

yorumu ile *Cassis* formülünün ürünlere ilişkin ulusal düzenlemeler bakımından uygulanmaya devam edeceği; tüm ürünlere ayırım gözetilmeksizin uygulanan ticareti engelleyici bir önlem getirilmişse, bu ulusal önlemlerin, kamu yararının zorunlu gereklilikleri nedeniyle malların serbest dolaşımı ilkesini kısıtlamasının mazur görülebileceği ortaya konulmuştur⁸⁹⁵. Ancak ulusal düzenleme, ürüne değil de satış yöntemlerine ilişkin ise, tüm piyasa katılımcılarına ayırım yapmaksızın uygulanması

⁸⁹⁴ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097, para. 15. Ayrıca bkz. THORVALDSSON, s.22; CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.37.

⁸⁹⁵ Ayrıca bkz. BAYKAL, s.114; CANDAN, s.168.

halinde 34 üncü madde kapsamında değerlendirilmeyecek⁸⁹⁶, dolayısıyla kamu yararının zorunlu gereklilikleri gibi istisnai hallerin incelenmesine gerek olmayacaktır.

Divan'ın getirdiği bu yeni yaklaşım, kararın 16 ncı paragrafında şu şekilde ifade edilmiştir:

“(…) Belirli satış modalitelerini kısıtlayan veya yasaklayan ulusal hükümler, faaliyetlerini yurt içinde sürdüren ilgili katılımcıların tümü için geçerli oldukça ve yerli ürünler ile ithal ürünlerin pazara sunumuna hukuken ve fiilen aynı şekilde etki ettikçe, Dassonville anlamında üye devletlerarası ticareti fiilen ya da potansiyel olarak engellemeye uygun değildir.”

Buna göre 16 ncı paragraf gereği, belirli satış düzenlemeleri⁸⁹⁷,

- ✓ Etkilenen tüm tacirlere aynı şekilde uygulanıyor ve
- ✓ Yerli ve ithal mallar yönünden hukuken ve fiilen aynı etkiyi doğuruyorsa;

34 üncü madde kapsamı dışındadır.

Divan, bu nedenlerle, Fransız ulusal düzenlemesiyle getirilen zararına satış yasağının, üye devletlerarası malların dolaşımının düzenlenmesi amacını taşımadığını belirtmiştir⁸⁹⁸. Ulusal düzenleme, aynı zamanda Pazar içindeki tüm tacirlere eşit şekilde uygulanmış ve ithal mallar ile yerli mallar arasında aynı etkiyi doğurmuştur. Sonuç olarak Divan; bir satış düzenlemesi olarak değerlendirilen zararına yeniden satış yasağının eş etkili önlem olmadığına ve 34 üncü maddenin uygulanmayacağına karar vermiştir.

⁸⁹⁶ C-292/92, Hunermund (1993) ECR I-6787; Birleşik dava C-69-258/93, Punto Casa SpA v Sindaco del Comune di Capena and Comune di Capena and Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) v Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo and Comune di Torri di Quartesolo, (1994) ECR I-2355; C-391/92, Komisyon v. Yunanistan (1995) ECR 1621; CAN, s.413.

⁸⁹⁷ Satış yeri ve zamanı ile reklam yapılması gibi kimi pazarlama yöntemleridir.

⁸⁹⁸ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097, para. 14. Ayrıca bkz. CANDAN, s.168.

Böylece, satış koşullarına ilişkin önlemleri, ayırım yapmaksızın uygulanmaları ve herkesi eşit şekilde etkilemeleri halinde, *Dassonville* anlamında eş etkili önlem olarak kabul etmeyeceğini ortaya koymuş ve *Dassonville* ile belirlenen kısıtlamanın kapsamını daraltarak, belirli satış koşullarına ilişkin düzenlemeleri, bu kapsamın dışına çıkarmıştır.

Keck Kararı, ayırıcı olmayan uygulamalara getirdiği ikili ayırım ile karine ve ispat yükü açısından da yenilikçi bir sonuç doğurmuştur. Ulusal önlem ürün gerekliliklerine ilişkin bir düzenleme içeriyor ise, bu düzenleme hukuka aykırılık karinesi taşır ve hukuka uygun olduğunun ispatı, iddia sahibi olan üye devlete düşmektedir. Belirli satış düzenlemelerine ilişkin bir önlem ise karine olarak hukuka uygundur; aksini ispat yükü ise iddia sahibi kişiler üzerindedir.

Bu kapsamda, bir ulusal düzenlemenin *Keck* formülü uyarınca ABİA'nın 34 üncü maddesinin uygulama alanının dışında kalması için genel olarak üç şartın varlığı aranır. Öncelikle, malların satış koşullarını düzenleyen ulusal bir düzenleme varolmalı, ikinci olarak bu düzenleme, ilgili üye devlette ekonomik faaliyette bulunan yerli ve yabancılara aynı şekilde uygulanmalıdır ve son olarak, söz konusu ulusal düzenlemenin yerli ve yabancı malların satışını hukuken ve fiilen aynı biçimde etkilemesi gerekir⁸⁹⁹. Bu unsurlara daha yakından bakılacak olursa kısaca şu açıklamalara yer verilebilir:

(1) Yurtiçi Ekonomik Bir Faaliyetin Düzenlenmesi

Kararın 12 nci paragrafı, belirli satış koşullarının, yalnızca yerli ticari işletme sahiplerinin ticari eylem alanlarıyla sınırlı olduğunu, üye devletlerin kendi aralarında ticareti düzenlemek üzere aldığı önlemleri kapsamadığını belirtmiştir⁹⁰⁰. Bu durum, sınır ötesi satış yöntemlerinin *Keck* formülü dışında, önceden olduğu gibi yerleşik *Cassis* içtihadı doğrultusunda değerlendirileceğini göstermektedir. Böylece *Keck* formülünün uygulama alanı, sadece yurt içi ticari ve ekonomik faaliyetler ve hukuki düzenlemeler ile sınırlandırılmıştır⁹⁰¹. Bir diğer ifadeyle, *Keck* formülü, yalnızca bir üye

⁸⁹⁹ GÜNEŞ, s.289.

⁹⁰⁰ *Keck* Kararı hakimlerinden Prof. Dr. Joliet'in açıklaması şöyledir: “Şüphesiz ki dava konusu hukuki ihtilaf, sadece üye ülke içi bir karakter taşımaktaydı...”.

⁹⁰¹ CANDAN, s.176.

devletin sınırları içindeki pazar piyasası ve satış düzenlemeleriyle ilgilenmektedir; ülkeler arası satış düzenlemeleri söz konusu ise, bu düzenlemeler Birlik içi ticareti etkileyeceğinden artık *Keck* formülü kapsamında hukuka uygun kabul edilemeyecektir. O halde *Keck* formülü, yalnızca ve yalnızca bir üye devlet sınırları dahilindeki satış düzenlemelerinde söz konusu olmaktadır.

(2) Etkilenen Tüm Tacirlere Eşit Şekilde Uygulanma

Keck formülü, bir üye devlet sınırları dahilinde faaliyet gösteren tüm katılımcılara aynı ölçüde uygulanma şartını aramaktadır. Bir ülkenin sınırları içinde uygulanan satış düzenlemesi, eğer ki yerli tacirler ile ithalat yapan yabancı tacirlere farklı şekilde uygulanıyorsa, doğrudan ayrımcılık oluşturduğu gerekçesiyle *Keck* formülü kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bir ulusal düzenlemenin *Keck* kapsamına girebilmesi için ayrımcı olmaması ve farksız bir şekilde uygulanması şarttır.

(3) Yerli ve İthal Mallar Yönünden Hukuken ve Fiilen Aynı Etkiyi Doğurma

Kararda öngörülen formülün dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli noktası, ulusal düzenlemenin yerli ürünler ile ithal ürünlere hukuken ve fiilen aynı şekilde etki göstermesidir. Bazı ulusal düzenlemeler, doğrudan ayrımcı olmasa da aynı koşul ve imkanlara sahip olmayan tacirlere eşit şekilde uygulanarak ayrımcı etki ve sonuçlar doğurabilme kabiliyetine sahiptir.

Yasal mevzuattaki etkiyi ve ayrımcılığı tespit etmek kolay olmasına rağmen, düzenlemelerin fiilen eşit olmayan etkilerini belirlemek bu kadar kolay değildir⁹⁰². Yerli malları yabancı ürünler karşısında avantajlı konuma getirecek ya da ithal malların pazara girişini kısıtlayacak ulusal düzenlemeler, hukuki anlamda eşit olmayan muamelelere neden olmaktadır. Yasal mevzuatta eşit etki doğuran ve ayrımcılığa neden olmayan düzenlemeler ise bazı durumlarda sonuçları açısından fiilen eşit etkiye sahip olmayabilir. İşte bu şekilde tacirler üzerinde farklı etki ve sonuçlar doğuran satış

⁹⁰² CANDAN, s.177.

düzenlemeleri de, doğrudan ayrımcı olmasalar bile sonuçları bakımından ayrımcılık oluşturması sebebiyle *Keck* formülü dışında bırakılmıştır.

Bir ulusal satış düzenlemesi, ancak bir üye devlet sınırları içinde ayrımcılık oluşturmadan tüm tacirler üzerinde aynı etki ve sonucu doğuruyorsa *Keck* kapsamında incelenme ehliyetine kavuşacak ve hukuka uygun kabul edilerek eş etkili önlem yasağından ari tutulabilecektir.

b. Ürün Gereklilikleri ve Belirli Satış Düzenlemeleri Ayrımı

Adalet Divanı, malların üretim, işaretleme, etiketleme, paketlenme ve lisans işlemleri gibi alanlara konu ulusal düzenlemelerin, malların meydana getirilme süreç ve aşamalarına ilişkin olması sebebiyle, yerli mallar ile ithal malları aynı derecede etkilememesi ve eşit gibi görünse dahi nihayetinde ayrımcı sonuçlar doğurması nedeniyle *Keck* Kararı çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁹⁰³. Gerçekten de bu tip düzenlemelerin somut uygulamasında görüleceği üzere, ithal mallar ya çok masraflı işlemler sonucu yeniden paketlenip pazara sunulacak ya da pazara giriş yapamayacaklardır⁹⁰⁴.

*Clinique*⁹⁰⁵ Kararı bu kapsamda incelenebilir. Karara konu olayda, Almanya, haksız rekabete ilişkin yasa kapsamında Clinique markasının kozmetik ürünler ürettiği halde dermakozmetik niteliğe sahip olduğu izlenimini yaratacak bir isim taşıdığı gerekçesiyle bu isim altında Alman pazarına girişine engel olmuştur. Divan ise, böyle bir yükümlülüğün firmayı yeniden paketlenme yapma ve yeni bir reklam yayınlama gibi ek masraflar altına sokacağından ve bu yolla pazara girişini zorlaştıracığından dolayı, bu önlemi 34 üncü madde yasağı kapsamında değerlendirmiştir.

Satış düzenlemelerinde ise, ortak pazar piyasasına girmiş olan malların, bir ülke sınırları içindeki satışına ilişkin ekonomik faaliyetler ve hukuki düzenlemeler söz konusu olmaktadır.

⁹⁰³ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097, para. 15. Ayrıca bkz. PARAPATITS, s.7.

⁹⁰⁴ GÜRBÜZER, s.92.

⁹⁰⁵ C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratoires SNC and Estée Lauder Cosmetics GmbH. (1994) ECR I-317.

İşçilerin Pazar günü çalıştırılmamasının Birlik içi ticarete olan etkisine ilişkin daha önce de değindiğimiz "*Sunday Trading*" kararlarından olan 1981 tarihli *Oebel*⁹⁰⁶ Kararı, bu anlamda önemli bir emsal oluşturmaktadır. Olayda Alman Hükûmeti, bir yasa ile fırında çalışan işçilerin saat 22:00-04:00 arasında çalışmasını ve ekmeğin doğrudan tüketicilere dağıtımını yasaklamıştır. Ancak aynı yasa, 22:00-05:45 saatleri arasında ekmeğin bayi ve depolara dağıtımına izin vermektedir⁹⁰⁷. Önüne gelen söz konusu uyuşmazlıkta Adalet Divanı, yasal düzenlemedeki ayırım gereği ekmek üretimi ile dağıtımını ayrı ayrı incelemek zorunda kalmış ve ekmeklerin yalnızca pazara (bayi ve depolara) sürümünü düzenleyen dağıtıma ilişkin hükmün eş etkili önlem oluşturmadığına karar vererek, sınır geçişi öngörmeyen uygulamayı 34 üncü madde kapsamı dışında değerlendirmiştir⁹⁰⁸. Bu kararın, esasında, ürün gereklilikleri ile belirli satış düzenlemeleri arasında ayırım yapan *Keck* Kararının temelinde yatan düşünceyi çok daha önceden gözler önüne serdiği söylenebilir.

c. Keck Kararından Sonra Kabul Edilen Belirli Satış Düzenlemeleri

Keck Kararı ile oluşturulan belirli satış düzenlemelerine ilişkin bu yeni yaklaşım, özellikle hangi satış düzenlemelerini kapsamına aldığı konusunda, Adalet Divanı'nın benzer nitelikteki kararlarıyla somutluk kazanmıştır. Uygulamada özellikle "satış düzenlemesi" kavramı kapsamında değerlendirilen dört kategori olduğu tespit edilmektedir⁹⁰⁹. Bu kategoriler; malların ne zaman satılabileceğine ilişkin kısıtlamalar⁹¹⁰, nerede veya kim tarafından satılabileceğine ilişkin kısıtlamalar⁹¹¹, reklam kısıtlamaları⁹¹² ve fiyat kontrolleri⁹¹³ olarak belirginleşmiştir⁹¹⁴.

⁹⁰⁶ C-155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 1993.

⁹⁰⁷ C-155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 1995. Ayrıca bkz. ÇÖPOĞLU, s.85.

⁹⁰⁸ C-155/80 Sergius Oebel (1981) ECR 2007, para. 10, 11, 16, 19, 20, 21.

⁹⁰⁹ Peter OLIVER, "**Some further reflections on the scope of Article 28-30 (EX 30- 36) EC**", *C.M.L.R.* Vol.36, 1999, s.794.

⁹¹⁰ C-69-258/93 Punto Casa SpA (1994) ECR I-2355.

⁹¹¹ C-319/92 Komisyon v. Yunanistan (1995) ECR I-1691.

⁹¹² C-292/92 Hünermund v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (1993) ECR I-6787; C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA (1995) ECR I-179.

Satış modaliteleri, yani ürünlerin pazarlama türü ve şeklini düzenleyen kuralların eş etkili önlemler kapsamında ayrık tutulduğu görülmektedir. *Keck* Kararındaki malın zararına satış yasağına ek olarak, pazar ve tatil günlerinde satış yasağına ilişkin önlemler⁹¹⁵, mutad olarak eczanede satılan ürünlerin eczane dışında reklamının yasaklanmasına ilişkin rekabet yasağı önlemleri⁹¹⁶, benzin istasyonları içerisinde bulunan marketlerin kapanış saatlerini düzenleyen önlemler⁹¹⁷ ve televizyonda gösterilen filmlerin yasal olarak izin verilenden daha sık reklamlarla kesilmesi yasağı⁹¹⁸, pazara girişi etkilemediği ve ayrımcılık oluşturmadığı gerekçesiyle ve yine *Keck* Kararındaki yorum esas alınmak suretiyle eş etkili önlem olarak değerlendirilmemiştir. Bu yönde, malların satışlarını artırmaya yönelik diğer teşvik edici yöntemlerin de, temel olarak 34 üncü maddede düzenlenen yasak hükmünün kapsamı dışında kaldığı söylenebilir; ancak hangi yöntemlerin malların satışlarını artırmaya yönelik olduğunun belirlenmesi için Divan'ın yeni kararlarının beklenmesi gerekmektedir⁹¹⁹.

Keck Kararını takip eden içtihatların başında *Hünermund*⁹²⁰ Kararı gelmektedir. Karara konu olayda özetle, Alman Baden Württemberg Eyaleti Yasası, eczanelerde satılabilen ürünlerin, eczacılar arasındaki aşırı rekabetin önüne geçmek için eczaneler dışında gazete ve dergilerde reklamını çok sıkı kurallara bağlamış ve televizyon, sinema ve radyoda reklamının yapılmasını yasaklamıştır. Bu yasaktan memnun olmayan ve ürünlerin reklamını yapmak isteyen Hünermund, diğer oniki eczacıyla birlikte, söz konusu reklam yasağının 34 üncü maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. *Leclerc-Siplec* Davasında da görüş bildirmiş olan hukuk sözcüsü JACOBS'ın belirttiği üzere reklamlar, serbest rekabet temelli gelişmiş bir piyasa

⁹¹³ C-63/94, Belgapom v. ITM Belgium (1995) ECR I-2467.

⁹¹⁴ THORVALDSSON, s.40.

⁹¹⁵ C-69-258/93 Punto Casa SpA (1994) ECR I-2355. Aksi yönde bkz. C-145/88 Torfaen Borough Council v. B&Q plc (1989) ECR I-3851.

⁹¹⁶ C-292/92 Hünermund v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (1993) ECR I-6787.

⁹¹⁷ C-401-402/92 Tankstation t'Heukske kararı (1994) ECR I-2199; C-229/83 Leclerc (1985) ECR I-179.

⁹¹⁸ C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA (1995) ECR I-179; C-34-36/95 de Agostini ve TV-Shop (1997) ECR I-3843; C-6/98 ARD (1999) ECR I-7599.

⁹¹⁹ CANDAN, s.174-175.

⁹²⁰ C-292/92 Hünermund v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, (1993) ECR I-6787.

ekonomisinin temel unsurlarından olmakla birlikte, özellikle yeni ürünlerin piyasaya sürüldüğü dönemde rekabet etme güçlerinin artırılması bakımından önemli bir rol oynamaktadır⁹²¹.

Ancak uyuşmazlığı *Keck* formülü çerçevesinde değerlendiren Divan, söz konusu yasağın yalnızca üye devlet içindeki ticari eylem alanlarıyla sınırlı tutulması sebebiyle sınır geçişine konu olmadığını, böylece malların serbest dolaşımı alanına girmediğini ve devletlerarası ticarete etki etmediğini belirtmiş; ayrıca herhangi bir ayırım yapmaksızın menşesi ne olursa olsun Eyaletteki tüm eczanelerde malların satışını ve reklamını düzenlemeyi hedeflediğini ifade ederek hukuka uygun bir düzenleme olduğunu belirtmiştir⁹²².

Burada belirtmek gerekir ki, Adalet Divanı, reklamların "belirli satış düzenlemelerini sınırlayan ya da yasaklayan ulusal önlemler" ifadesi kapsamında yer aldığı ilk kez *Keck* Kararında belirtmiştir. Buna göre reklamlar, belirli satış düzenlemesi kapsamında kabul edilmektedir ve 34 üncü madde yasağının dışında kalmaktadır. *Hünermund* Kararına konu uyuşmazlıkta da yine yurt içinde yapılan satış ve reklamlara ilişkin bir kısıtlama söz konusu olduğu için, *Keck* Kararında kabul edildiği gibi, Birlik içi malların serbest dolaşımını kısıtlamayan bu düzenlemenin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁹²³.

Reklam yasağının konu edildiği bir diğer önemli karar, *Leclerc-Siplec*⁹²⁴ Kararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Dava konusu olaya göre, Leclerc-Siplec, benzin ve diğer yakıtları Fransa'daki servis istasyonlarına dağıtmaktadır. Bu servis istasyonları ise E. Leclerc adı altında işletilen süpermarketlere entegredir. Leclerc-Siplec, benzin istasyonlarının televizyon aracılığıyla tanıtımını yapmak için iki televizyon şirketiyle

⁹²¹ C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA (1995) ECR I-179 sayılı davaya sunulan 24 Kasım 1994 tarihli görüş hakkında yorum için bkz. THORVALDSSON, s.29.

⁹²² C-292/92 Hünermund v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, (1993) ECR I-6823, para. 23 vd. TEKİNALP ve diğerleri, s.270.

⁹²³ C-292/92 Hünermund v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, (1993) ECR I-6823, para. 21.

⁹²⁴ C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA (1995) ECR I-179.

anlaşmaya çalıştıysa da, dağıtım sektörünün televizyonda reklam vermesini engelleyen Fransız yasaları nedeniyle başvuruları reddedilmektedir. Aynı hüküm, alkol içeriği 1.2 dereceyi aşan alkollü içeceklerin televizyonda, yazılı yayınlarda, sinemada ve basında reklamını da yasaklamaktadır. Söz konusu yasağın temel amacı ise, Fransa'nın bölgesel günlük basınının bu sektörlerin reklamını yapmak zorunda bırakılmasından korumaktır. Bunun üzerine, Leclerc-Siplec, iki televizyon şirketine karşı dava açmış ve dava ön karar prosedürüyle Adalet Divanı'na sevk edilmiştir.

Davada, hukuk sözcüsü JACOBS'ın görüşleri, reklamların malların serbest dolaşımına etkisi üzerine önemli tespitler içermektedir. JACOBS'a göre, reklamcılık, özellikle yeni ürünlerin piyasaya sürülmesinde önemli bir rol oynamaktadır, çünkü tüketicilerin kullanmaya alışkın olduğu mevcut markalarını terk ederek farklı ürünleri alması ancak reklamlar sayesinde mümkün olabilmektedir. Ürünlerin tanıtımı yapılmazsa, tüketiciler, tanıdıkları ürünleri satın almaya devam etme eğiliminde olacaktır, ancak bu durum, piyasaya sonradan giren üreticilerin pazar paylarının korunmasını önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Bu nedenle Adalet Divanı, reklam yasaklarının Birlik hukukuyla uyumluluğunu değerlendirirken çok dikkatli olmalıdır. Reklam özgürlüğü, Antlaşmanın yarattığı temel özgürlüklerin bir sonucu olarak kabul edilecek olsa da, üye devletlerin reklamları tümünden yasaklamaları veya kısıtlamaları anlamına gelmemelidir. Şayet reklamlara ilişkin bir kısıtlama yapmak gerekiyorsa, bu kısıtlama ancak makul bir şekilde olmak kaydıyla "zorunlu gereklilikler" kapsamında 36ncı maddedeki istisnalara veya içtihat hukukuyla geliştirilen istisnalara dayanmak kaydıyla yapılabilecektir⁹²⁵.

JACOBS'un anılan açıklamalarına rağmen Adalet Divanı, dava konusu reklam yasağı hakkında *Keck* Kararındaki görüşünü hiçbir değişiklik yapmaksızın uygulamış ve söz konusu yasağın, belirli bir pazarlama yönteminin (dağıtım) belirli bir şekilde tanıtılmasının (televizyonda reklam verilmesi) *Keck* Kararından bu yana satış düzenlemelerine ilişkin olduğunu belirtmiştir⁹²⁶. Aynı zamanda bu hükümler, diğer üye devletlerden gelen ürünler ile yerli ürünlerin pazarlanmasını da aynı şekilde

⁹²⁵ Opinion-412/93 Leclerc-Siplec (1994) ECR I-182 vd.

⁹²⁶ C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA (1995) ECR I-217, para. 22, 48.

etkilemektedir. Bu durumda Adalet Divanı'na göre *Keck* Kararı'nın 16 ncı paragrafında düzenlenen koşullar oluşmuş ve dava konusu reklam yasağı 34 üncü madde kapsamı dışında kalmıştır.

Adalet Divanı'nın *Keck* Kararındaki yorumunda ısrarcı olması, ilerleyen zamanda önüne gelen davalarda birtakım zorluklarla karşılaşmasına neden olmuş ve Hukuk sözcüsü JACOBS'ın yukarıda değindiğimiz reklamcılık hakkındaki görüşleri gitgide önem kazanmıştır. Bu kararların örneklerinden biri de, *De-Agostini ve TV-Shop*⁹²⁷ Kararı, bir diğeri ise *Gourmet International Productions*⁹²⁸ olarak görülmektedir.

*De Agostini ve TV Shop*⁹²⁹ Kararına konu olayda, İsveç yasası, hukuka uygun olan ticari uygulamalara aykırı bir şekilde tüketicilere veya diğ. tacirlere karşı haksız rekabet oluşturarak tacirlerin kendi ticari uygulamalarının ya da ürünlerinin reklamını yapmalarını veya benzer şekilde başka bir faaliyette bulunmalarını yasaklamaktadır. Bu hüküm, Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması⁹³⁰ ile bağlı herhangi bir ülkede gösterilebilecek televizyon yayınlarına da uygulanmaktadır. Öyle ki, ilgili İsveç düzenlemesinde, televizyonda yayınlanan ticari bir reklamın, 12 yaşından küçük çocukların ilgisini çekecek şekilde tasarlanamayacağı belirtilmektedir.

Reklam yasağına ilişkin söz konusu yasa hükmünün Birlik içi ticareti engelleyici etkisinin bulunup bulunmadığı, ön karar usulü ile Adalet Divanı'na sorulduğunda,

⁹²⁷ Birleşik dava C-34-36/95, Konsumentobudsmannen v De Agostoni (Svenska) Förlag AB and Konsumentombudsmannen v TV-Shop i Sverige AB (1997) ECR I-3843.

⁹²⁸ C-405/98, Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products (2001) ECR I-1795.

⁹²⁹ Birleşik dava C-34-36/95, Konsumentobudsmannen v De Agostoni (Svenska) Förlag AB and Konsumentombudsmannen v TV-Shop i Sverige AB (1997) ECR I-3843.

⁹³⁰ 1992 yılının Mayıs ayında Avrupa Ekonomik Alanı (EEA) Anlaşması yedi EFTA üyesi ülke (İzlanda, Lihtenştayn, Norveç, Avusturya, İsveç, Finlandiya, İsviçre -İsviçre Aralık 1992 de yaptığı referandum sonucunda EEA'ya katılmayı reddetti) ile Avrupa Topluluğu'nun oniki ülkesi (Belçika, Almanya, Fransa, Hollanda, İtalya, Luksemburg, Danimarka, İngiltere, İrlanda, Yunanistan, Portekiz, İspanya) arasında Oporto'da imzalanarak, 1 Ocak 1994 te yürürlüğe girmiştir. EEA Anlaşması, açık ve rekabetçi iç pazarın oluşturulması için gerekli olan dört temel unsura dayanmaktadır: Malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımı.

Divan, *Leclerc-Siplec* Kararına gönderme yapmak durumunda kalmıştır⁹³¹. Söz konusu İsveç düzenlemesini öncelikle *Keck* formülü kapsamında inceleyerek, belli bir sektörde televizyon reklamcılığının yasaklanmasına ilişkin yasa hükmünün, belirli bir pazarlama yönteminin tanıtımını yasaklıyor olması nedeniyle bu sektöre ait ürünler bakımından satış düzenlemesi olarak kabul edilmesi gerektiğini, tüm tacirlere eşit şekilde uygulanan yasanın *Keck* formülünün birinci şartını yerine getirdiğini belirtmiş; ancak daha sonra, bir ürünün yasal olarak satıldığı ülkede tanıtımının tamamen yasaklanmasının diğer üye devletlerden gelen ürünler üzerinde ithalatı kısıtlayıcı etkisi olabileceğini de göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir⁹³². Divan'a göre, esasında çeşitli reklam ve tanıtım türlerinin etkisi ve uygulanması, ulusal mahkemeler tarafından tespit ve takdir edilecek bir meseledir. Fakat çocuklara ve ebeveyne ulaşmada başka hiçbir reklam yöntemi söz konusu olmadığından, televizyon reklamcılığının, İsveç pazarına nüfuz etmeyi sağlayan etkili bir tanıtım biçimi olduğunu dikkate almak gerekir. Bu anlamda, İsveç mevzuatında öngörülen 12 yaşın altındaki çocukları hedef alan yanıltıcı reklamlara ilişkin yasak hükmünün, yerli ve diğer üye devletlerden gelen ürünleri aynı şekilde etkilediğini göstermediği sürece, Antlaşmanın 34 üncü maddesi kapsamında kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁹³³.

Adalet Divanı'nın bu yönde incelediği davalardan biri de *DIP SpA*⁹³⁴ Kararıdır. Belediye yetkilileri tarafından yerel komitenin önerisi üzerine çıkarılan ve yeni dükkanların yalnızca belirli bir alana açılmasına izin veren İtalyan mevzuatı, bu defa *Keck* kapsamında değerlendirilmemiştir. Bunun yerine, mevzuatın olası etkileri göz önünde bulundurularak, kısıtlayıcı etkisinin üye devletler arasındaki ticareti engelleyici nitelikte kabul edilemeyecek kadar belirsiz ve dolaylı olduğu sonucuna varılmıştır.

⁹³¹ Birleşik dava C-34-36/95, *Konsumentobudsmannen v De Agostoni (Svenska) Förlag AB and Konsumentombudsmannen v TV-Shop i Sverige AB* (1997) ECR I-3890, para.39.

⁹³² Birleşik dava C-34-36/95, *Konsumentobudsmannen v De Agostoni (Svenska) Förlag AB and Konsumentombudsmannen v TV-Shop i Sverige AB* (1997) ECR I-3890, para. 40 vd.

⁹³³ Birleşik dava C-34-36/95, *Konsumentobudsmannen v De Agostoni (Svenska) Förlag AB and Konsumentombudsmannen v TV-Shop i Sverige AB* (1997) ECR I-3889, para. 37, 43, 44. Ayrıca bkz. THORVALDSSON, s.33.

⁹³⁴ Birleşik dava C-140-2/94 *DIP SpA v Comune di Bassano del Grappa* (1995) ECR I-3257.

*Komisyon v. Yunanistan*⁹³⁵ Kararına konu somut uyuşmazlık ise işlenmiş bebek sütü satışına ilişkindir. Bebekler için işlenmiş sütlerin satışını eczanelere mahsus kılan Yunan mevzuatı yargılamaya konu olmuştur. Komisyon, bu kuralların bebeklerin sağlığını korumak ve emzirmenin teşvik edilmesi amaçlarına ulaşmak için gerekli olanın üstünde olduğu ve orantılı olmayan düzenlemenin ithalata yönelik miktar kısıtlamasına denk bir önlem oluşturduğu görüşündeydi. Ancak Yunan Hükûmeti bu iddiaları reddederek bebekler için özel üretilen sütlerin eczanelerdeki satışının, diğer üye devletlerden gelen ürünlerin satışını etkilemediğini ve bu nedenle 34 üncü madde anlamında bir önem ifade etmediğini belirtmiştir. Ayrıca, bebeklerin hayatı için kritik dönem olan ilk 5 aylık süreçte tüketilecek olan sütlerin satışının 36 ncı maddede belirtilen istisnalardan insan sağlığının korunması kapsamında da incelenebileceği ileri sürülmüştür.

Söz konusu yasanın 34 üncü madde kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin iddiasında ısrarcı davranan Komisyon, dava konusu eczane dışı satış yasağının dolaylı da olsa işlenmiş sütlerin Birlik içi ticaretini zorlaştıracığını dile getirmiş; *Keck* anlamında değerlendirildiğinde ise, yalnızca kısıtlama oluşturan satış düzenlemelerinin değil, bununla birlikte, ürünün ithalatını zorlaştırarak ticaret üzerinde kısıtlayıcı etki yaratan kuralların da eş etkili önlem kapsamına dahil olduğunun açıkça görüleceğini belirtmiştir.

Adalet Divanı ise *Dassonville* Kararına gönderme yaptıktan sonra, dava konusu mevzuat hükmünün üye devletler arasındaki ticareti düzenleyecek şekilde tasarlanmadığını belirtmiş ve daha sonra *Keck* Kararına atıfta bulunarak, ilgili hükmün *Keck*'te sayılan koşulları sağladığını ve bu nedenle 34 üncü madde kapsamı dışında kaldığını, eş etkili önlem olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁹³⁶.

Buraya kadar verilen kararlardan sonuç olarak, Adalet Divanı'nın önüne getirilen uyuşmazlıkları çözerken cevapladığı ilk sorunun, uyuşmazlık konusu kuralların satış düzenlemesi teşkil edip etmediğini tespit etmek olduğu görülmektedir. Bu tespiti yaptıktan sonra, *Keck* bünyesindeki satış düzenlemelerine ilişkin davalarla nasıl başa

⁹³⁵ C-391/92 Komisyon v. Yunanistan (1995) ECR I-1621.

⁹³⁶ C-391/92 Komisyon v. Yunanistan (1995) ECR I-1646, para.13 vd.

çıkmayı amaçladığını açıkça ortaya koyduğu kararlardan biri olarak *Tankstation*⁹³⁷ Kararı incelenebilir. Davaya konu ana mesele, dükkanların kapatılması zorunluluğu getiren ulusal kuralların *Keck* çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitine ilişkindir ve bu yönüyle "Pazar Günü Çalışma Yasağına" konu "Sunday Trading Davalarına" oldukça benzemektedir.

Somut olayda, Hollanda hukuk düzenlemesi, dükkanların açılış ve kapanış saatlerini düzenlemektedir. Ancak dükkanların açılış ve kapanış saatlerine ilişkin sınırlandırma getiren bu kurallar için sıkı kurallara bağlı birtakım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan birisi de benzin istasyonlarına tanınmıştır. Kurallara göre, otoyolların kenarında ve yerleşim bölgelerinden uzakta yer alan benzin istasyonları ve bunlarla bağlantılı dükkanlar gece-gündüz açık olabilecek, ancak yasayla öngörülen genel çalışma saatlerinin dışında kalan saatlerde, yalnızca benzin ve sigara aksesuarları gibi yolculukla ilgili materyaller satılabilecektir. Diğer benzin istasyonları ise, tütün ve ilgili aksesuarları normal çalışma saatleri dışında sadece satış makineleri aracılığıyla satabilecektir.

T'Heukske ve Bay Boermans'ın benzin istasyonlarının bir bölümünü oluşturan iki dükkan, açılış ve kapanış saatlerini belirten bir yasal uyarı yapılmaksızın halka açık tutulmuş ve dahası, yolculuğa bağlı olmayan pek çok eşya, kilitlenebilir dolaplara yerleştirilmeden satışa sunulmuştur. Üstelik bu iki dükkandan birinde, tütün ürünleri de yasa ile öngörüldüğü şekliyle satış makineleri aracılığıyla satılmamaktadır. Mevzuata aykırı davranan bu iki işletmeci, yerel mahkemede haksız bulunmuş ve sonrasında kararı temyiz etmişlerdir. Temyiz gerekçesinde ise söz konusu ulusal yasa hükmünün Birlik hukukuna aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Dava, bu nedenle, ön karar için Adalet Divanı'na gönderilmiştir.

Kararı incelerken *Dassonville* ve *Keck* Kararlarındaki yaklaşımını göz önünde bulunduran Divan, ürünlerin tüketicilere satılacağı yer ve zamanla ilgili kuralların, ürünlerin menşesi arasında bir ayırım yapmaksızın ilgili tüm tüccarlara uygulandığını ve

⁹³⁷ Birleşik dava C-401-402/92 *Tankstation 't Heukske vof and J. B. E. Boermans* (1994) ECR I-2199.

diğer Üye Devletlerden gelen ürünlerin pazarlamasını yerli ürünlerden farklı bir şekilde etkilemediğini belirterek yasanın 34 üncü madde dışında kaldığı sonucuna ulaşmıştır⁹³⁸.

Bu yönde verilmiş çalışma saatleri ve koşullarını düzenleyen bir diğer karar, *Semeraro Casa*⁹³⁹ Kararıdır. Dava konusu İtalyan mevzuatı, Pazar günleri perakende satış mağazalarının kapatılmasını düzenlemektedir. Davacı, pazar günleri ve resmi tatil günlerinde sıklıkla açılan büyük alışveriş merkezlerini örnek göstererek ilgili İtalyan mevzuatının 34 üncü maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. Büyük mağazalar, üye devletlerden ithal edilen ürünleri küçük ve orta ölçekli işletmelere oranla daha fazla satmaktadır ve satışlarının büyük kısmı hafta sonları yapılmaktadır. Bu nedenle başvuranlar, mevzuatın aslında yerli ve yabancı malların pazarlanması üzerinde farklı etkileri olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Adalet Divanı bu görüşe katılmamaktadır. Divan, sözü edilen kuralların amacının üye devletler arasındaki mal ticaretini düzenlemek olduğuna veya bir bütün olarak bakıldığında, pazara girme konusunda yerli ürünler ile ithal ürünler arasında eşit olmayan bir muamelenin bulunduğu dair bir kanıt bulunmadığını belirtmiştir⁹⁴⁰. Divan'a göre, ulusal mevzuat genel olarak satış hacmini sınırlayabilme kapasitesine sahiptir ve dolayısıyla diğer üye devletlerden gelen ürünlerin satış hacmini de kısıtlayabilme potansiyeli vardır, fakat bu potansiyel, bu tür mevzuat hükümlerinin miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak karakterize edilmesi için yeterli değildir⁹⁴¹.

Bu şekilde, söz konusu kuralın Birlik içi ticaret üzerindeki potansiyel etkisini göz ardı eden Divan, dava konusu yasa hükmüne otomatik olarak *Keck* formülünü uygulayarak bir kez daha *Keck* ile aynı sonuca ulaşmıştır.

⁹³⁸ Birleşik dava C-401-402/92 Tankstation 't Heukske vof and J. B. E. Boermans (1994) ECR I-2233, para 12. vd.

⁹³⁹ Birleşik dava C-418-421, 460-462 & 464/93, 9-11, 14-15, 23-24 & 332/94, *Semeraro Casa Uno Srl v. Sindaco del Commune di Erbusco* (1996) ECR I-2975.

⁹⁴⁰ Birleşik dava C-418-421, 460-462 & 464/93, 9-11, 14-15, 23-24 & 332/94, *Semeraro Casa Uno Srl v. Sindaco del Commune di Erbusco* (1996) ECR I-3004, para. 12 vd.

⁹⁴¹ Birleşik dava C-418-421, 460-462 & 464/93, 9-11, 14-15, 23-24 & 332/94, *Semeraro Casa Uno Srl v. Sindaco del Commune di Erbusco* (1996) ECR I-3007, para. 24 vd.

Son olarak, *Vereinigte Familiapress*⁹⁴² Kararı ile Adalet Divanı'nın belirli satış düzenlemeleri bakımından bir sınır belirlediği görülmektedir. Karara göre, ödüllü oyun veya yarışma tertip eden süreli yayınların satışını yasaklayan Avusturya mevzuatı, bu defa *Keck* kapsamında kabul edilmeyerek 34 üncü madde yasağına takılmıştır.

Davaya konu olayda, bir Avusturyalı gazete yayıncısı, Avusturya yasalarına aykırı olarak okurlara ödüllü oyunlara katılma şansı sunan yayınlarını Avusturya'da piyasaya süren Almanya menşeli gazete yayıncısına karşı dava açmıştır. Ulusal mahkeme de, Alman hukukunda böyle bir kural olmadığından, söz konusu kuralın Birlik içi ticareti potansiyel olarak etkilediği düşüncesiyle davayı Adalet Divanı'na sevk etmiştir. Avusturya Hükûmetinin iddia ve savunmalarına göre, süreli yayınlarda ödüllü yarışmalar düzenlemek, sadece satışları arttırmayı amaçlayan birer satış düzenlemesidir ve bu şekilde satış yapılmasını yasaklayan Avusturya düzenlemesi de *Keck* anlamında satış düzenlemesi olarak kabul edilmeli ve 34 üncü madde kapsamı dışında hukuka uygun olarak değerlendirilmelidir⁹⁴³.

İddiaları inceleyen Adalet Divanı, kararında sırasıyla *Dassonville*, *Cassis* ve *Keck* kararlarındaki tespitlerine değinerek, söz konusu yasağı öngören mevzuatın birer satış tanıtım yöntemiyle ilgili olmasına rağmen, aslında somut olaydaki ürünün gerçek içeriğini de ilgilendirdiğini, çünkü ödüllü yarışmaların, esasında yer aldıkları süreli yayının ayrılmaz birer parçası olduğunu belirtmiş ve bu nedenle, ilgili Avusturya kuralının, *Keck* Kararındaki satış düzenlemeleri kapsamında değerlendirilemeyeceği sonuç ve kanaatini bildirmiş; ancak yasağın ulaşmak istediği amaçla orantılı olup olmadığını takdirini ulusal mahkemeye bırakmıştır⁹⁴⁴.

Gerçekten de Avusturya mevzuatı her ne kadar satış düzenlemelerine ilişkin gibi görünse de, sonuçları bakımından süreli yayınların içeriğinin değiştirilmesine etki etmekte ve böylece üye devletlerin ithalat pazarına erişimi olumsuz etkilenmektedir. Bu

⁹⁴² C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags-und Vertreibs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag (1997) ECR I-3689.

⁹⁴³ C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags-und Vertreibs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag (1997) ECR I-3714, para.10.

⁹⁴⁴ C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags-und Vertreibs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag (1997) ECR I-3718, para.34.

nedenle, prensip olarak madde 34 teki anlamıyla miktar kısıtlamasına denk bir eş etkili önlem oluşturmaktadır.

İncelediğimiz *Keck* sonrası kararlar, Adalet Divanı'nın *Keck* Kararında ortaya koyduğu "belirli satış düzenlemeleri" ifadesini sonraki kararlarında nasıl işlediğinin ve nasıl tanımladığının görülebilmesi bakımından özel bir öneme sahiptir⁹⁴⁵. Buna göre, bir kural satış düzenlemelerine ilişkin ise, madde 34 teki ana kuralın dışında kaldığı düşünüldüğünden belirli satış düzenlemeleri kavramı dar bir şekilde tanımlanmaktadır⁹⁴⁶. Esasında burada, durağan (statik) ve değişken (statik olmayan) satış düzenlemeleri arasında bir uygulama farklılığı oluşturularak belirli satış düzenlemeleri kavramına daha net bir sınır çizilebilecektir⁹⁴⁷. Şöyle ki, durağan satış düzenlemeleri, dükkanların açık olduğu saatlere, insanların çalışabileceği mesai saatlerine veya belirli malların satılacağı yerlere dair kurallar olarak sınıflandırılabilir ve bu kurallar, 34 üncü madde kapsamı dışındadır. Öte yandan değişken satış düzenlemeleri, bir imalatçının, spesifik bir ürünü nasıl pazarlamayı tercih ettiğine (örneğin belirli reklam biçimi ve ücretsiz teklifler gibi) ilişkin kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada ikinci tür olan değişken satış düzenlemelerinin *Keck* kapsamına girmeyeceği ve böylece 34 üncü madde kapsamında değerlendirileceği açıktır. Zira *Vereinigte Familiapress* Kararında da görüldüğü üzere bir satış düzenlemesi, aynı zamanda ürünün kendisiyle daha yakından ilgili olabilir⁹⁴⁸.

O halde, uygulamadan yola çıkarak belirli satış düzenlemelerini durağan ve değişken olarak ikiye ayırırsak, durağan satış düzenlemelerinin *Keck* kapsamında ve hukuka uygun olduğu, ancak değişken satış düzenlemelerinin ürünün kendisiyle daha yakından ilişkili olması durumunda hukuka uygun olmadığı ve miktar kısıtlamasına denk bir eş etkili önlem olduğu söylenebilecektir.

⁹⁴⁵ THORVALDSSON, s.23.

⁹⁴⁶ THORVALDSSON, s.30.

⁹⁴⁷ CRAIG ve de BURCA, s.621.

⁹⁴⁸ THORVALDSSON, s.31.

2. Keck Sonuçlarına Göre Eş Etkili Önlemler Prosedürü

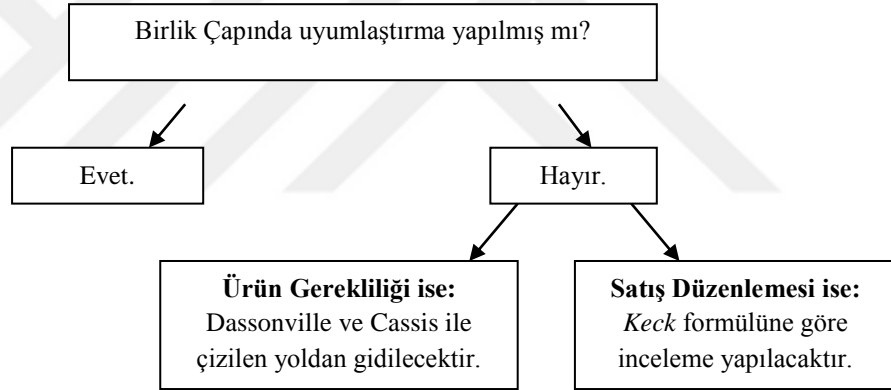
Buraya kadar incelenen kararlar dikkate alınarak Adalet Divanı'nın, miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemleri tespit etmek için izlediği yol kısaca özetlenecek olursa, miktar kısıtlaması teşkil eden bir ulusal düzenlemenin, doğrudan 34 üncü madde yasağı kapsamında olduğu; ancak 36 ncı maddede sayılan istisnalardan birisinin söz konusu olması halinde, orantılılık ilkesinin dışına çıkmadığı müddetçe yasak olan düzenlemenin hukuka uygun kabul edileceği söylenebilecektir.

Bununla birlikte, bir ulusal düzenlemenin doğrudan miktar kısıtlaması teşkil etmeyip de aynı etkiye sahip bir önlem getirmesi durumunda da yine 34 üncü madde yasağı kapsamında değerlendirileceği açıktır; ancak 36 ncı maddedeki istisna hükümleri bu tür önlemler için de geçerlidir.

Fakat burada belirtmek gerekir ki, *Cassis* Kararıyla getirilen kaçış klozu, yalnızca eş etkili önlemler açısından uygulanabilir. Sınırlı sayıda (numerus clauses) belirtilmeyen kamu yararının zorunlu gereklilikleri, haklı sebeplerin varlığı halinde ve makul olduğu ölçüde madde 34 yasağından muaf tutulabilecektir. Önceleri yalnızca doğrudan ayrımcı uygulamalar için geçerli olduğu belirtilen zorunlu gerekliliklere ilişkin kloz, zamanla ayrımcı olmayan uygulamalar için de geçerlilik kazanmıştır. Dolaylı ayrımcı olarak da adlandırılan ayrımcılık içermeyen uygulamalar, *Keck* Kararı ile farklı bir sınıflandırmaya tabi tutularak pazara girişe yönelik satış koşulları ve ürün gereklilikleri olarak ikiye ayrılmıştır. Ulusal düzenlemenin karakterini sınıflandırmaya çalışan bu yaklaşıma göre, artık ticareti engelleyen tüm ulusal düzenlemeler değil, ürünün üretim aşamasına ilişkin düzenlemeler madde 34 yasağı kapsamında değerlendirilecek; ürünün satışına ve pazara sunumuna yönelik düzenlemeler ise belirli şartların varlığı halinde eş etkili önlem sayılmayacaktır.

Miktar kısıtlamasıyla eş etkiye sahip ulusal düzenleme, eğer ki belirli bir satış düzenlemesi ise; *Keck* Kararınının 16 ncı paragrafındaki şartları sağlayıp sağlamadığına bakılır. İstisna hükümleri ve emredici gerekliliklere ilişkin kaçış klozu, bu noktada yeniden uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç itibariyle Divan, 1993 ten sonra 34 üncü maddeye ilişkin davalarda, Birlik çapında uyumlaştırmanın yapılmadığını tespit ettikten sonra, öncelikle ulusal düzenlemenin ürün gerekliliğine mi yoksa satış düzenlemesine mi ilişkin olduğunu tespit etmiş; üretime ilişkin ise *Dassonville* ve *Cassis* yolundan gitmiş, satış koşullarına ilişkin ise *Keck* Kararıyla çizdiği yoldan giderek sonuca ulaşmıştır. Böylece, önceden karar verilenin aksine, ithal ürünlere uygulanan ve belirli satış düzenlemelerini kısıtlayan veya yasaklayan ulusal hükümler, şartlar oluştuğu takdirde eş etkili önlem sayılmamaktadır; çünkü bu tür kurallar, yerli-ithal mal ayrımı yapmaksızın pazara erişim yönünden etkisiz kalmaktadır. O halde, *Keck* Kararında belirlenen usul ve esaslar uyarınca, üye devlet pazar piyasasındaki satış koşullarını düzenleyen bir ulusal önlemin etkisine bakılırken sorulması gereken asıl soru, pazara girişi kısıtlayıp kısıtlamadığı olacaktır.



Şema.4.

Keck ve Mithouard Kararına Göre Eş Etkili Önlemleri Belirleme Yöntemi

Yukarıdaki şekil ile de belirttiğimiz üzere, *Keck* Kararında odak noktası, pazara erişimin ne derece etkilendiği üzerinde toplanmıştır. Divan'a göre, ulusal önlem, ortak pazarı milli pazarlara bölme etkisi yaratmıyorsa ve ekonomik alanda mallara ve kişilere aynı ölçüde uygulanıyorsa 34 üncü madde dışında değerlendirilecektir⁹⁴⁹. Şu bir gerçektir ki, malların serbest dolaşımı alanındaki satış düzenlemelerinin etkileri genellikle belirsiz ve dolaysızdır ve bu nedenle çoğu durumda 34 üncü madde

⁹⁴⁹ TEKİNALP ve diğerleri, s.319.

kapsamının dışına çıkabilirler⁹⁵⁰. Malın piyasaya sürülmeden önceki aşaması 34 üncü madde kapsamındayken, “satış yöntemleri” olarak adlandırılan malın piyasaya sunulmasından sonraki aşama 34 üncü madde uygulaması dışında kalır⁹⁵¹.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, *Keck* formülü, ticaret özgürlüğünü kısıtlayan her ulusal önlem doğrudan 34 üncü madde yasağı kapsamında eş etkili önlem olarak görmemektedir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, kararın 16 ncı paragrafı, bir ulusal önlemin eş etkili önlem yasağı dışında tutulabilmesi şartlarını belirtmiştir. Buna göre bir ulusal önlemin eş etkili önlem olarak değerlendirilmemesi için;

1. Genel olarak yurt içi ekonomik faaliyeti düzenlemesi,
2. Tüm mallara fark gözetmeden uygulanan bir önlem olması,
3. Yerli/ithal ürünlerin pazarlanmasını hukuken ve fiilen eşit şekilde etkilemesi yani ithal ürünlerin pazara erişimini tıkamaması veya yerli ürünlerden daha kuvvetli bir şekilde engellememesi gereklidir⁹⁵².

Bu şartlardan birinin eksikliği halinde, eğer bir satış yöntemi ortak pazarı bölücü etki oluştuyorsa 34 üncü madde yasağından kurtulamayacak ve eş etkili önlem olarak kabul edilecektir.

Eğer satış koşullarına ilişkin belirli yasaklamalar içeren ulusal düzenlemeler, belirtilen bu şartların her birini karşılıyorsa, diğer üye devletler bakımından pazara girişi engelleyici veya ulusal ürünleri korumaya dayalı bir etki meydana getirmeyecektir⁹⁵³.

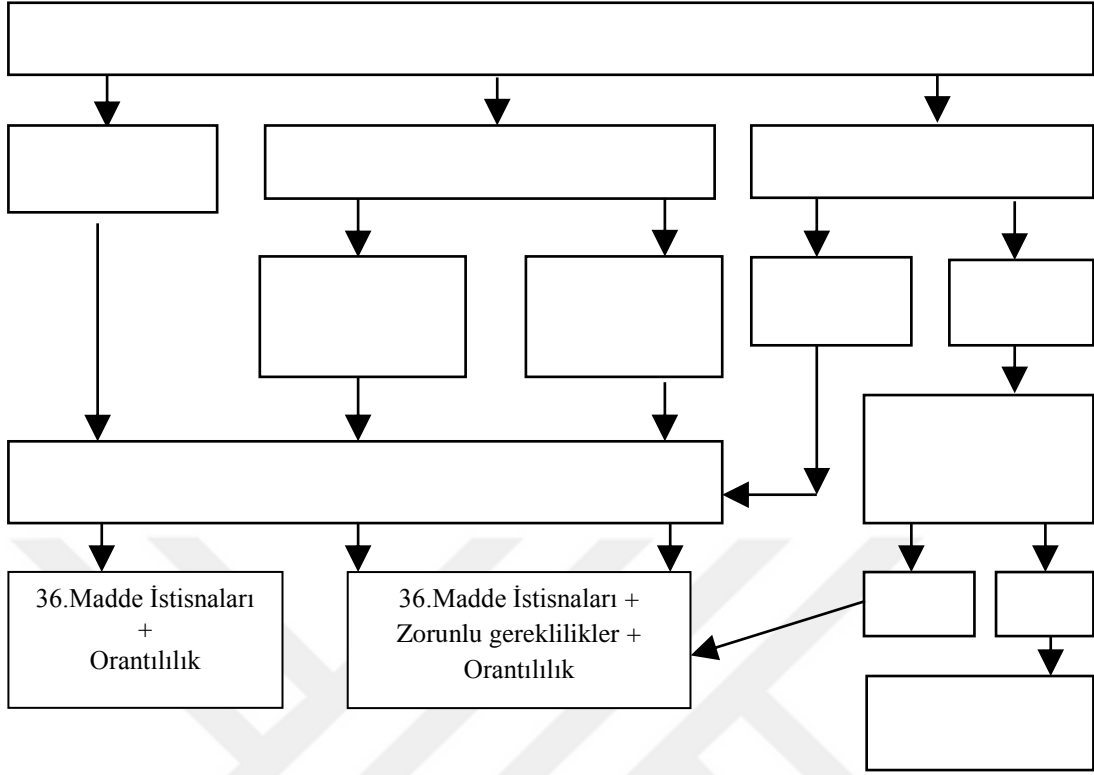
Yapılan bu tespitlerden sonra *Keck* formülünün uygulanabilmesi için Adalet Divanı'nın takip ettiği basamakları bir şema ile gösterecek olduğumuzda, aşağıdaki gibi bir tablo ortaya çıkmaktadır:

⁹⁵⁰ Bu kurallar, *Peralta* ve *DIP SpA* kararlarındaki kurallardır.

⁹⁵¹ DASHWOOD ve WYATT, s.590.

⁹⁵² Bkz. TEKİNALP ve diğerleri, s.319; ÇÖPOĞLU, s.121; CAN, s.414.

⁹⁵³ GÜRBÜZER, s.91.



Şema.5.

Keck Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi

3. *Keck* Kararına Getirilen Eleştiriler

Keck Kararı, eş etkili önlemlere ilişkin sonuçları ve günümüze değin uzanan etkisi nedeniyle özel bir önemi hak etmektedir. Adalet Divanı, Komisyon yönergeleri ve *Dassonville* Kararı ile başlayan yirmi yılı aşkın bir süreci bu kararı ile geride bırakmış ve içtihat çizgisini tamamıyla ayrı bir boyuta taşımıştır. Kimi yazarlar tarafından getirildiği yeni kavramlardaki belirsizlikler nedeniyle topa tutulan Divan, kimileri tarafından ise eş etkili önlem kuramına farklı bir bakış açısı kazandırdığı için alkışlanmaktadır⁹⁵⁴.

⁹⁵⁴ Eleştiriler için bkz. STADLMEIER, s.66 vd.; Miguel Poiars MADURO, "**Keck: The End? The Beginning of the End? Or Just the End of the Beginning?**", *Irish Journal of European Law*, Vol 3, (1994), s.30 vd.; CHRISS, s.171-175.

Divan bu karar ile eş etkili önlem kuramını kategorize ederek ve parçalara ayırarak bir sonuca varmayı tercih etmiştir⁹⁵⁵. Malların üretilmesi ile pazarlanmasına ilişkin düzenlemeler arasında ayırım yapan Divan, üretime ilişkin şartları m.34 kapsamında değerlendirirken, pazarlama koşullarını m.34 ün dışında bırakmıştır. Malların piyasaya girişine ilişkin belirli satış koşullarını düzenleyen ulusal kurallar, aynı ülke içinde faaliyet gösteren tüm tacirlere ayırım gözetmeksizin uygulanması ve yerli ürünler ile ithal ürünler üzerinde hukuken ve fiilen aynı biçimde etki doğurması halinde, artık eş etkili önlemler yasağından muaf tutulacaktır. Bu düşünce değişimi, doktrinde kimi yazarlar tarafından, "Kasım Devrimi"⁹⁵⁶ ve bir geri dönüş olarak alkışlanırken⁹⁵⁷, kimileri tarafından oldukça katı sınırlar çizdiği düşüncesiyle 34 üncü maddenin hedeflerine ulaşma bakımından elverişli bulunmamış, kimileri tarafından da bu iki yeni düzenleme kategorisi arasında belirgin bir sınır çizilmemesi⁹⁵⁸ ve kavramların içeriğinin doldurulmaması tepki görmüştür.

Divan'ın, eş etkili önlem kavramına giden yolu ikiye ayıran tutumu, satış koşullarının belirsizliği nedeniyle bazı zamanlar çıkmaza girmesine sebep olmuş ve karmaşıklaştırdığı yapı nedeniyle de çokça eleştiri almıştır⁹⁵⁹. Sırasıyla birtakım kıstasların üzerinden giderek sonuca ulaşmak daha net ve garanti olabileceken, bu kıstasların içi belirgin şekilde doldurulmadıkça formül mekanizması temelinden çökme riskiyle karşı karşıyadır ve bu şekilde sonuca ulaşmak mümkün olmayabilir.

Bu noktada karara getirilen başlıca eleştiri, belirsiz olan satış yöntemleri kavramı ile ürün içeriğine ilişkin gereklilikler arasındaki ayırımın net olmaması ve işlerlikten uzak kalmasıdır⁹⁶⁰ ve satış usulüne ilişkin düzenlemelerin ne zaman 34 üncü madde dışında kalacağı sorusu tartışma konusu olmuştur. Diğer taraftan, satış koşullarına ilişkin olmakla beraber ilgili ürünün belli bir biçimde etiketlenmesi veya

⁹⁵⁵ CHRISS, s.150.

⁹⁵⁶ Norbert REICH, "The 'November Revolution' of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited", *C.M.L.R.*, Vol.31, 1994 (459-492), s.459.

⁹⁵⁷ CHRISS, s.149.

⁹⁵⁸ CANDAN, s.158.

⁹⁵⁹ THORVALDSSON, s.42.

⁹⁶⁰ Stephen WEATHERILL, "After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification", *C.M.L.R.*, Vol.33, 1996 (885-906), s.885 vd.

ambalajlanması zorunluluğunu getiren ulusal düzenlemelerin niteliği üzerine bu bağlamda bazı tartışmalar ortaya çıkmıştır⁹⁶¹.

Ürün gerekliliğine mi yoksa belirli satış düzenlemesine mi ilişkin olduğu konusunda tereddüt bulunan ulusal düzenlemeler bakımından, ürünün pazara girişindeki etkisi esas alınmıştır. Bu yönde, bir reklam yasağı, satış düzenlemesi olmasına rağmen pazara girişi engellediği gerekçesiyle eş etkili önlem kabul edilmiştir⁹⁶². Benzer şekilde, alkollü içecek ithalat izninin yalnızca toptancı ruhsatına sahip olan kişilere verilmesini öngören bir İsveç düzenlemesi, esasen satışa ilişkin olmasına rağmen, Adalet Divanı tarafından yerli ve yabancı ürünlerin spesifik olarak pazara girişini farklı şekilde etkilemesi nedeniyle eş etkili önlem kapsamında değerlendirilmiştir⁹⁶³.

Tıbbi ürünlerin son kullanma tarihinin ambalajda gösterilmesi ile ürünlerin içeriğindeki katkı maddelerinin ve içeriklerinin ambalajda gösterilmesi zorunluluğunun⁹⁶⁴ 34 üncü maddeye aykırılık teşkil ettiği ve eş etkili önlem yasağı kapsamında olduğu tespit edilmiştir⁹⁶⁵. Bir takım aletlerle paketlenen ürünlerin üzerine, aletlerin tehlikeli olduğuna dair işaret konulmasının istenmesi, üretime yönelik bir şart olarak *Cassis* kapsamında hukuka aykırı iken, bu işaretin perakendeciler tarafından konulmasının istenmesi, satış yöntemi olarak *Keck* kapsamında hukuka uygun sayılmıştır⁹⁶⁶. Bu çerçevede, malların üretimi, ambalajlanması, etiketlenmesi, işaretlenmesi veya ruhsat almasına dair ulusal düzenlemeler, *Keck* Kararının sonuçlarına göre piyasaya erişime ilişkin olması sebebiyle eş etkili önlem olarak kabul edilmeye devam etmiştir⁹⁶⁷.

⁹⁶¹ GÜNEŞ, s.289-290.

⁹⁶² C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP) (2001), ECR I-1795 vd.

⁹⁶³ C-189/95, Harry Franzén (1997), ECR I-5909 vd.

⁹⁶⁴ C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994) ECR I-2039; C-51/94 Komisyon v. Almanya (1995) ECR I-391; C-55/99 Komisyon v. Fransa (2000) ECR I-11499.

⁹⁶⁵ CANDAN, Malların Serbest Dolaşımı, s.39.

⁹⁶⁶ BARNARD, s.147.

⁹⁶⁷ GÜNEŞ, s.289.

Divan içtihadıyla oluşturulan bu ikili ayırım, ancak ulusal düzenlemenin satış koşuluna mı (etiket, ambalaj vb.) yoksa ürüne mi ilişkin olduğu sorusu cevaplandırılarak netleştirilebilmiş ve böylece eş etkili önlem niteliği belirlenebilmiştir. Bu çerçevede, ulusal düzenlemelerin piyasaya giriş üzerindeki etkisinin her somut olayda ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Burada esas alınacak ölçüt, daha evvel de belirttiğimiz üzere, söz konusu düzenlemenin malların pazara girişini kısıtlayıcı etkisi olacaktır.

Bu yöndeki eleştiriye tamamen zıt olan ancak yine aynı sonuca ulaşan bir başka eleştiri, genel olarak, *Keck* Kararının çok katı ve şekilsel bir yaklaşım ortaya koyduğu ve malların serbest dolaşımı önündeki engellerin kaldırılması gereğini temin etmek bakımından somut olaylarda esnek bir yoruma imkan tanımayabileceği noktasında yoğunlaşmaktadır.

Keck Kararında olduğu gibi katı sınırlar çizmek yerine, ABİA madde 34 ün amacı göz önüne alınarak eş etkili önlemleri belirlemek gerektiğini ileri süren yazarlar olmuştur⁹⁶⁸. Bu görüşe göre, bir ulusal düzenleme, malların serbest dolaşımına engel oluşturacak satış yöntemleri içeriyorsa 34 üncü maddeye aykırı olduğu kabul edilmelidir. Bu anlamda, *Leclerc-Siplec*⁹⁶⁹ Davasının Hukuk Sözcüsü JACOBS tarafından *Keck* Kararına eleştirel bir yaklaşım getiren görüşe göre, pazara giriş şartları bakımından önemli ya da esaslı etkiler doğuran satış koşulları veya düzenlemeleri de ayrımcılık içermiyor gibi görünse bile 34 üncü madde kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim Antlaşma hükümlerinin malların serbest dolaşımı ile ilgili temel kaygısı, üye devletler arasındaki ticarete haksız engellerin önlenmesidir⁹⁷⁰. Adalet Divanı ise Hukuk Sözcüsünün görüşlerine itibar etmediği izlenimini oluştursa da, *de Agostini*⁹⁷¹ ve *Gourmet*⁹⁷² Kararlarını Hukuk Sözcüsü JACOBS'un görüşleri üzerine inşa etmiştir⁹⁷³.

⁹⁶⁸ WEATHERILL, After *Keck*, s.885 vd.

⁹⁶⁹ *Leclerc* Davasının Sözcüsü JACOBS'un görüşü için bkz. C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA (1995) ECR I-179.

⁹⁷⁰ REGAN, s.468.

⁹⁷¹ Birleşik dava C-34-35-36/95 Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB and TV-Shop i Sverige AB (1997) ECR I-3843.

⁹⁷² C-405/98 Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP) (2001) ECR I-1795.

Benzer görüşe sahip WEATHERILL'e göre de, satış yöntemi olarak adlandırılan bazı üye devlet önlemleri, gereksiz yere katı olmanın yanı sıra değişmez kabul edilmektedir ve bu durum, 34 üncü madde hedeflerinden oldukça uzak sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle önlemin karakteri belirlenirken ele alınan satış yöntemi testi yerine, ulusal düzenlemenin önemli ölçüde ticareti kısıtlayıcı etkisinin test edilmesi, yazara göre daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Görüldüğü üzere, doktrinde, *Keck* formülünün çok katı sınırlar çizdiğini düşünen kesime göre de, bunun aksi yönde *Keck* Kararının belirsiz kavramlar ortaya koyduğunu ve bu kavramların içinin doldurulmaya muhtaç bırakıldığını ileri süren yazarlara göre de, bir ulusal önlemin eş etkili önlem olup olmadığı değerlendirilirken izlenmesi gereken en isabetli yöntem, *Keck* formülünü sıkı sıkıya uygulamak yerine, söz konusu düzenlemenin malların pazara girişini kısıtlayıcı etkisinin ölçülmesi olacaktır.

Bu görüşlere ilaveten, *Keck* Kararının sonuçları bakımından doktrindeki bazı yazarlarca öne sürülen diğer bir görüşe göre, *Keck* Kararı, geniş uygulama alanına sahip ve kapsayıcı bir orantılılık incelemesinden, kategorize edilerek basitleştirilmiş olan eş etkili önlem kavramına ulaşma açısından bir geri dönüş olarak değerlendirilmiştir⁹⁷⁴. bu değerlendirmeyi daha basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, *Keck* formülü ile *Dassonville* formülünün geniş uygulamasının *Cassis*'in kabul ettiği orantılılık süzgecinden geçirilerek esasında özünde yine *Dassonville* uygulamasına geri dönüldüğü söylenebilecektir. Birlik içi ticareti korumaya yönelik yasalardan geriye atılmış bir adım olarak değerlendirilen karar, 34 üncü maddeyi canlandırarak şaşırtıcı şekilde yeniden geniş bir uygulama alanı sağlamış; *Cassis* Davasında öngörülen bütünleştirme yanlısı kuralları ise sınırlamıştır⁹⁷⁵. Bu görüşe kısmen katılan yazarlar ise, ürün gereklilikleri konusunda *Cassis* formülünden ayrılmayan ve karşılıklı tanıma ilkesi ile orantılılık denetimine bağlı bulunan *Keck* yaklaşımının, satış yöntemlerine ilişkin düzenlemeler noktasında farklılaştığını vurgulayarak tamamen bir geri dönüşten bahsedilemeyeceğini belirtmişlerdir⁹⁷⁶. Bununla birlikte, Divan'ın bir geri dönüşten daha çok, belirsizlikleri

⁹⁷³ CRAIG ve de BURCA, s. 654.

⁹⁷⁴ CHRISS, s.149.

⁹⁷⁵ CHRISS, s.149.

⁹⁷⁶ CANDAN, s.181.

ortadan kaldırmak suretiyle uygulamayı somutlaştıranak ön karar usulüyle getirilen dava sayısını azaltma hedefini amaçladığını ileri sürenler de bulunmaktadır ki esasında yukarıda incelendiği gibi Adalet Divanı'nın karardaki gerekçesinde bu husus açıkça dile getirilmiştir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMINA İLİŞKİN ADALET DİVANI'NIN GÜNCEL YAKLAŞIMI ve KOMİSYON'UN YENİ MEVZUAT ÇALIŞMALARI

I. ADALET DİVANI'NIN EŞ ETKİLİ ÖNLEMLER KAVRAMINA GÜNCEL YAKLAŞIMI

A. Keck Kararı Sonrası Adalet Divanı Uygulaması

1. Genel Olarak

Keck Kararı sonrasında malların üretimi, ambalajlanması, etiketlenmesi, ruhsat ve işaretlenmesi gibi kuralları içeren ve malların piyasaya satış kurallarını belirleyen ulusal düzenlemeler, eş etkili önlem olarak kabul edilmeye devam etmiştir. Yani ilgili ürünün nitelik ve üretimine ilişkin olan, bu ürünle ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olan önlemlerin satış şartları kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığına işaret edilmiştir⁹⁷⁷.

Tıbbi ürünlerin son kullanma tarihlerinin ambalajların üzerinde gösterilme zorunluluğu veya ürünlerin içeriğinin ambalajlarının üzerinde gösterilme zorunluluğu getiren ulusal düzenlemeler, ürünün üretimine ilişkin kabul edildiğinden eş etkili önlem yasağına tabidir⁹⁷⁸. Adalet Divanı kararlarına göre, son kullanma tarihinin⁹⁷⁹, katkı maddelerinin⁹⁸⁰ veya kayıt numaralarının⁹⁸¹ ürünün dış ambalajında gösterilmesi yükümlülüğü, ürüne veya üretime ilişkin bir kısıtlamadır. Benzer durum, ilave edilen vitaminlerin kayıt numarasının ürün etiketinde belirtilmesi zorunluluğu ve çikolata

⁹⁷⁷ C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH. (1995) ECR I-1923, N 12 vd.; C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratoires SNC and Estée Lauder Cosmetics GmbH. (1994) ECR I-317; C-313/94 (1996) ECR I-6039; ayrıca bkz. GÜNEŞ, s.290.

⁹⁷⁸ Aynı doğrultuda kararlar için bkz. C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994) ECR I-2039; C-51/94 Komisyon v. Almanya (1995) ECR I-391; C-55/99 Komisyon v. Fransa (2000) ECR I-11499.

⁹⁷⁹ C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994) ECR I-2039.

⁹⁸⁰ C-51/94 Komisyon v. Almanya (1995) ECR I-3599.

⁹⁸¹ C-55/99 Komisyon v. Fransa (2000) ECR I-11499.

ürünlerinin kakao yağının dışındaki bitkisel yağların kullanılması nedeniyle "çikolata" adı altında piyasaya sürülmesi yasağı için de geçerlidir⁹⁸². Fırında çok az pişirildikten sonra yenilebilen yarı hazır ekmeklerin ambalajına ilişkin getirilen yükümlülük de ürün ve üretime ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir⁹⁸³.

Bununla birlikte, bir ürünün pazarlanma biçimine ilişkin önlemler, Adalet Divanı tarafından satış koşulları kapsamında değerlendirilmekte ve ayrımcılık oluşturmadığı takdirde hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak bazı durumlarda, ulusal düzenlemelerin üretime mi yoksa satış koşullarına mı ilişkin olduğunu ayırt etmek kolay olmamaktadır. Böyle bir durumda ise ölçüt, ilgili düzenleme ile yabancı ürünlerin piyasaya girişleri üzerinde oluşturulan etkidir. Burada düzenlemenin, ürün bağlantısı olmaksızın genel olarak pazar koşullarını belirleyip belirlemediğine ya da doğrudan ürünü ve ürünün görünümünü etkileyip etkilemediğine göre karar verilmesi gerekmektedir⁹⁸⁴.

Alkol ithalatının toptancı ruhsatına bağlanmasına ilişkin İsveç düzenlemesinde olduğu gibi, ürünün ambalajlanmasına yönelik kısıtlamaların satış koşullarına ilişkin olmalarına rağmen yerli ve yabancı ürünlerin piyasaya girişini spesifik olarak etkilemesi durumunda, 34 üncü madde kapsamında kalması böyledir⁹⁸⁵. Özellikle *Franzen* Kararının gerekçesi incelendiğinde, Divan'ın, ithalatçılar için ruhsat almanın büyük masraflar nedeniyle daha zor olduğunu, bu nedenle İsveç düzenlemesinin yerli ve yabancı ürünlerin pazara girişini farklı şekilde etkileyerek pazara girişi spesifik biçimde engellediğini belirttiği görülmektedir⁹⁸⁶.

Adalet Divanı'nın, bazı malların seyyar olarak satılabilmesini ülke içinde sabit merkezli bir işletmenin kurulmasına bağlayan Avusturya düzenlemesini, satış

⁹⁸² C-217/99 Komisyon v. Belçika (2000) ECR I-10251; ayrıca bkz. CAN, s.415.

⁹⁸³ C-416/00 Tommaso Morellato v Comune di Padova (2003) ECR I-9343.

⁹⁸⁴ CAN, s.415; GÜNEŞ, s.290.

⁹⁸⁵ C-189/85 Harry Franzen (1997) ECR I-5909; C-470/93, Verein gg. Unwesen in Handel und Gewerbe Koln v. Mars GmbH. (1995) ECR I-1923.

⁹⁸⁶ C-189/85 Harry Franzen (1997) ECR I-5909, para.29.

koşullarına ilişkin olmasına karşın pazara girişi de engelliyor olması nedeniyle miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak görmesi yine örnek olarak verilebilir⁹⁸⁷.

Bu kararlardan görüleceği üzere Divan, ürünlerin piyasaya girişlerini spesifik olarak engelleyen reklam yasağı gibi satış koşullarına ilişkin düzenlemeleri *Keck* Kararından sonra da eş etkili önlem olarak kabul etmeye devam etmiştir⁹⁸⁸. Adalet Divanı'nın bu kararlardaki yaklaşımının daha açık bir şekilde ortaya konulabilmesi için aşağıda daha yakından bir inceleme yapılacaktır.

2. *Gourmet International Products* Kararı (2001)

Davanın konusu, cin, şarap ve alkol oranı yüksek bira reklamları üzerinde çeşitli kısıtlamalar getiren İsveç mevzuatıyla ilgilidir⁹⁸⁹. İsveç hukuku uyarınca, içki reklamı, radyo ve televizyon ya da satış noktalarında satılan dergiler üzerinden yapılamamaktadır. Bu tür reklamlar, yalnızca tacirler ve restoranlara yönelik dergiler üzerinden yapılabilmektedir.

Gourmet International Products (GIP) Şirketi, "Gurme" adlı bir dergi yayınlamış ve derginin bir sayısında üç sayfalık alkollü içecek reklamlarına yer verilmiştir. Bu dergi, %90 tacirlere giderken; %10 özel kişilere ulaşmaktadır. Bunun üzerine Tüketici Ombudsmanı Tingsrätt, GIP aleyhine mevzuata aykırı uygulamadan dolayı dava açmış ve yerel mahkeme, davayı ön karar için Adalet Divanı'na göndermiştir⁹⁹⁰.

Davanın hukuk Sözcüsü JACOBS, Divan'ın *Keck* formülüne göre reklamları belirli satış düzenlemeleri kapsamında kabul ettiğini, ancak *Keck* Kararının uygulanma koşullarından birinin de karara konu önlemin ayrımcılık oluşturmaması gerektiğine ilişkin olduğunu, bu karar bakımından ise her ne kadar ulusal düzenlemenin yasal olarak

⁹⁸⁷ C-254/98 TK-Heimdienst Sass GmbH (2000) ECR I-151.

⁹⁸⁸ C-405/98 Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products (2001) ECR I-1795.

⁹⁸⁹ C-405/98 Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products (2001) ECR I-1795.

⁹⁹⁰ C-405/98 Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products (2001) ECR I-1795, para.7-15.

doğrudan ayrımcı bir etkisi söz konusu değilse de uygulamadaki etkisi bakımından ayrımcı sonuçlar doğurduğunu belirtmiştir.

GIP Şirketi tarafından sağlanan istatistiklere göre İsveç ürünlerinden alkol oranı yüksek biraların iç pazarda hakim konumda olduğunu ve ayrıca tüketicilerin de ulusal içecekleri tercih etme eğiliminde olduğunu, böylece reklam yapmaya gerek kalmaksızın diğer üye devletlerden gelen ürünlerin zaten dezavantajlı bir konumda bulunduğunu ileri sürmüş ve bu iddia, İsveç Hükûmeti temsilcisi tarafından da yerel olarak üretilen biraların yaygın bir şekilde tercih edildiği noktasında kabul görmüştür⁹⁹¹.

Adalet Divanı ise, İsveç'teki durumun özelliklerini kesin bir şekilde analiz etmeye gerek duymaksızın, tüketimi sosyal uygulamalara, yerel alışkanlıklara ve geleneklere bağlı alkollü içecek gibi ürünler bakımından getirilen yasakların, ithalata konu ürünleri yerli ürünlere kıyasla daha fazla engellediğine dikkat çekmiştir. Çünkü tüketicilerin, yerli ürünler hakkında anında daha fazla bilgiye erişme imkanı bulunmasına rağmen, ithal edilen ürünler bakımından aynı derecede bilgiye erişme imkanı söz konusu değildir. Bu anlamda ulusal mahkemelerin, radyo, televizyon ve basın yoluyla tüketicinin ithal ürünler hakkında bilgilenmesini sağlayacak reklamların yasaklanmasına karşılık, yerli ürünlere ilişkin broşürlerin dağıtılması veya kamu tarafından kullanılan karayoluna afişler asılması konusunda bir yasağın söz konusu olmaması nedeniyle oluşturulan ayrımcılık bakımından, ithal ürünlerin piyasaya erişimini sağlama sorumluluğunu taşıdığını belirtmiştir⁹⁹². Divan'a göre buradaki uygulama, üye devletler arasındaki ticaretin madde 34 e göre engellendiği şeklinde yorumlanmalıdır⁹⁹³.

Adalet Divanı'nın bu sonuca ulaşırken izlediği formülasyon ise şu şekilde tespit edilmektedir: 1) Divan, öncelikle ilgili düzenlemenin ürün gerekliliklerine mi yoksa belirli satış düzenlemesine mi ilişkin olduğunu belirlemiş ve bu düzenlemenin bir belirli satış düzenlemesi olduğu sonucuna ulaşmıştır. 2) Daha sonra bu uygulamanın ilgili tüm

⁹⁹¹ C-405/98 Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products (2001) ECR I-1795, para.29-30.

⁹⁹² Alina KACZOROWSKA, “Gourmet Can Have His Keck and Eat It!”, *European Law Journal*, Vol. 10, Issue 4, 2004, s.486.

⁹⁹³ C-405/98 Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products (2001) ECR I-1795, para.24.

tacirlere uygulanıp uygulanmadığı sorusunu sormuş ve evet, uygulanıyor yanıtına ulaşmıştır. 3) Bu düzenlemenin yerli ürünlerle ithal ürünlerin pazarlanmasını hukuken aynı şekilde etkilediğini fakat fiilen aynı şekilde etkilemediğini, yani pazara erişimi güçleştirerek engellediğini tespit ederek bir eş etkili önlem olduğu sonucuna ulaşmıştır. 4) Düzenlemenin kamu sağlığı çerçevesinde orantılı olup olmadığının değerlendirmesini ise ulusal mahkemenin takdirine bırakmıştır⁹⁹⁴.

3. Heimdienst Kararı (2000)

Heimdienst Kararına konu ilgili Avusturya düzenlemesi, bazı malların seyyar şekilde satılmasını ülke içinde sabit merkezli bir işletmenin kurulmasına bağlamıştır. Bu koşul, diğer ülkelerden gelen tacirlerin Avusturya pazarına girmelerini spesifik olarak engellemiştir. Adalet Divanı ise, satış modalitelerine ilişkin kuralların pazara girişi kısıtlaması halinde 34 üncü madde kapsamına girdiğinin kabulü gerektiğine işaret etmiştir⁹⁹⁵.

Bu karar, pazara girişi perakendeci düzeyinde engelleyen bir kuralın 34 üncü madde yasağına aykırı olarak kabul edilmesi bakımından da dikkat çekicidir. Böylelikle 34 üncü maddenin, tüm pazar aşamalarında pazara girişi güvence altına aldığına açıklığa kavuşturulduğu söylenebilir⁹⁹⁶.

4. Doc Morris Kararı (2003)

*Doc Morris*⁹⁹⁷ Kararına konu olay, Hollanda'da eczane sahibi olan Doc Morris ve Herr Waterval isimli firmaların, internet sitesi aracılığıyla Almanya'ya tıbbi ilaç satmasıyla başlamıştır. Hollanda merkezli Doc Morris Şirketi, sağlık merkezi işletip e-posta yoluyla tıbbi ürün satmaktadır. Satış, 08.06.2000 tarihi itibarıyla Almanyayı da

⁹⁹⁴ C-405/98 Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products (2001) ECR I-1795, para.34; KACZOROWSKA, s.486.

⁹⁹⁵ C-254/98 TK-Heimdienst Sass GmbH (2000) ECR I-151, para.69 vd.

⁹⁹⁶ CAN, s.416.

⁹⁹⁷ C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval (2003) ECR I-14887.

içerir şekilde hem reçetelendirilmesi zorunlu hem de reçetesiz türde ilaçlar yönünden Alman tüketicilere de yapılmaya başlanmıştır. Alman Hukuku yönünden ise internet üzerinden ilaç satışı yapılması yasaktır. Bu sebeple, Alman Eczacılar Birliği, özellikle reçete ile satılması zorunlu olan ilaçların internet üzerinden satılmasına şiddetle karşı çıkmış ve Frankfurt Eyalet Mahkemesi'nde satışların durdurulması için dava açmıştır.

Alman Eczacılar Birliği iddialarında, Divan'ın benzer konuda verdiği önceki kararlarına atıf yaparak⁹⁹⁸, uzaktan satış sebebiyle ambalajlarda deformasyon yoluyla ilaçların bozulma riskinin bulunduğu, ayrıca eczacıların satılan ilaçlar konusunda hastayı bilgilendirme yükümlülüğünün ifasının bu tür internet satışlarında mümkün olmadığı, yanlış ilaç kullanımı sebebiyle kamu sağlığının tehdit edildiği ve özellikle reçeteli satılma zorunluluğu bulunan ilaçlar bakımından internetten yapılan satışlarda reçete kontrol imkanı bulunmadığından durumun suistimale açık olduğu, öte yandan internette yapılan satışlarda ilaçların piyasada belirlenen tek fiyatın altında satılmasının da ulusal ilaç satış politikalarına aykırı olduğu ve bu tür sanal eczanelerin yasaklanması gerektiği ileri sürülmüştür.

Eyalet Mahkemesi, bir diğer üye devlette ilacı satmaya yetkili olan eczanelerin, Almanya'daki tüketicilere internet üzerinden doğrudan satış yapmasını yasaklayan düzenlemenin malların serbest dolaşımını engelleyip engellemediği; eğerki engellediği ve bu uygulamanın miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olduğu yönünde kanaat bildirilirse, bu takdirde, reçetelendirilme zorunluluğu bulunan ilaçların reçete kontrolü ile satışının zorunlu kılınması halinde bu yasağın, insan sağlığının korunması gerekçesiyle 36 ncı madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında Adalet Divanı'ndan görüş sormuştur⁹⁹⁹.

Adalet Divanı karar vermeden önce birkaç üye devletin de görüşlerine başvurmuş, neticede ilaçların ruhsatlandırılmış olup olmamasına göre ve ayrıca reçete zorunluluğu bulunup bulunmamasına göre ikili bir değerlendirme yapmıştır.

⁹⁹⁸ C-368/98 Vanbraekel ve diğerleri (2001) ECR I-5363, para.47-49; C-157/99 Smits ve Peerboms (2001) ECR I-5473, para.72-74.

⁹⁹⁹ C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval (2003) ECR I-14887, para.45 vd.

Divan'a göre; tıbbi ürünlerin ithalatçı ülke olan Almanya'da ruhsatlandırılmamış olması durumunda, yasaklamanın 34 üncü madde kapsamında bir miktar kısıtlamasına eş etkili önlem oluşturmadığını, ruhsatlandırılmış olması durumunda ise bu tıbbi ürünlerin internet yoluyla satışının yasaklanmasını, ulusal kamu menfaatinin zorunlu gereklilikleri sebebiyle yapılmış olsa bile, yerli ürünlerle ithal ürünleri eşit derecede etkilemediği gerekçesiyle 34 üncü madde kapsamında eş etkili önlem olarak değerlendirmiştir¹⁰⁰⁰.

Reçetesiz ilaçlar bakımından yaptığı değerlendirmede, tüketiciye internet yoluyla satış üzerinden bilgi sağlamanın imkansız olmadığını, üstelik sorulacak soruların düşünülmesi için daha fazla zaman olduğundan bu tür uzaktan satışın avantajlarının bulunduğunu belirtmiştir¹⁰⁰¹. Reçete zorunluluğu bulunan ilaçlar için ise, ilaçların tüketiciye temini noktasında sıkı denetimin yapılması ve reçetelerin kontrol edilmesinin zorunlu hale getirilmesi gerektiği yönündeki Alman Eczacılar Birliği savunmasının haklı olduğu, Almanya'daki eczanelerden daha düşük fiyatlı satış yapılmasının ise Alman sağlık sistemini tehlikeye düşüreceği yönünde kanaate ulaştıktan sonra; sonuç olarak, reçetesiz ilaçların internet yoluyla satışını yasaklayan kural haklı görülmez iken, reçeteli ilaçların satışını kısıtlayan uygulama, 36 ncı madde uyarınca insan hayatı ve sağlığının korunması gerekçesiyle haklı görülmüş ve eş etkili önlem olmadığına karar verilmiştir¹⁰⁰². Bir diğer ifadeyle, önemli tıbbi ihtiyaçlar için bir üye devlet tüketicilerinin ilaç tedarikinin sağlanması ve sosyal güvenlik sisteminin korunması, aynı amaca daha az kısıtlayıcı başka önlemlerle ulaşılamıyorsa, malların serbest dolaşımının kısıtlanmasını haklı kılar¹⁰⁰³.

¹⁰⁰⁰ C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval (2003) ECR I-14887, para.46 vd. Ayrıca kararın tamamı hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. GÜRBÜZER, s.93-102.

¹⁰⁰¹ C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval (2003) ECR I-14887, para.113.

¹⁰⁰² C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval (2003) ECR I-14887, para.117 vd.

¹⁰⁰³ GÜRBÜZER, s.102.

B. Pazara Giriş Kriteri ve Diğer Tüm Önlemler Yaklaşımı

1. Genel Olarak

Şimdiye kadar incelediğimiz içtihat hukukunda Divan'ın, genel olarak ayrımcılık kriteri üzerinden inceleme yaptığı ve aşamalı olarak haklı sebeplerin bulunup bulunmadığını değerlendirdiği görülmektedir. Ancak son zamanlarda verdiği bazı kararlarda Divan, bu yaklaşım yerine *Dassonville* formülüne geri dönerek, ayrımcılık konusuna hiç değinmeden yalnızca bir ulusal önlemin üye devletlerarası ticareti engellemesi ya da kısıtlamasına dikkat çekmekte ve sonrasında ise 36 ncı madde istisnalarının ya da zorunlu gerekliliklerin somut uyuşmazlık bakımından uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmektedir¹⁰⁰⁴.

Bu iki aşamalı yaklaşım, *Monsees*¹⁰⁰⁵ Kararında kendini göstermektedir. Kararda Divan; kasaplık hayvanların taşınma mesafelerini ve maksimum yolculuk sürelerini düzenleyen Avusturya kurallarının, uluslararası taşımacılık için bir engel oluşturduğunu ve eş etkili önlem teşkil ettiğini söylemiştir (1). Devamında, bu kuralların kamu sağlığı gerekçesi altında değerlendirilebileceği ama orantılı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (2).

Benzer şekilde *Komisyon v. Avusturya*¹⁰⁰⁶ Kararında, Avusturya Tirol'de, Güney Almanya ile Kuzey İtalya arasındaki temel yollardan biri olan A12 nin bir bölümü boyunca ağır vasıta taşıtların kullanılmasını yasaklayan Avusturya hukuk kuralı, malların serbest dolaşımını zorlaştırdığı gerekçesiyle eş etkili önlem kabul edilmiştir(1). İkinci aşamada ise söz konusu kuralın, çevrenin korunması kapsamında değerlendirilebileceği ancak orantılı olmadığına karar verilmiştir (2).

Yukarıda örneklerini verdiğimiz bu iki aşamalı yaklaşım, doğrudan ayrımcı uygulamalar ile ürün gerekliliklerinin birbirinden kolayca ayrılamadığı ve sınıflandırmanın yapılamadığı durumlarda da Adalet Divanı'na yardımcı olmaktadır. Örnek olarak; *Celestini*¹⁰⁰⁷ Kararında muayeneye veya denetime ilişkin gerekliliklerin

¹⁰⁰⁴ BARNARD, s.103.

¹⁰⁰⁵ C-350/97 Monsees v. Unabhängiger Verwaltungssenat für Karnten (1999) ECR I-2921.

¹⁰⁰⁶ C-320/03 Komisyon v. Avusturya (2005) ECR I-7929.

¹⁰⁰⁷ C-105/94 Celestini v. Saar-Sektkellerei Faber GmbH & Co.KG (1997) ECR I-2971, para.33.

eş etkili önlem kabul edildiği, *Komisyon v. Portekiz*¹⁰⁰⁸ Kararında ise polietilen boruların kullanımına ilişkin ön onay gerektiren kuralların eş etkili önlem olduğu sonucuna ulaşıldığı gibi, *Komisyon v. Fransa*¹⁰⁰⁹ Kararında tescil ve kayıt işlemlerine ilişkin gereklilikler de eş etkili önlem kabul edilmiştir. *Komisyon v. Almanya*¹⁰¹⁰ Kararında, tıbbi ürünler için ruhsat şartı arayan düzenlemenin, "Birlik içi ticareti engeller" nitelikte olduğu belirtilmiş ve *Komisyon v. Hollanda*¹⁰¹¹ Kararında ise, araçlar için yola elverişlilik testini gerekli kılan bir kural, malların serbest dolaşımı için bir kısıtlama olarak kabul edilmiştir.

Özellikle ürün kullanımının tartışıldığı bir dava olarak öne çıkan *Aklagaren v. Mickelsson*¹⁰¹² Davasında, kişisel deniz taşıtlarının (jet-ski gibi) kullanımı üzerindeki bir kısıtlama değerlendirilmiştir. Jet ski kullanımı, genel olarak seyredilebilir sular veya hükümet tarafından belirlenmiş sular dışındaki sularda yasaklanmıştır. Söz konusu İsveç yasası, bir kullanım kısıtlaması oluşturmaktadır. Bu kullanım kısıtlamasının bir eş etkili önlem teşkil edip etmeyeceği sorusu üzerine Adalet Divanı, kararda aynen ifade ile,

*"Söz konusu ulusal önlemlerin, diğer üye devletlerden gelen malları daha olumsuz koşullar altında düzenlemek gibi bir amacı ya da etkisi olmasa bile, ulusal mahkemece tespit edildiği üzere, üye devlet topraklarında bir ürünün kullanıma ilişkin yasak, ürünün diğer üye devlet piyasalarına girişini etkileyebileceğinden, kendi kapsamına göre, tüketicilerin davranışı üzerinde dikkate değer bir etkisi bulunmaktadır."*¹⁰¹³

demek suretiyle pazara erişim tesini uygulamış ve söz konusu uygulamanın pazara girişi güçleştiren bir eş etkili önlem olduğunu, ancak halk sağlığı ve çevrenin korunması

¹⁰⁰⁸ C-432/03 *Komisyon v. Portekiz* (2005) ECR I-9665, para.41.

¹⁰⁰⁹ C-55/99 *Komisyon v. Fransa* "reaksiyon" (2000) ECR I-1149, para.19.

¹⁰¹⁰ C-319/05 *Komisyon v. Almanya* "sarımsak kapsülü" (2007) ECR I-9811, para.81; Ayrıca bkz. C-88/07 *Komisyon v. İspanya* "şifalı otlar" (2009) ECR I-1353, para.83.

¹⁰¹¹ C-297/05 *Komisyon v. Hollanda* "araçların yola elverişlilik testi" (2007) ECR I-7467, para.74.

¹⁰¹² C-142/05 *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos* (2009) ECR I-427; takip eden karar için bkz. C-433/05 *Sandström* (2010) ECR I-2885.

¹⁰¹³ C-142/05 *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos* (2009) ECR I-427, para.26.

gerekçelerine dayandırılarak haklı bir uygulama olarak kabul edilebileceğini ve 34 üncü madde dışında kalması gerektiğini belirtmiştir. Yine iki aşamalı yaklaşımını uygulayan Divan, ürün kullanımını düzenleyen ulusal mevzuatın esasında madde 34 e aykırı olduğunu, fakat 36 ncı madde istisnalarının gündeme gelmesi durumunda hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir.

Esasında, çoğunlukla ürün kullanımına ilişkin olan bu kararların, daha çok *Komisyon v. İtalya*¹⁰¹⁴ (römorklar) Kararında kabul edilecek olan pazara erişim yaklaşımına kaymanın bir habercisi olduğu söylenebilir. Ürün kullanımını düzenleyen veya yasaklayan ulusal kuralların pazara erişimi engelledikleri takdirde eş etkili önlem olarak kabul edileceği görüşü, Adalet Divanı'nın eş etkili önlem haritasını *Keck* Kararından sonra değiştiren *Komisyon v. İtalya* Kararının temelini oluşturmuştur.

2. Dassonville Formülüne Geri Dönüş: Komisyon v. İtalya Kararı (2009)

Davanın konusu, römorkların motosikletler tarafından çekilmesini yasaklayan bir İtalyan hukuk kuralıdır. Ürün kullanımıyla ilgili söz konusu yasa, *Keck* içtihadında yer alan kuralların (*Mickelson* Kararında iddia edildiği gibi) kıyas yoluyla uygulanarak düzenlemenin hukuka uygun kabul edilmesi gerekip gerekmediği veyahut eş etkili önlem olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi noktasında tartışma konusu haline gelmiştir¹⁰¹⁵.

Adalet Divanı, kararın 37 nci paragrafında, bir kuralın eş etkili önlem olarak kabul edilmesi için 3 aşamalı bir tespit yapmıştır¹⁰¹⁶. Buna göre;

- (1) Diğer üye devletlerden gelen ürünlere daha olumsuz şartlarla muamele etmek için üye devletler tarafından benimsenen önlemler (doğrudan ayrımcı uygulamalar),

¹⁰¹⁴ C-110/05 Komisyon v. İtalya (2009) ECR I-519, para.35-37.

¹⁰¹⁵ Keck kararındaki belirli satış düzenlemeleri ayrımının artık geçerli olmadığı yönündeki görüş için bkz. SPAVENTA, s.928.

¹⁰¹⁶ Ayrıca bkz. PARAPATITS, s.18-19.

- (2) *Cassis de Dijon*'da kabul edildiği üzere tüm ürünlere eşit şekilde uygulanıyor olsa bile, diğer üye devletlerden gelen hukuka uygun şekilde üretilmiş ve pazarlanmış malların birtakım gereklilikleri karşılamaını öngören kurallar (dolaylı ayrımcı uygulamalar ve ürün gereklilikleri),
- (3) Bir üye devlet menşeli ürünün başka bir üye devlet pazarına erişimini engelleyen her türlü önlem,

bu kategoride eş etkili önlem kabul edilmektedir.

Bu belirlemeden sonra Adalet Divanı, söz konusu İtalyan kuralının her ne kadar tüm ürünlere ayırım gözetmeksizin uygulanıyor olsa da, esasında yalnızca ithal ürünleri etkilediğini, çünkü İtalyan üreticilerin motosikletler tarafından çekilecek römorklar üretmediğini vurgulamış¹⁰¹⁷ ve kuralın eş etkili önlem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu sonuç, daha önce, otomobil ön camına renkli film tutturulmasını yasaklayan *Komisyon v. Portekiz*¹⁰¹⁸ Kararında da öngörülmüştür. Bu karar ise, kanserojen etkisi olduğu bilinen bir madde olan Trikloretilenin endüstriyel kullanımı (satışı değil) üzerindeki yasağın eş etkili önlem olduğuna ilişkin daha önceden verilen *Kemikalieinspektionen v. Toolex Alpha AB*¹⁰¹⁹ Kararını onaylamaktadır¹⁰²⁰.

Adalet Divanı, bu karar ile bir ürünün kullanımı üzerindeki kısıtlamanın tüketicilerin davranışı üzerinde dikkate değer bir etkisi bulunduğunu, bu durumun ise ürünün ilgili üye devlet pazarına girişini etkileyeceğini belirtmiştir: "*Tüketiciler, motosikletlerini römork ile birlikte kullanmalarına izin verilmediğini bildikleri için hiç römork satın almamaktadırlar*"¹⁰²¹. Bir diğer ifadeyle, kullanılmasına izin verilmeyen şeyler tüketiciler tarafından yasak olduğu bilindiği için satın alınmayacaktır¹⁰²². Böylece İtalyan hukuk kuralı, bu tür römorklar için piyasada söz konusu olabilecek arz ve talebi

¹⁰¹⁷ C-110/05 Komisyon v. İtalya (2009) ECR I-519, para.57.

¹⁰¹⁸ C-265/06 Komisyon v. Portekiz (2008) ECR I-2245, para.36.

¹⁰¹⁹ C-473/98 Kemikalieinspektionen v. Toolex Alpha AB (2000) ECR I-5681.

¹⁰²⁰ Ayrıca bkz. BARNARD, s.104.

¹⁰²¹ C-110/05 Komisyon v. İtalya (2009) ECR I-519, para.56.

¹⁰²² Benzer karar için bkz. C-265/06 Komisyon v. Portekiz (2008) ECR I-2245, para.33.

ve nihayetinde römorkların ithalatını engelleyici sonuç doğurmaktadır¹⁰²³. İtalyan kuralının bir sonucu olarak; İtalyan Hükûmeti dışında başka bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve satılan motosikletler için özel olarak tasarlanmış römorkların İtalyan piyasasına girişi engellenmiş olduğundan, söz konusu düzenleme orantılı olmadıkça eş etkili önlem kabul edilmektedir¹⁰²⁴.

3. Komisyon v. İtalya Kararı ile Mickelsson Kararının Etkisi Bakımından İnceleme

Mickelsson Kararı ile römorklara ilişkin *Komisyon v. İtalya* Kararı, pazara erişim testinin 34 üncü madde kapsamında olduğuna dair önemli bir mesaj vermektedir. Daha sonraki içtihat hukuku ise bu durumu desteklemektedir¹⁰²⁵. Örneğin *ANETT*¹⁰²⁶ Kararına konu bir İspanyol hukuk kuralı, tütün perakendecilerinin diğer üye devletlerden doğrudan tütün ithalatı yapmasını yasaklamakta, bunun yerine, stoklarında ithal tütün bulunan ya da bulunmayan yetkili toptancılardan yani kendi kaynaklarından tütün satın alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Komisyon v. İtalya (römorklar) Kararının 37 nci paragrafının uygulanması ile, Divan, ulusal mevzuatın, diğer üye devletlerden gelen tütüne ilişkin daha olumsuz koşullar düzenleme konusunda bir etkisinin olmadığını ve ayrıca bu ürünlerin karşılaması için birtakım gereklilikler de öngörülemeyeceğini ifade etmiştir¹⁰²⁷. Gerek *Komisyon v. İtalya* (römorklar) Kararında, gerekse bu kararın sonuçlarının uygulandığı *Mickelsson* Kararında vurgulanan husus, ürünlere getirilen engellemenin, ancak iç pazar

¹⁰²³ C-110/05 Komisyon v. İtalya (2009) ECR I-519, para.57.

¹⁰²⁴ C-110/05 Komisyon v. İtalya (2009) ECR I-519, para.58; ayrıca bkz. C-142/09 Vincent Willy Lahousse and Lavichy BVBA (2010) ECR I-11685; Divan, mopetlerin gücünü ve/veya hızını artırmak için tasarlanmış ekipmanların kullanımını veya satışını yasaklayan genel bir kuralın, yol güvenliği gerekçesiyle orantılılık çerçevesinde yargılanmadığı sürece eş etkili önlem olarak kabul edileceğini belirtmiştir.

¹⁰²⁵ Örnek için bkz. C-421/09 Humanplasma GmbH v. Republik Österreich (2010) ECR I-12869, para.28-32; Adalet Divanı, kan pazarlamasına ilişkin ayrımcı olmayan kuralları AB içi ticareti engeller nitelikte bulmuştur. Ayrıca bkz. C-433/10 P- Volker Mauerhofer v Komisyon (2011) ECR I-48, para.22.

¹⁰²⁶ C-456/10 Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT) v Administración del Estado (2012) [ECLI: EU:C:2012:241].

¹⁰²⁷ C-456/10 ANETT para.36.

ticaretinde ekonomik engellere sebep olması durumunda "diğer her türlü önlem" kategorisinde kabul edilerek 34 üncü maddeye aykırı olduğunun söylenebileceğidir¹⁰²⁸. ANETT Davası'nda bu doğrultuda karar veren Divan, söz konusu mevzuatın diğer üye devletlerden gelen tütünlerin İspanya piyasasına girişini engelleyip engellemediğinin hala açıklığa kavuşturulması gereken bir sorun olduğunu belirtmiştir¹⁰²⁹.

İspanya mevzuatı, tütün perakendecilerinin diğer üye devletlerden doğrudan tütün ürünleri ithal etmesinin yasaklanmasıyla birlikte yetkili toptancılardan kaynak temin etmeyi de zorlaştırmaktadır. Bu nedenle Divan,

*"Tüm bu unsurlar; tütün perakendecilerinin kendi ürün çeşitliliği de dahil olmak üzere, diğer üye devletlerden gelen çeşitli ürünlerin İspanyol piyasasına girişini ve ürünlerin seçimi üzerinde olumsuz etki oluşturma kabiliyetine sahiptir"*¹⁰³⁰ şeklinde bir sonuca ulaşmıştır.

Böylece ANETT Kararı, *Komisyon v. İtalya* Kararından doğan bir hususu açıklığa kavuşturmuştur: Piyasaya erişim yaklaşımı, kalan diğer tüm kategorileri 34 üncü madde kapsamına dahil etmektedir.

Römorklara ilişkin *Komisyon v. İtalya* Kararının üçüncü kolu, doğrudan ayrımcı uygulamalar, ürün gereklilikleri ya da belirli satış düzenlemelerinden herhangi birine dahil edilemeyen diğer önlemlerin hepsini yakalamakta¹⁰³¹ ve pazara erişimi etkileyen doğrudan ve dolaylı ayrımcı uygulamalar ile anlamlı bir örtüşme halinde görünmektedir¹⁰³². Bu anlamda, elden veya ücretsiz pazarlanan, sonradan kazanılan, sunulan, satışa konulan, taşınan, hazırlanan, muhafaza edilen, ithal edilen veya kullanılan önceden yetkilendirilmemiş malları yasaklayan herhangi bir üye devlet yasal

¹⁰²⁸ PRAPATITS, s.21.

¹⁰²⁹ C-456/10 ANETT para.37.

¹⁰³⁰ C-456/10 ANETT para.42.

¹⁰³¹ C-219/07 Nationale raad van Dierenkwekers en Liefhebbers VZW v. Belgische Staat (2008) ECR I-4475, para.22.

¹⁰³² Eleanor SPAVENTA, "Leaving Keck behind? The Free Movement of Goods After the Rulings in *Commission v Italy and Mickelsson and Roos*", *E.L.Rev.*, Vol.34, No.6, 2009, s.914 vd.

düzenlemesi, 34 üncü madde anlamında miktar kısıtlamasına eş etkili önlem oluşturmaktadır.

Malların serbest dolaşımı alanında piyasa erişimi testinin yeniden devreye sokulması, doktrindeki pek çok kimse tarafından takdir edilmiştir. Bu görüşün geçmişte de büyük destek aldığı davalardan en önemlisi, muhtemelen *Leclerc-Siplec*¹⁰³³ Davası olmuştur. Davada iddia edildiği gibi, geçerli bir neden olmadıkça, bir üye devlette yasal bir ekonomik faaliyet ile iştigal eden teşebbüslerin tüm Birlik piyasasına (ortak pazara) serbest erişimi olmalıdır. Ancak salt bir pazara erişim testi, filesinde potansiyel olarak çok fazla ulusal düzenlemeyi kapsama riski taşıyabilir. Bu nedenle bir eleme yöntemine ihtiyaç duyulduğu belirtilerek bir eşik kriteri önerilmiştir. Bu eşik kriterine göre, bir önlem "büyük oranda piyasaya girişi kısıtlamakta" ise 34 üncü maddeyi ihlal ediyor demektir ve yargılanması gerekir. Divan, "*bir ürünün kullanımına ilişkin yasağın... tüketicilerin davranışı üzerinde dikkate değer bir etkisi bulunmaktadır, bu durum ise ürünün ilgili üye devlet pazarına girişini etkileyecektir.*"¹⁰³⁴ dediğinde, römorklara ilişkin İtalya davasında bir çeşit eşiğe ihtiyaç olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu durum, söz konusu davanın, "*hiçbir de minimis kuralının 34 üncü madde kapsamında uygulanamayacağını*" açıkça belirten ilgili eski içtihat hukukuyla nasıl uyum sağlayacağı sorularını da beraberinde getirmiştir.

Bu soruya bir cevap olarak, *Komisyon v. İtalya* formülünün iki ayağını oluşturan doğrudan ayrımcı uygulamalar ile ürün gerekliliklerine ilişkin durumlarda "de minimis" kuralı uygulanmayacağı söylenebilir¹⁰³⁵. Ancak pazara giriş yaklaşımında, piyasaya erişimin engellenmesinin ne olduğu ve kendini nasıl gösterdiği; bir ithalatçının, söz konusu ürünleri tanıtmaktan veya pazarlamaktan caydırılabilmesinin pazara erişimin engellenmesi olarak yeterli kabul edilip edilemeyeceği soruları hala varlığını sürdürmektedir¹⁰³⁶. İçtihatlardan da anlaşıldığı üzere, sadece ulusal hukuk kuralları

¹⁰³³ C-412/93 *Leclerc-Siplec v. TFI Publicité SA* (1995) ECR I-179.

¹⁰³⁴ C-110/05 *Komisyon v. İtalya* (2009) ECR I-519, para.56; Aynı yönde bkz. C-142/05 *Mickelsson* (2009) ECR I-4273, para.26; aynı yönde bkz. C-28/09 *Komisyon v. Avusturya* (2011) ECR I-3525.

¹⁰³⁵ BARNARD, s.106.

¹⁰³⁶ C-385/10 *Elenca Srl v. Minister dell'Interno* (2012), para.22; Ayrıca Divanın kararının eleştirisi için bkz. Peter OLIVER, "*Of Trailers ad Jet-Skis: is the Case Law on Article 34 TFEU: TFEU Hurtling*

arasındaki farklılıklar, pazara erişim testinde eş etkili önlem sınırına takılmak için genellikle yeterli değildir¹⁰³⁷, daha fazlası gereklidir.

Bazen, *Komisyon v. Yunanistan*¹⁰³⁸ Kararında olduğu gibi Adalet Divanı'nın, pazara erişimi engellemeye delil göstermek için ticaretteki fiili müdahaleyi incelemesi söz konusu olabilir. Kararda belirtildiği gibi, ürünlerin ithalatını yasaklamasa bile, kumarhane dışındaki tüm tesislerde elektrikli, elektromekanik ve elektronik oyunların kurulumunu ve çalıştırılmasını yasaklayan Yunan hukuk kuralı eş etkili önlem oluşturmaktadır, çünkü yasağın yürürlüğe girmesiyle uygulamada oyun makinelerinin ithalatı da durmuştur¹⁰³⁹. Divan, *Komisyon v. İtalya*¹⁰⁴⁰ Kararında olduğu gibi, daha fazla rekabete dayalı bir test uygulamaya karar verebilir.

Alternatif olarak Divan, *Komisyon v. İtalya*¹⁰⁴¹ Kararında olduğu gibi, ulusal kuralın ek maliyetler oluşturduğuna da dayanabilir. Kararda, yüksek enerji veren yiyecekler için ön izin rejiminin ve idari masrafların ödenmesinin, bazı malların pazarlanmasını daha zor ve pahalı hale getirmesi nedeniyle¹⁰⁴² bir eş etkili önlem olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde, daha önceki bölümde de yer verdiğimiz *Franzen* Kararında, yalnızca üretim lisansı veya toptancı lisansı sahiplerinin alkollü içki ithal edebileceğine izin veren İsveç kuralının, bazı içkiler üzerinde ek maliyetlere neden olduğu için diğer üye devletlerden gelen alkollü içkilerin ithalatına engel oluşturduğu gerekçesiyle 34 üncü maddeyi ihlal ettiğine ve lisans sistemi orantılı hale getirilmedikçe 36 ncı madde istisnalarının korumasından yararlanamayacağına karar verilmiştir¹⁰⁴³.

in a New Direction?", *Fordham Journal of International Law*, Vol.33, Issue 5, 2011 (1423-1471), <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2209&context=ilj> (17 Ocak 2018), s.1423 vd.

¹⁰³⁷ C-565/08 Komisyon v. İtalya "avukatlık ücreti" (2011) ECR I-2101, para.49.

¹⁰³⁸ C-65/05 Komisyon v. Yunanistan "bilgisayar oyunları" (2006) ECR I-10341, para.28-29.

¹⁰³⁹ C-65/05 Komisyon v. Yunanistan "bilgisayar oyunları" (2006) ECR I-10341, para.30.

¹⁰⁴⁰ C-565/08 Komisyon v. İtalya "avukatlık ücreti" (2011) ECR I-2101, para.51; Somut olayda avukatlar, normal ve etkin rekabet koşullarında ev sahibi üye devletin piyasasına erişim kazanma fırsatından yoksun bırakılmışlardır.

¹⁰⁴¹ C-270/02 Komisyon v. İtalya "erkek ve kadın sporcular için gıda maddeleri" (2004) ECR I-1559.

¹⁰⁴² Perakendeciye veya malların dağıtıcısına ilişkin olarak izin/onay alma gerekliliğinin 34.maddeye aykırı olmadığına ilişkin kararlar için bkz. C-387/93 Giorgio Domingo Banhero (1995) ECR I-4663; C-189/95 Harry Franzen (1997) ECR I-5909, para.57; C-162/97 Nilsson (1998) ECR I-7477, para.28.

¹⁰⁴³ C-189/95 Harry Franzen (1997) ECR I-5909, para.71.

4. Pazara Giriş Testi

Pazara girişi yani piyasaya erişimi belirleme testleri resmi veya maddi olabilir. Resmi erişim testine göre malların piyasaya girmesi yeterlidir, ancak maddi pazara giriş testinde pazara girdikten sonra yaşanan pratik güçlükler de göz önüne alınmaktadır¹⁰⁴⁴.

Adalet Divanı, bu anlamda, bir ulusal önlemin pazara erişimi engellemesi durumunda neler olacağı sorusuna dair birden fazla yaklaşım göstermektedir. Bu yaklaşımlardan birincisine göre, bir önlemin Antlaşmayı ihlal edip etmediğine karar vermenin bir yolu, pazara erişimi herhangi bir şekilde engelleyen herhangi bir ulusal düzenlemenin Antlaşma'ya aykırı olduğunu söylemektir. Bu konuda, *Leclerc-Siplec* Davasının Hukuk Sözcüsü JACOBS, ayrımcılık testinin pazara girişi engellenmenin tespiti bakımından yeterli olmadığını, çünkü aynı önlemin iç ticareti de etkileyebileceğini ve her zaman devletler arası ticarete engel oluşturmadığını ifade etmektedir.

Adalet Divanı'nın, bu davada JACOBS'un görüşlerini takip etmediği, ancak *Bosman*¹⁰⁴⁵ ve *Alpine Investments*¹⁰⁴⁶ Davalarında, hizmetlerin serbest dolaşımı ve işçilerin serbest dolaşımı konularında benzer bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.

Bosman Kararında bu görüşe bir örnek oluşturan Adalet Divanı, her ne kadar söz konusu kurallar yerli ve yabancı çalışanlar arasında farklı uygulamalara sebep olmasa da, futbol oyuncularının diğer üye devletlerdeki istihdam piyasasına erişimini doğrudan etkilediğini ve bu nedenle işçilerin serbest dolaşımını engelleyebileceğini belirtmiştir¹⁰⁴⁷.

Alpine Investments Davasında ise, söz konusu kuralların ayırım gözetmeksizin yapılmış olması halinde dahi, diğer üye devletlerdeki hizmet piyasalarına erişimi doğrudan etkilediği ve bu nedenle Birlik içi ticaretin hizmetlerde serbest dolaşım bakımından engellenebileceği sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ THORVALDSSON, s.43.

¹⁰⁴⁵ C-415/93 *Bosman v ASBL* (1995) ECR I-4921.

¹⁰⁴⁶ C-384/93 *Alpine Investments v Minister van Financien* (1995) ECR I-1141.

¹⁰⁴⁷ C-415/93 *Bosman v ASBL* (1995) ECR I-5081.

¹⁰⁴⁸ C-384/93 *Alpine Investments v Minister van Financien* (1995) ECR I-1178, para.38.

Piyasaya girişin engellenip engellenmeyeceğine karar vermek için kullanılan ikinci yaklaşım, doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde, pazara erişimin engellenmesini haklı kılan bir durumun bulunduğunu varsaymaktır. *Keck* Kararından önce yaygın olarak kullanılan bu yaklaşıma göre, *Dassonville* formülü kapsamında eş etkili önlem kabul edilen uygulamalar, ancak zorunlu gereklilikler veya yazılı hukuka uygunluk nedenlerinden birinin mevcudiyeti halinde haklı ve hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Dolayısıyla, ulusal düzenlemelerin pazara girişin önünde bir engel oluşturduğu varsayılmakta, ancak birtakım istisnalar ile hukuka uygun hale getirilip getirilmeyeceği söz konusu olmaktadır¹⁰⁴⁹.

Üçüncü yaklaşım, Adalet Divanı'nın önüne gelen bazı davalarda, ayrımcı satış düzenlemeleri ile ilgili olarak görülmektedir. Bu yaklaşıma göre, ayrımcılık gösterilmedikçe pazara girişte herhangi bir engel bulunmadığı varsayılmaktadır. Bunun bir örneği, *De-Agostini ve TV-Shop* Kararında görülmektedir. Divan vermiş olduğu kararda, diğer üye devletlerden gelen ürünler üzerinde daha fazla etki yaratabilecek olan bir ürünün promosyonu için bir üye devlette öngörülen yasağın hariç tutulamayacağını söylemiştir¹⁰⁵⁰.

Üçüncü yaklaşıma benzer bir yaklaşım, *Gourmet International Products* kararında da sergilenmiş ve Divan, bir adım daha giderek söz konusu yasağın, tüketicilere daha tanıdık gelen yerli ürünlerin, yurt dışından ithal edilen ürünlere erişimini engelleme tehlikesi taşıdığını belirtmiştir¹⁰⁵¹. Fakat bu davalardaki yaklaşım, satış düzenlemeleri ile ilgili kurallar söz konusu olduğundaki ilk varsayımın pazara erişimi engellemediği ve ulusal düzenlemenin ayakta kalabileceğine dair olmasına rağmen, istatistiksel veya başka tür kanıtlar üretmek suretiyle çürütülebilir. Dolayısıyla, bu karardan yapılacak çıkarım, dolaylı ayrımcı önlemler ile pazar erişimini engellemeyen önlemlerin 34 üncü maddenin kapsamı dışına çıktığı halde, ayrımcı önlemlerin 34 üncü madde kapsamına gireceği yönündedir.

¹⁰⁴⁹ THORVALDSSON, s.43.

¹⁰⁵⁰ Birleşik karar C-34-35-36/95 De Agostini ve TV-Shop (1997) ECR I-3895.

¹⁰⁵¹ C- 405/98 Gourmet International Products (2001) ECR I--1824, para.21. Ayrıca bkz. PARAPATITS, s.12.

Yakın zamanda verilen kararlardan *Ker-Optika*¹⁰⁵² Kararında, Adalet Divanı, *Doc Morris* Davasına benzer şekilde, kontakt lenslerin satışı için sadece tıbbi cihazların satışı konusunda uzmanlaşmış dükkanlara yetki veren bir ulusal düzenlemeyle uğraşmak zorunda kalmış ve sonuç olarak internet yoluyla kontak lens satışı yasaklanmıştır. Söz konusu hüküm, belirli satış düzenlemesi niteliğinde olmasına rağmen, Adalet Divanı, hükmün 34 üncü maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu kararın, DocMorris ile aynı belirleyici faktöre dayandığı belirtilebilir; nitekim satıcıyı etkili bir satış aracı olan diğer üye devletlerden mahrum bırakan hükmün, yabancı ürünleri büyük ölçüde etkilediği vurgulanmıştır¹⁰⁵³.

Adalet Divanı'nın şimdiye kadar verilen kararlarında, pazara erişim testine çok özel ve spesifik davalarda başvurduğu, böylece bir önlemin pazara erişimi engelleyip engellemediğini analiz etmek için çok yüksek bir eşik oluşturduğu görülmektedir¹⁰⁵⁴.

Adalet Divanı, pazara girişi testini bazı durumlarda oldukça yumuşak şekilde uygulamıştır. Bunun bir örneği, ayrımcı olmayan "belirli satış düzenlemelerinin", kararda belirtilen şartların yerine getirilmesi durumunda, 34 üncü maddenin dışına çıkacağını belirttiği *Keck* Karardır. Kararda, pazar erişimi ile ilgili olarak bu tür önlemlerin doğası gereği, "yabancı ürünlerin pazara erişimini yerli ürünlerin erişimini engellediğinden daha fazla engelleyemeyeceğini" belirtmiştir. Ancak bu varsayımın çok biçimsel bir test olduğunu ve bazen doğru sonuçlar vermediğini belirtmek gerekir. Öyle ki, belirli malların satışına veya sadece reklamına yönelik yasaklama gibi bazı satış düzenlemeleri, piyasaya erişimi açıkça engellese de ayrımcı olmadığı müddetçe "belirli satış düzenlemeleri" olarak 34 üncü madde dışında kabul edilen ayrı ve özel bir kategori olarak belirlenmiştir.

¹⁰⁵² C-108/09 *Ker-Optika* bt v *ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete* (2010) ECR I-12213.

¹⁰⁵³ C-108/09 *Ker-Optika* bt v *ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete* (2010) ECR I-12213, para.54-55.

¹⁰⁵⁴ *PARAPATITS*, s.23.

5. İthalatta Eş Etkili Önlemler Prosedürünün Komisyon v. İtalya Kararından Sonraki Güncel Durumu

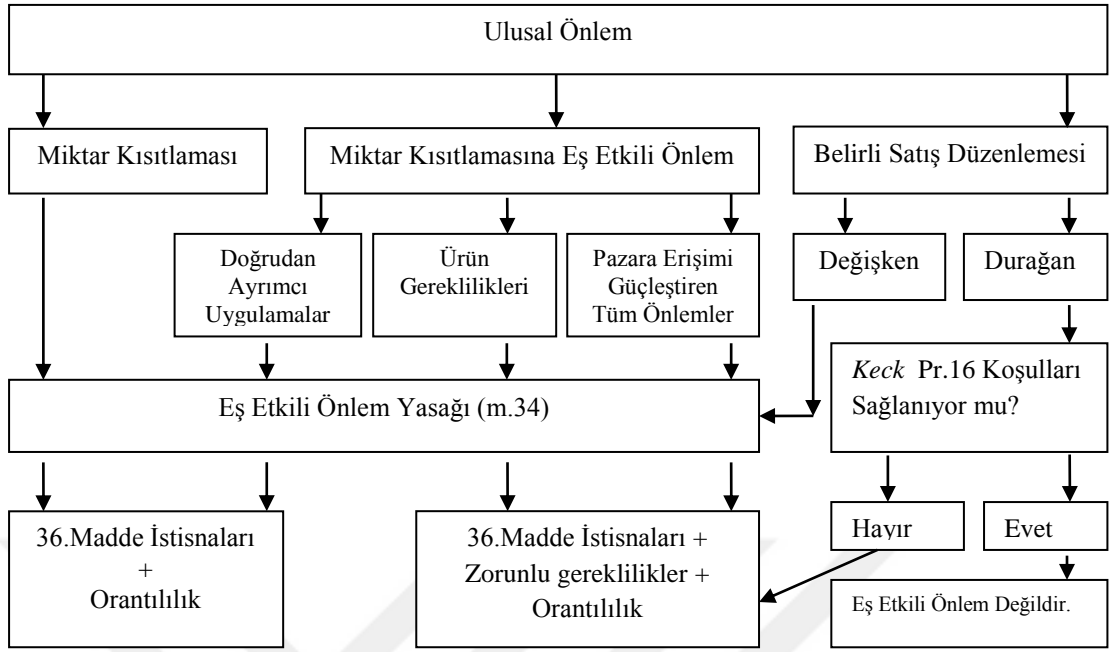
Adalet Divanı, 34 üncü maddenin Birlik hukukunun amaçlarıyla uygun yorumlanmasını sağlamak ve üye devletlerin, bu amaçların gerçekleşmesi ile Birliğin gelişimini tehlikeye sokacak tutum ve davranışlarını engellemek amacıyla malların serbest dolaşımına etki eden miktar kısıtlamasına eş etkili önlemleri, her somut olayın değişen şartlarına göre değerlendirmiş ve zaman içinde içtihadını şekillendirmiştir. Ancak katı bir tanımlamadan kaçınan Divan'ın, ortaya çıkan sorunları en aza indirebilmek için eş etkili önlemler kavramıyla uygulamada kendisine yenilikçi bir hareket alanı yarattığı ve farklı yorumlara açık kapı bıraktığı söylenebilir.

Bu kapsamda, buraya kadar incelediğimiz kararlardan, Adalet Divanı'nın değerlendirmelerinde genel olarak benimsediği ölçütlere ilişkin bir belirleme yapılacak olursa, bir ulusal düzenlemenin ayrımcı olup olmadığı, pazara girişi engelleme kabiliyetinin bulunup bulunmadığı ve serbest dolaşıma konu ürünün üretim aşamasına mı yoksa satış aşamasına mı ilişkin olduğu söylenebilir.

Keck'ten sonraki kararlarda eş etkili önlem terazisinin temelli kaydığı görülmektedir. Divan'ın oluşturduğu son kriterlere göre eş etkili önlem sayması gereken durumların makul olup olmadığı ve nihai takdir yetkisi üye devletlere bırakılmıştır. Kanaatimizce bu durum, Birlik için ortak bir uygulama öngörülmesine engel olmaktadır.

Divan'ın yaklaşık otuz yıl süregelen tüm bu formül denemelerinden sonra takip eden içtihat hukukunun “ürün gereklilikleri ile belirli satış düzenlemeleri” ayrımı üstüne kurulduğu söylenebilecektir.

Divan'ın bu içtihadından sonra son kez görüş değiştirdiği 2009 tarihli *Komisyon v. İtalya* Davasında ise, ürün kullanımı, ürün gereklilikleri ve belirli satış düzenlemeleri dışında kalan ve pazara erişimi güçleştiren “diğer tüm önlemler”, haklı gösterilmedikçe yasak sayılmıştır. Adalet Divanı'nın 2009 yılındaki *Komisyon v. İtalya* Kararı'ndan sonra eş etkili önlemleri son tespit etme yöntemi aşağıdaki gibi şematize edilebilir:



Şema.6.

Komasyon v. İtalya Kararına Göre Adalet Divanı'nın Eş Etkili Önlemleri Tespit Etme Yöntemi

C. İhracatta Uygulanan Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler Yasağına İlişkin Güncel Yaklaşım

Antlaşma'nın 35 inci maddesi kapsamında yerli malı koruyucu nitelik taşıyan önlemler Divan tarafından salt ayrımcılık yasağı olarak görülmekte¹⁰⁵⁵, 34 üncü madde kapsamında kalan önlemler ise ayrımcılık yasağının ötesinde kısıtlama yasağı olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁵⁶. Divan'a göre, bir uygulamanın 35 inci madde kapsamında sayılabilmesi için ihracatı kısıtlama amacı gütmesi yahut kısıtlamaya yol açması ve farklı iç ve dış ticaret koşulları yaratması gerekmektedir¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ C-15/79 P.B. Groenveld BV v Productschap voor Veen en Vlees (1979) ECR 3409.

¹⁰⁵⁶ C-8/74 Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville (1974) ECR 837; CAN, s.407.

¹⁰⁵⁷ C-237/82 Jongeneel Kaas v The State Netherlands and Stichting Centraal Organ Zuivelcontrole (1984) ECR 483; C-98/86 Ministère Public v Mathot (1987) ECR 809; C-388/95 Belçika v İspanya (2000) ECR I-3146; C-293/02 Jersey Produce Marketing Organisation v States of Jersey (2005) ECR I-9543; C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA (2008) ECR I-9947.

1. Groenveld Kararı (1979)

İhracatta eş etkili önlemler yasağını düzenleyen 35 inci maddenin Adalet Divanı içtihatlarına konu olduğu en önemli davalardan biri, *Groenveld*¹⁰⁵⁸ Davası olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, Adalet Divanı'nın ihracatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlemleri ve bu önlemlerin hukuka uygunluğunu tespit ederken izlediği yolun anlaşılabilmesi için öncelikle *Groenveld* Kararının incelenmesi faydalı olacaktır.

Davaya konu olay, işlenmiş at eti satışını yasaklayan Hollanda hukuk kuralından kaynaklanmaktadır. Hollanda Hükûmeti çıkarmış olduğu bir yasa ile at eti işlenerek yapılan tüm et ürünlerinin satışını yasaklamıştır. Ancak yasa hükmü, bizzat at etinin satışına ilişkin bir yasak içermemekte, içeriğinde at eti olan ürünlerin satışını ve üretici stoklarında bulundurulmasını yasaklamaktadır. İçine at eti işlenmiş et ürünlerinin baştan tespiti oldukça zor olmasına rağmen söz konusu yasak, at etinin pazarlanmasını yasaklayan ülkelere karşı, et ürünlerinin ihracatını koruma altına almak amacıyla uygulamaya konulmuştur¹⁰⁵⁹.

Söz konusu yasak hükmünün üye devletlerarası ticareti engelleyip engellemediği ve miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olup olmadığı sorusunun önüne gelmesi üzerine Adalet Divanı, bu yasak hükmünün 35 inci maddeyi ihlal etmediğini belirterek;

*"İhracat kalıpları üzerinde kısıtlayıcı etkisi bulunan ve böylece üye devletlerin yerli ürünlerinin ticareti arasında fark oluşturan yahut özel bir amaca yönelmiş olan ulusal önlemler, bu ihracat ile bir şekilde yerli ürünlere veya üretim uğruna söz konusu üye devletin ya da devletlerin yerel piyasasına avantaj sağlamaktadır." demiştir*¹⁰⁶⁰.

Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere esasında, söz konusu hukuk kuralı ile 35 inci madde doğrudan ihlal edilmemiştir; yani uygulanan kurallar ayrımcılık içermemekte ve

¹⁰⁵⁸ C-15/79 P.B. Groenveld BV v. Produktschap voor Vee en Vlees (1979) ECR 3409.

¹⁰⁵⁹ C-15/79 P.B. Groenveld BV v. Produktschap voor Vee en Vlees (1979) ECR 3412 vd. Ayrıca bkz. CRAIG ve de BURCA, s.650; ÇÖPOĞLU, s.130.

¹⁰⁶⁰ C-15/79 P.B. Groenveld BV v. Produktschap voor Vee en Vlees (1979) ECR 3415, para. 7. Ayrıca bkz. BARNARD, s.101.

tüm üreticilere eşit uygulanmaktadır¹⁰⁶¹. Bu nedenle Adalet Divanı, ihracatta uygulanan eş etkili önlemlere ilişkin yasağın, bir üye devlet içinde farklı iç ve dış ticaret koşulları yaratan önlemlere uygulanabileceğini belirterek Hollanda yasasının düzenlediği “at eti işlenmiş et satışı yasağının” farklı bir uygulama oluşturmadığı gerekçesiyle m.35 e aykırı olmadığına karar vermiştir.

Adalet Divanı'nın, hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcı uygulamaları 34 üncü madde kapsamında eş etkili önlem kabul etmesi karşısında, 35 inci madde bakımından neden yalnızca doğrudan ayrımcı uygulamaları eş etkili önlem yasağı kapsamında kabul ettiğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan biri, ithalat ve ihracat kısıtlamalarının esasen birbirinden farklı olduğu yönündedir. İthalat kısıtlamaları 34 üncü maddeyi ihlal etmektedir, çünkü ithalatçıların üzerine çifte yük getirmektedir: İthalatçılar, hem menşe ülkesi olan A devletinin kurallarını, hem de ev sahibi ülke olan B devletinin kurallarını karşılamak durumundadır. Buna karşılık, ihracatçılar, yalnızca ithal ve yerli pazara eşit şekilde uygulanan menşe ülkenin yani tek bir kurallar kümesinin gereğini yerine getirmekle yükümlüdürler.

Groenveld formülündeki yoruma bakıldığında, ithal ürüne nazaran yerli ürüne daha zor şartlar getiren tersine ayrımcı uygulamalar, Birlik içi ticareti engellemediği gerekçesiyle 35 inci maddenin kapsamında değerlendirilmeyecektir.

*Mathot*¹⁰⁶² Davasında Divan, tersine ayrımcılığın malların serbest dolaşımına engel oluşturmadığına karar vermiştir. Bir diğer dava, *Belçika ile İspanya*¹⁰⁶³ arasında doğan uyuşmazlığa ilişkindir. Yüksek miktarda şarap ihracatını yasaklayan İspanya Hukuku, İspanya'dan özel Rioja şarabı ithal etmek isteyen Belçika şirketine izin vermemiştir. İspanya, iç pazara sunulacak şarapların büyük kaplarda taşınması, ihraç edilecek şarapların ise şişelerde taşınması hakkında bir düzenleme getirmiştir. Söz

¹⁰⁶¹ Aynı yönde açıklama için bkz. C-80/92 Komisyon v. Belçika (1994) ECR I-1019, para.24; ters ayrımcılığa izin veren kural hakkındadır. Ayrıca bkz. Birleşik dava C-141-143/81 Gerrit Holdijk (1982) ECR 1299, para.11; besi ineklerinin muhafazaları için asgari standartları belirleyen ulusal kurallar hakkındadır. C-237/82 Jongeneel Kaas BV (1984) ECR 483, para.22; kaliteli yerli peynir üretimi için asgari standartları belirleyen ulusal kurallar ile pullar, işaretler ve denetim belgelerinin zorunlu kullanımı ile ilgilidir. C-155/80 Oebel (1981) ECR 1993; fırınların gece çalışmasına ilişkindir.

¹⁰⁶² C-98/86 Mathot (1987) ECR 809.

¹⁰⁶³ C-388/95 Belçika v. İspanya (2000) ECR 3123.

konusu düzenleme, Groenveld formülünde belirtildiği gibi farklı iç ve dış ticaret koşulları getirmekte ve ihracatçılara ambalajlamaya yönelik daha pahalı şartlar öngörmektedir. Ancak Divan, menşe adına sahip Rioja şaraplarının, İspanya'nın Rioja Bölgesi dışında şişelenmesine ilişkin yasağın, şarabın kalitesi ve menşe nitelendirmesinin korunması amacıyla haklı görülebileceğini belirtmiştir. 35 inci maddenin yalnızca spesifik ihracat hareketliliğini kısıtlamayı amaçlayan veya ona yol açan önlemlere uygulanabileceğini, oysa İspanya düzenlemesinin bu anlamda eş etkili önlem olarak hukuka aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiştir¹⁰⁶⁴. Fakat zamanla bu görüşün değiştiği ve 35 inci maddenin piyasaya giriş açısından kavramsallaştırılmasını sağlayan *Groenveld* Kararının, takip eden diğer davalarda sonuçları açısından geliştirildiği görülmektedir. Sonuç olarak, ihracatı engelleyen dolaylı ayrımcı uygulamalar açısından da 35 inci maddenin uygulanabileceği kabul edilmiştir¹⁰⁶⁵.

2. İhracatta Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler Kavramına Güncel Yaklaşım: Gysbrechts Kararı (2008)

Antlaşma'nın 35 inci madde uygulaması, *Groenveld* Kararında açıkça ifade edildiği üzere, 2008 yılına kadar yalnızca doğrudan ayrımcı uygulamaları kapsamaktaydı ve dolaylı ayrımcı uygulamaların yani yerli ve ithal ürünlere eşit şekilde uygulanan ulusal kuralların 35 inci maddeyi ihlal etmediği kabul edilmekteydi. Ancak Adalet Divanı, 2008 yılında verdiği *Gysbrechts*¹⁰⁶⁶ Kararında görüşünü değiştirerek *Groenveld*'deki yaklaşımından vazgeçmiş ve söz konusu üye devlet düzenlemesinin etkisini dikkate alarak düzenlemenin 35 inci maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir.

Davaya konu olayda Belçika hukuku, uzaktan mal satışı yapanların yedi günlük bekleme süresi dolmadan müşterilerden peşin ödeme için ödeme kartı detaylarını istemelerini yasaklamıştır. Satış yapanlar, her ne kadar müşteri kartlarından para çekmeyeceklerini ifade etseler de; uzaktan satış sözleşmelerinde malların geri

¹⁰⁶⁴ C-388/95 Belçika v. İspanya (2000) ECR I-3157, para. 21, 23, 48, 50, 65. Ayrıca bkz. CAN, s.407.

¹⁰⁶⁵ Bkz. CRAIG ve de BURCA, s.650.

¹⁰⁶⁶ C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA (2008) ECR I-9947; Anthony DAWES, "A Freedom Reborn? The New Yet Unclear Scope of Art.29 EC" E.L.Rev. Vol.34, 2009 (639-649), s.639 vd.

gönderilme ihtimali olduğundan, satış işlemi tamamlanana kadar geçecek süre zarfı içinde ilgili yasak geçerliliğini korumaktadır. Tedarikçiler, her ne kadar bekleme süresi sonuna kadar kredi kartını kullanmama taahhüdünde bulunsalar da, uygulamada bu yasak, tüketicilerin kredi kartı numaralarının da talep edilemeyeceği anlamına gelmektedir ve Belçika Hükûmeti tarafından da kabul edildiği üzere bu kural, tacirlerin, alışveriş karşılığının ödenmemesine karşı etkili bir koruma aracından mahrum bırakılması sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁶⁷. Ticaret hayatının gereklerini yok sayarak yerli üreticileri zor duruma sokan düzenleme, ihracata konu olacak malların satışını önemli ölçüde engellemektedir.

Yerli satıcıların yurtdışındaki tüketicilere yalnızca güvene dayalı ve karşılıksız olarak satış yapamamasının Birlik Ortak Pazarını etkilemesi üzerine dava, Adalet Divanı'nın önüne gelmiştir. Adalet Divanı ise kararında, *Groenveld* yorumundaki 7.paragrafa atıf yaparak üye devletler arasında gerçekleştirilen ticarete, yerli ürünler ile ihraç edilecek ürünler arasında iç piyasanın sağladığı avantajları koruyucu şekilde farklı muamele yapan ulusal önlemlerin madde 35 kapsamında olduğunu belirtmiştir¹⁰⁶⁸. Genellikle doğrudan tüketiciye yapılan sınır ötesi satışlarda gündeme gelen yasağın sonuçları, başka bir üye devlet bünyesindeki tüketicilere yasal prosedürler getirmesi nedeniyle ticarete engel oluşturması bakımından daha anlamlı görülmüştür¹⁰⁶⁹. Bu nedenle Divan, üye devlet topraklarında faaliyet gösteren tüm tacirlere uygulanabilir olsa bile¹⁰⁷⁰, söz konusu düzenlemenin üye devlet piyasasını ihracat yoluyla terk eden malların üzerindeki etkisinin, iç piyasada pazarlanan mallara etkisinden daha fazla olduğu ve 35 inci madde yasağına yakalandığı sonucuna varmıştır¹⁰⁷¹. Belirtelim ki, 35 inci maddenin uygulanmasında amaç her ne kadar ayrımcılık olmasa da, etkisi bakımından hala ayrımcılık olgusuyla fazlasıyla iç içedir¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷ C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA (2008) ECR I-9947, para.41.

¹⁰⁶⁸ C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA (2008) ECR I-9947, para. 40.

¹⁰⁶⁹ Yorum için bkz. CRAIG ve de BURCA, s.651.

¹⁰⁷⁰ C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA (2008) ECR I-9947, para. 43; burada Keck formülüne değinildiği görülmektedir.

¹⁰⁷¹ C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA (2008) ECR I-9947, para. 63.

¹⁰⁷² Komisyonun rehberliğinde görülebilen bu durum şöyle dile getirilmektedir: "35.madde, ihracat üzerinde gerçek ve spesifik etkisi olan ticari bariyerleri kapsamına almaktadır ve bu durum, bir üye

Buna ek olarak, Divan, Belçika'ya yalnızca 36 ncı madde istisnalarıyla savunma oluşturması için değil, aynı zamanda ilk kez zorunlu gereklilikleri de gerekçe göstermesi için imkan tanımıştır. Tüketicilerin korunmasına yönelik argüman ise haklı bir gerekçe teşkil etmesine rağmen, tedarikçilerin tüketicilerden kredi kartı numaralarını talep etmelerini yasaklamak orantılı bulunmadığından hukuka uygun kabul edilmemiştir¹⁰⁷³.

Adalet Divanı'nın, 35 inci maddenin dolaylı ayrımcı uygulamalara doğrudan uygulanabilirliğini vurgulayan başka kararları da¹⁰⁷⁴ vardır. 1977 tarihli *Bouhelier* Davasında¹⁰⁷⁵, Fransa, ihraç edilecek saatleri kalite kontrolüne tabi tutmakta, ancak aynı uygulamayı ithal edilen ürünlere yapmamaktadır. Adalet Divanı ise verdiği kararda, ürünün maliyetini arttıran bu gibi gümrük formalitelerinin olumsuz yansımalarının, tüccarlar ve dolaylı olarak da tüketiciler üzerinde görüldüğünü¹⁰⁷⁶ ve dolayısıyla ticaretin de zarar gördüğünü belirtmiş, bu sebeplerle Fransız uygulamasını, ihracatta miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kabul edilerek 35 inci maddeye aykırı bulmuştur. Benzer şekilde görülen *Kaas* Davasında¹⁰⁷⁷ da, peynir ihracatçılarından ihracat lisansı talep eden Hollanda uygulaması, ihracatı zorlaştıran bir uygulama olması sebebiyle m.35 e aykırı kabul edilmiştir.

Bir başka dava olan *Lomas*¹⁰⁷⁸ Kararında Adalet Divanı, hayvanların korunması amacıyla koyun etlerinin İspanya'ya ihracatını yasaklayan İngiliz

devlet ile ihracatçılar arasında muamele farklılığı yaratmaktadır." Bkz. European Commission, "**Free Movement of Goods: Guide to the Application of Treaty Provisions Governing Free Movement of Goods**" 2010 [673 final] s.36. Komisyonun bu dar yorumundan bile, maddenin uygulanmasındaki söz konusu değişikliğin önemi anlaşılabilir, nitekim Groenveld formülünün üçüncü kolu, görünüşe göre terk edilmiştir.

¹⁰⁷³ C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA (2008) ECR I-9947, para.47-49; ayrıca bkz. BARNARD, s.102.

¹⁰⁷⁴ C-80/92 Komisyon v. Belçika (1994) ECR I-1019; Opinion C-448/98 Guimont (2000); C-47/90 Établissements Delhaize frères and Compagnie Le Lion SA v Promalvin SA and AGE Bodegas Unidas SA (1992) ECR I-3669.

¹⁰⁷⁵ C-53/76 Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier vd. (1977) ECR 197.

¹⁰⁷⁶ Ayrıca bkz. WEATHERILL ve BEAUMONT, s.507.

¹⁰⁷⁷ C-237/82 Jongeneel Kaas et al (1984) ECR 483.

¹⁰⁷⁸ C-5/94 The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd. (1996) ECR I-2553.

düzenlemesini eş etkili önlem yasağının ihlali olarak görmüştür. *Volpi SpA*¹⁰⁷⁹ Davasında ise, yerli malı koruyucu nitelikte ve Birlik içi ticarete zarar veren doğrudan ya da dolaylı ayrımcı tüm önlemlerin m.35 kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Esasen ayrımcılık yapmadan etki gösteren her türlü ulusal düzenlemenin ihracat engeli olarak sınıflandırılmasına ve dolayısıyla yerel mahkemenin yargı denetimine tabi tutulmasına neden olan *Dassonville* formülünü uygulamaktan kaçınan Adalet Divanı'nın¹⁰⁸⁰, *Volpi SPA* Kararıyla dolaylı ayrımcı önlemlerden yalnızca “yerli malı koruyucu nitelikte” olanların 35 inci madde kapsamında değerlendirileceğini belirterek muhtemel sakıncaların önüne geçmek istediği düşünülebilir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN EŞ ETKİLİ ÖNLEM KAVRAMINA İLİŞKİN YENİ MEVZUAT ÇALIŞMALARI

A. Teknik Standartlar ve Düzenlemeler Hakkında Bilgi Verilmesine İlişkin 98/34 Sayılı Yönerge

70/50 sayılı Yönergeden sonra, uygulamada eş etkili önlemlerin önlenmesi adına yapılan en önemli düzenleme, 98/34 Sayılı Yönerge olmuştur¹⁰⁸¹. Birlik tarafından benimsenen 98/34 sayılı Yönergeye göre, üye devletlerin kabul edip yürürlüğe koymadan önce, her bir ulusal teknik düzenleme tasarısı hakkında Komisyonu bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu şekilde, ulusal düzenlemelerin Birlik hukukuyla uygunluğunun denetlenebilmesi mümkün olabilecektir¹⁰⁸².

Yönergenin oryantasyonu, bildiriye yapan üye devlet ile Komisyon ve diğer üye devletler arasındaki diyaloga dayanmaktadır. Bu kapsamda Yönerge, bildirim yükümlülüğünü düzenleyen 8 inci madde ile bekleme/askıya almayı düzenleyen 9 uncu madde olmak üzere iki önemli hüküm içermektedir. Belirtmek gerekir ki, bu resmi

¹⁰⁷⁹ C-74/76 Iannelli & Volpi SpA v Ditta Paolo Meroni (1977) ECR 557.

¹⁰⁸⁰ CAN, s.407.

¹⁰⁸¹ 22.06.1998 tarih ve 98/34/EC sayılı Parlamento ve Konsey Yönergesi [OJ (1998) L 204/37], ayrıntılı bilgi için bkz. TRIS (Technical Regulation Information System); <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/> (17 Ocak 2018).

¹⁰⁸² Laurence W. GORMLEY, "Some Reflections on the Internal Market and Free Movement of Goods", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 16, Issue 1, 1989 (9–20), s. 13.

prosedüre ek olarak, üye devletlerin birçoğu taslak düzenlemelerini gayri resmi olarak da Komisyona bildirmektedir. Bildirilen metinlerin müzakereleri sonucunda, genellikle orijinal metinler değiştirilmek suretiyle yürürlüğe konulmakta ve düzenlemenin Birlik hukukunu ihlal edip etmeyeceği sorusu yanıtlanarak dosya kapatılmaktadır.

1. Yönergenin Uygulama Usulü: Madde 8 ve 9

Yönergenin 8/1 inci maddesi, üye devletlerce, her bir teknik düzenleme tasarısı hakkında, bu düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğuna ilişkin bir açıklamayla birlikte Komisyon'a bildirim yapılmasını gerekli kılmaktadır. Teknik düzenlemenin tanımı, *Keck ve Mithouard*¹⁰⁸³ Kararının 15 inci paragrafında belirlenen¹⁰⁸⁴ ürün gerekliliklerine eşdeğer bir tür kabul edilir¹⁰⁸⁵. Bu nedenle, çiçek soğanlarının kalite standartlarıyla ilgili kurallar¹⁰⁸⁶, dijital yayın yapan televizyonlarda kullanılan dekoderler için ön onay alınmasına ilişkin kurallar, ambalajlarda zorunlu etiketlemeye ya da işaretlemeye ilişkin kurallar¹⁰⁸⁷, düşük fiyatlı oyun makinelerinin yalnızca kumarhanelerde ya da oyun salonlarda bulundurulabileceğine ilişkin gereklilikler¹⁰⁸⁸, geri dönüştürülemeyen maddeden üretilen kulak temizleme çubuklarının pazarlanmasına ilişkin yasaklar¹⁰⁸⁹ ve böcek zehrinin sunumu, sınıflandırılması,

¹⁰⁸³ Birleşik dava C-267-268/91 Bernard Keck and Daniel Mithouard (1993) ECR I-6097

¹⁰⁸⁴ Teknik düzenlemelerin tanımlanması ve Divanın 34.madde içtihatları arasında kesin bir paralellik bulunmamaktadır. Örneğin; dil gerekliliğine ilişkin kurallar teknik düzenleme kabul edilmemiş, fakat eş etkili önlem kabul edilmiştir (C-33/97 Colim NV v. Bigg's Continent Noord NV (1999) ECR I-3175, para.36). Diğer kararlar da tanımlamanın dışında kalmaktadır. Kararlar için bkz. C-37/99 Roelof Donkersteeg (2000) ECR I-10223; C-314/98 Snellers Auta's BV v. Algemeen Directeur van de Dienst Wegverkeer (2000) ECR I-863. Küçük değişikliklerin bildirilmesine gerek olmadığı hakkında bkz. C-433/05 Sandström (2010) ECR I-2885, para.49.

¹⁰⁸⁵ C-267/03 Lindberg (2005) ECR I-3247, para.60; bu kararda "teknik özellikler" terimi hakkında üç durum kabul edilmektedir: Yönergenin 3(1).maddesi anlamında teknik özellikler, 1(4).maddede sayılan diğer gereklilikler ve üretimi, ithalatı, pazarlamayı veya ürün kullanımını yasaklayan 1(11).maddede belirtilenler (para.34).

¹⁰⁸⁶ İlgili karar için bkz. C-52/93 Komisyon v. Hollanda (1994) ECR I-3591.

¹⁰⁸⁷ İlgili karar için bkz. C-159/00 Sapod-Audic (2002) ECR I-5031, para.22. Ayrıca bkz. C-20/05 Schwibbert (2007) ECR I-9447, para.34-37.

¹⁰⁸⁸ İlgili karar için bkz. Birleşik Dava C-213/11, 214/11 ve 217/11 Fortuna v. Dyrektor Izby Celnej w Gdyni (2012) [ECLI:EU:C:2012:495].

¹⁰⁸⁹ C-303/04 Lidl Italia v. Comune di Stradella (2005) ECR I-7865.

paketlenmesi ile etiketlenmesine ilişkin oluşturulan teknik düzenlemeler gibi tüm teknik düzenlemelerin bildirilme zorunluluğu vardır¹⁰⁹⁰.

Bu yönde incelemeye konu edebileceğimiz *Lindberg*¹⁰⁹¹ Davasında, İsviçre'de yasaklanan bir operatörün, oyuncular için belirli bazı tip oyun makinelerini ulaşılabilir kıldığı ve böylece tüketiciler için de bildirilmesi zorunlu bir teknik düzenleme teşkil ettiği görülmektedir. O halde bildirim yükümlülüğünün yalnızca mallar bakımından uygulandığı; hizmet sağlayıcıları ve ekonomik operatörler üzerinde uygulanmadığı söylenebilecektir¹⁰⁹². Yoksa, *Keck* Kararının 16 ncı paragrafında da belirtildiği üzere, belirli satış düzenlemelerini kısıtlayan ulusal önlemler 34 üncü maddenin dışında değerlendirilmiş ve teknik düzenleme teşkil etmediklerinden bildirilmelerine de gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁰⁹³.

Bu prosedürde bildirim yükümlülüğü tek taraflı değildir. Üye devlet bildirimlerinin bir sonucu olarak Komisyon, diğer üye devletlere de bildirimde bulunmak zorundadır. Bunun yanı sıra, daha sonra yorum yapabilecek ilgili Komiteye de haber verilmelidir. Üye devlet tarafından önerilen teknik düzenlemeye ilişkin mevzuat oluşturulurken mümkün olduğunca bu yorumlar dikkate alınmak zorundadır (8/2. madde)¹⁰⁹⁴.

Yönergenin 9 uncu maddesi, bu süreçte mevcut durumun korunmasına ilişkin bir standstill hükmü öngörmektedir. Üye devlet bildiriminin, diğer üye devletler ve Komisyon tarafından incelemeye alındığı 3 aylık süre boyunca, teknik düzenleme taslağı askıya alınarak beklenmek zorundadır¹⁰⁹⁵. Eğer Komisyon veya diğer üye

¹⁰⁹⁰ C-61/93 Komisyon v. Hollanda (1994) ECR I-3607 ve ayrıca bkz. C-13/96 Bic Benelux SA v. Belgian State (1997) ECR I-1753. ayrıca bkz. BARNARD, s.109.

¹⁰⁹¹ C- 267/03 Lindberg (2005) ECR I-3247, para.60; aynı yönde bkz. C-65/05 Komisyon v. Yunanistan "bilgisayar oyunları" (2006) ECR I-10341, para.61.

¹⁰⁹² C- 267/03 Lindberg (2005) ECR I-3247, para.88; 12.12.2006 tarih ve 2006/123/EC sayılı İç Pazarda Hizmetlere Dair Parlamento ve Konsey Direktifin [OJ (2006) L 376/36] 15(6).maddesi.

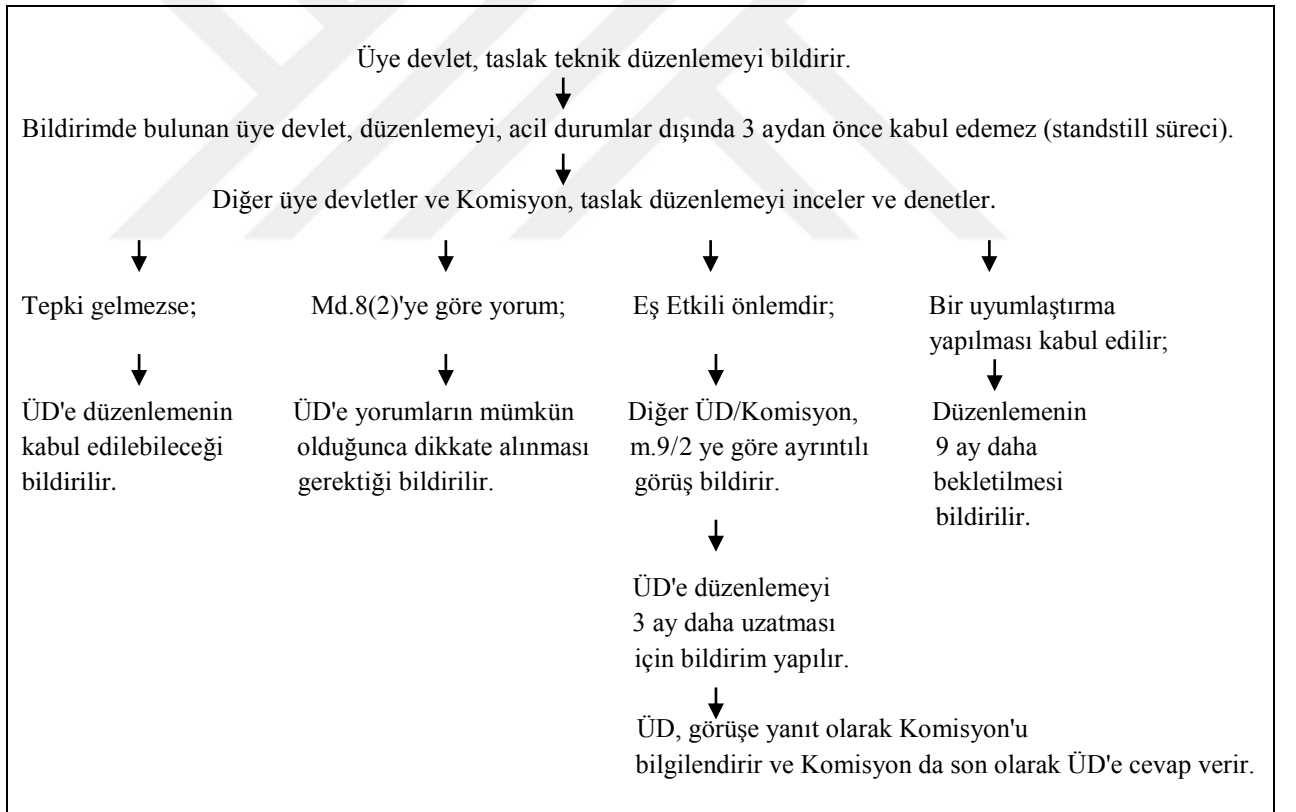
¹⁰⁹³ Aynı yönde bkz C-418/93 Semeraro Casa Uno Srl v. Dindaco del Comune di Erbusco (1996) ECR I-2975, para.38.

¹⁰⁹⁴ BARNARD, s.110.

¹⁰⁹⁵ Bu koşullarda bile ulusal kuralların 34.madde kapsamında kabul edildiğine ilişkin bkz. C-55/99 Komisyon v. Fransa "tıbbi reaktif maddeler" (2000) ECR I-11499.

devletler, 9/2 nci madde çerçevesinde malların serbest dolaşımına engel oluşturabilir nitelikte bir önlem olduğuna dair "ayrıntılı görüş" bildirirlerse, bu askıda kalma süreci 3 aydan fazlaya uzatılabilir. Ulusal düzenleme sahibi üye devlet, bu görüşler ışığı altında açıklayıcı şekilde Komisyona cevap vermek zorundadır ve Komisyon da bu açıklamayı cevaplandırmalıdır. Madde 9/3 e göre, üye devlet tarafından Komisyona sunulan ulusal düzenleme dayanak alınarak Avrupa Birliği tarafından bir mevzuat uyumlaştırma çağrısı yapılırsa, söz konusu ulusal düzenlemenin kabul edilmesi 9 ay daha geciktirilecektir¹⁰⁹⁶. Bu diyalog, söz konusu teknik düzenlemelerden yalnızca AB Hukukuyla uyumlu olanların kabulü ile sonuçlanmaktadır¹⁰⁹⁷.

Bu açıklamalar ışığında Yönergenin uygulanma prosedürüne ilişkin bir tablo oluşturmak gerekirse; Komisyon'a danışma usulü aşağıdaki gibi verilebilir:



Şema.7.

98/34 Sayılı Yönergeyi Uygulama Yöntemi

¹⁰⁹⁶ BARNARD, s.110.

¹⁰⁹⁷ BARNARD, s.111.

Uygulamada ise üye devletler, ulusal düzenlemelerin içeriğinin yanı sıra, genellikle düzenlemeler hakkında bildirimde bulunma yükümlülüğüne uygun hareket etmediği için Adalet Divanı tarafından kınamaya maruz kalmaktadırlar¹⁰⁹⁸.

Komisyon, Adalet Divanı'nın bu konuda daha da ileri giderek, usulünce bildirim yapılmadan yürürlüğe konulmuş bir ulusal düzenlemenin üçüncü kişilere karşı uygulanamayacağına karar vermesi gerektiği yönünde argüman geliştirmiştir. Buna göre;

"Bir üye devlet, 98/34 sayılı Yönerge kapsamına giren bir teknik düzenlemeyi, Komisyon'a taslak bildirimini yapmadan ve standstill (askıda bekleme) yükümlülüğünü yerine getirmeden yürürlüğe koyduğunda, söz konusu düzenleme, üye devletin hukuk sisteminde üçüncü kişilere karşı uygulanamaz olacaktır. Bundan dolayı Komisyon, davacıların, Birlik hukukunca gerekli görüldüğü şekliyle bildirim yapılmamış ulusal teknik düzenlemelerin uygulamasını reddetmek için yerel mahkemeleri bekleme hakkı olduğunu" ifade etmektedir¹⁰⁹⁹.

Konsej ise Komisyon ile aynı görüşte değildir¹¹⁰⁰. Öyle ki, Yönerge her defasında, Komisyon'a usulünce bildirilmeyen ulusal düzenlemelerin uygulanabilir olup olmadığı referans alınmaksızın değiştirilmiştir. Adalet Divanı, ilk zamanlar Konsey'in görüşüne katılmaktaysa da, CIA Kararı ile görüşünü değiştirmiştir. Yönergenin özel hukuk kişileri bakımından uygulanabilir olup olmadığı, CIA¹¹⁰¹ ve devamı kararlarda yakın merceğe alınmış ve söz konusu Yönergenin uygulamadaki yeri, bu kararlar ışığında hatırı sayılır bir önem kazanmıştır¹¹⁰². Bu nedenle kararları yakından incelemekte fayda bulunmaktadır.

¹⁰⁹⁸ Bkz. C-317/92 Komisyon v. Almanya (1994) ECR I-2039.

¹⁰⁹⁹ Communication of 1986, 86/C 245/05 [OJ (1986) C 245/4].

¹¹⁰⁰ C-273/94 Komisyon v. Hollanda (1996) ECR I-31.

¹¹⁰¹ C-194/94 CIA "Androméde" (1996) ECR I-2201; C-443/98 Unilever Italia SpA v. Central Food SpA (2000) ECR I-7535.

¹¹⁰² BARNARD, s.109.

yürürlüğe konulmuş bu kuralların geçersiz ve uygulanamaz olduğunu ileri sürmüştür¹¹⁰⁴.

Adalet Divanı, önüne gelen söz konusu uyuşmazlıkta, bir alarm sisteminin onaylanması ve Belçika'da pazarlanması öncesinde yerine getirilmesi öngörülen kalite ve işlev testlerine ilişkin Belçika kurallarının 98/34 sayılı Yönerge anlamında teknik düzenleme teşkil ettiğini ve Yönergenin 8 inci maddesi uyarınca Komisyon'a bildirim yapılmış olması gerektiğini belirterek, Yönergenin 8 ve 9 uncu maddelerinin, taslak teknik düzenlemelerin kabul edilmeden önce Komisyon'a bildirilmesi hususunda üye devletler üzerinde kesin bir zorunluluk ortaya koyduğunu vurgulamıştır. Çünkü bu maddeler, yerel mahkemeler nezdinde bireyler tarafından kayıtsız şartsız dayanak gösterilebilecek kadar açık ve kesindir¹¹⁰⁵.

Adalet Divanı, birkaç hükûmetin, yönergenin yalnızca üye devletler ile Komisyon arasındaki ilişkiler için söz konusu olduğuna ve özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde uygulanamayacağına yönelik iddialarına katılmamaktadır ve Belçika'nın bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesinin hukuki sonuçlarını dikkate alarak verdiği kararında, Komisyon'un 1986 Mesajı'na¹¹⁰⁶ atıf yaparak,

*"Yönerge, bireylere uygulanamayan söz konusu teknik düzenlemelere ilişkin olduğu gibi, bildirim yükümlülüğünün ihlalinin önemli bir prosedürel eksiklik oluşturduğu yorumuna ulaşırsa, Birlik tarafından yapılan kontrolün etkisi daha büyük olacaktır."*¹¹⁰⁷

ifadeleriyle, yönergenin malların serbest dolaşımının korunmasına yönelik amacına ve 8 ile 9 uncu maddenin getirdiği ayrıntılı prosedürün bu amaç için önemine değinmiştir¹¹⁰⁸. Böylece CIA, SIGNALSON'a karşı 8 ve 9 uncu maddeye dayanabilmiş ve karşı davada, Belçika hükûmetinin bildirim yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasına, bu nedenle söz konusu hükümlerin kendisi bakımından uygulanamayacağı savunmasına

¹¹⁰⁴ C-194/94 CIA "Androméde" (1996) ECR I-2201, para. 5. Ayrıca bkz. BARNARD, s.112.

¹¹⁰⁵ C-194/94 CIA "Androméde" (1996) ECR I-2201, para.44.

¹¹⁰⁶ Communication of 1 October 1986.

¹¹⁰⁷ C-194/94 CIA "Androméde" (1996) ECR I-2201, para.48.

¹¹⁰⁸ Ayrıca bkz. BARNARD, s.113.

ağırlık vermiştir¹¹⁰⁹. Bir diğer ifadeyle; Yönergede belirtilen bildirim usulüne aykırı bir şekilde teknik bir ulusal mevzuat oluşturan Belçika Hükûmetinin, bu mevzuatta yer alan kuralları üçüncü kişi olan özel hukuk kişilerine yöneltemeyeceği, söz konusu kuralların CIA bakımından uygulanamaz olduğu yönündeki savunması ile SIGNALSON firmasını davada dezavantajlı duruma düşürmüştür¹¹¹⁰.

3. Unilever Davası

Adalet Divanı, CIA Kararındaki yorumunu *Unilever*¹¹¹¹ Davasında açıklama fırsatı bulmuştur. Davaya konu uyuşmazlıkta, zeytinyağı etiketlemesine ilişkin taslak bir İtalyan hukuk düzenlemesi, 98/34 sayılı Yönergenin 8 inci maddesi uyarınca, 1998 yılı Mayıs ayında Komisyon'a bildirilmiştir. Komisyon, söz konusu taslağı ilgilendiren bir alanda Birlik tarafından yasal düzenleme oluşturulmasının hedeflendiğini ve İtalyan otoritelerinin Yönergenin 9 uncu maddesine göre, 9 aylık bekleme (standstill) süresine uyması, böylece taslak düzenlemeyi askıya alması gerektiğini bildirmiştir. İtalya ise bu süreyi beklememiş ve Yönergede yer alan prosedüre aykırı olarak Ağustos 1998 de söz konusu düzenlemeyi kabul ederek iç hukukunda yürürlüğe sokmuştur.

Taslak düzenlemenin İtalyan Hukukunda yürürlüğe konulmasından sonra Unilever isimli bir firma, aldığı sipariş üzerine Eylül 1998 de Gıda Merkezine 648 litre zeytinyağı satmıştır. Gıda Merkezi, ertesi gün, zeytinyağının İtalyan hukukuna uygun

¹¹⁰⁹ CIA'nin 8.ve 9.maddeyi kılıç gibi kullanarak bir iddia vasıtası yapmadığı görülmekteyse de, savunmada bir kalkan gibi kullandığı söylenilebilir.Bu davadaki yargılama süreci, CIA'nin, 98/34 sayılı Direktif hükümlerine yatay olarak (örneğin; özel hukuk kişilerine karşı) dayanabileceğini göstermekte ve dolayısıyla köklü bir ilkeye zarar vermekteydi; çünkü uygulamaya sokulmamış ya da yanlış uygulanan direktiflerin açık ve yeterince kesin hükümlerinin dikey (fakat yatay değil) doğrudan etkisi vardır. Buna rağmen Divan, doğrudan bu sorunun üzerinde durmamıştır (C-555/07 Küçükdeveci (2010) ECR I-365).

¹¹¹⁰ Somut olayda, Belçika hukukuna uygun olmayan bir ürünün piyasadan çekilmesini sağlamak için bireylerin mahkemeyi harekete geçirmesini sağlayan Belçika hukuk kuralının yarı-düzenleyici etkiye sahip olduğu da düşünülmektedir (Stephen WEATHERILL, "**Breach of Directives and Breach of Contract**", *E.L.Rev.*, Vol. 26, 2001 (177-186), s.177-180.). Bu tür bir güç, pek çok devlette ancak bir kamu kurumu tarafından kullanılabilir. Bu kapsamda Signalson, farkında olmadan bir devlet ajanı gibi hareket etmiştir: Faaliyet şeklen yatay (horizontal) olsa da esasında/özünde dikey (vertical) etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle Signalson'un, devletin hatalı davranışından kendi amaçları doğrultusunda avantaj elde etmemesi gerektiği düşüncesiyle hareket edildiğine inanılmaktadır; söz konusu görüş için bkz. BARNARD, s.114.

¹¹¹¹ C-443/98 Unilever Italia SpA v Central Food SpA (2000) ECR I-7535.

şekilde etiketlenmediği gerekçesiyle ödeme yapmamıştır. Unilever ise cevap olarak; söz konusu ulusal kuralların Yönergenin 9 uncu maddesindeki standstill hükmüne uygun olarak kabul edilmediğini, CIA Davasında 8 inci madde ile ilgili olarak ortaya konulan uygulanamazlık ilkesinin 9 uncu madde için de geçerli olacağını ve böylece Yönergeye aykırı olan İtalyan kurallarına uymakla yükümlü olmadığını belirterek Gıda Merkezinin borcunu ödemesi gerektiğini ileri sürmüştür¹¹¹².

Davanın Hukuk Sözcüsü ise Unilever'e katılmamakta ve CIA'deki prosedürün işletilmesi halinde haksız sonuçlar ortaya çıkacağını düşünmektedir. Bunu da; *"Şöyle ki; eğer bir teknik düzenleme özel hukukta uygulanamaz niteliğe sahipse, bu tür bir düzenlemenin konusunu oluşturduğu davada bir özel hukuk kişisi, kendisinin AB hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı değil, Üye Devletin öyle hareket etmesinden dolayı davayı kaybedebilir. Tüm bunlar, Birlik hukukunun etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için gereklidir."* şeklinde ifade etmiştir¹¹¹³.

Adalet Divanı, hukuk sözcüsünün görüşüne katılmayarak CIA Kararındaki yorumunu bu davada bir kez daha gündeme getirmiştir¹¹¹⁴. 98/34 sayılı Yönergenin 9 uncu maddesinde öngörülen "mevzuatın kabulünün ertelenmesi yükümlülüğünün" ihlali, teknik düzenlemeleri uygulanamaz hale getirmek için olduğu gibi, prosedürden

¹¹¹² C-443/98 Unilever Italia SpA v Central Food SpA (2000) ECR I-7535, para.20.

¹¹¹³ C-443/98 Unilever Italia SpA v Central Food SpA (2000) ECR I-7535, para.33 vd.

¹¹¹⁴ C-443/98 Unilever Italia SpA v Central Food SpA (2000) ECR I-7535, para.39. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki; Unilever kararında Divan, 98/34 sayılı Direktifin tartışmalı olan yatay doğrudan etkisi meselesine biraz daha ışık tutup konuyu aydınlığa kavuşturmuştur. Tüzük ve direktiflerin yatay doğrudan etkisi olmadığına ilişkin **Faccini Dori'nin** dayandığı Ortodoks kuralı tekrar gündeme geldiğinde, önemli prosedürel hatalar içeren durumlarda bu kural için bir istisna yapılmıştır (para.50). Bu ayırım, direktiflerin iki türü arasında yapılır. Bir tarafta, Paket Tatil Direktifi (**Package Holiday Directive; Dir. 90/314/EEC (1990) OJ L 158/59**) gibi Faccini Dori Davasının (**C-91/92 Faccini Dori (1994) ECR I-3325**) konusunu oluşturan bireyler arası ilişkileri düzenleyen direktiflerin bulunduğu söylenir. Bu tür direktifler, ulusal hukuklara benzer haklar sunar ve bireyler üzerine yükümlülükler getirirler. Diğer taraftan, 98/34 sayılı Direktif'te olduğu gibi, yasaları yaklaştırmayı amaçlamayan ancak önleyici kontrol mekanizması anlamında malların serbest dolaşımını korumak için üye devletler arasındaki ilişkileri, yani kurumsal ilişkileri içeren direktifler olduğu söylenir (para.79). 98/34 sayılı Direktif, yalnızca bildirim yükümlülüğü öngördüğünden, bireyler için ne haklar ne de yükümlülükler oluşturmaktadır (para.51).

kaynaklanan önemli bir kusur da oluşturmaktadır¹¹¹⁵. Divan; "*İtalyan mevzuatının uygulanamazlığı, bireylerin sözleşmesel hakları ve yükümlülükleri arasında özel hukuk muhakemesinde hatırlatılabilir*" ifadelerine yer vermek suretiyle, teknik bir alanda, Yönergedeki usule aykırı olarak yürürlüğe konulan ulusal mevzuat hükümlerinin özel hukuk kişileri bakımından da uygulanamaz olduğuna karar vermiştir¹¹¹⁶.

Adalet Divanı, *Unilever* Kararından sonra verdiği *Sapod-Audic*¹¹¹⁷ Kararında da bildirilmeyen bir ulusal teknik düzenlemenin uygulanamaz olduğuna¹¹¹⁸ ilişkin ulusal mahkeme tarafından ulaşılan sonuçlara katılarak aynı yönde karar vermiştir¹¹¹⁹. Ancak yine de, *Lemmens* Davasında bu kurala bazı sınırlamalar getirmiştir.

*Lemmens*¹¹²⁰ Kararında, *CIA* Davasında kabul edilen "uygulanamazlık" kuralının yalnızca üye devletler arasındaki ticareti etkileyen mevzuat için uygulanabileceği belirtilerek "ticareti etkileme" kıstasının getirildiği görülmektedir.

Davaya konu somut olayda *Lemmens*, alkollü araç kullanmaktan suçlanmıştır. Yerel hukukta, alkol için kullanılan nefes ölçüm makinesi (alkolmetre), kalite, performans ve test yöntemleri bakımından bazı belirli standartlara uygun olmak zorundadır. *Lemmens*, bu teknik standartları içeren düzenlemelerin 98/34 sayılı Yönergeye uygun olarak önceden Komisyona bildirilmediğini, bu nedenle nefes ölçüm testi sonuçlarının kendisine karşı kullanılmayacağını iddia etmiştir. Adalet Divanı bu iddiaları haklı görmemiştir. Divan'a göre, bir teknik düzenlemenin Yönergedeki bildirim yükümlülüğünü ihlali halinde özel hukuk kişilerine karşı ileri sürülemeyeceği kuralı, ancak bu özel hukuk kişilerinin tabi olduğu üye devletler arasındaki ticaretin etkilenmesi halinde söz konusu olabilmektedir; yoksa bir ürünün, Komisyon'a bildirim yükümlülüğüne aykırı olarak kabul edilmiş teknik düzenlemeye uygun olmadığı gerekçesiyle, herhangi bir yasadışı kullanımına izin verileceği anlamı

¹¹¹⁵ C-443/98 *Unilever Italia SpA v Central Food SpA* (2000) ECR I-7535, para.45.

¹¹¹⁶ C-443/98 *Unilever Italia SpA v Central Food SpA* (2000) ECR I-7535, para. 52. Ayrıca bkz. BARNARD, s.114.

¹¹¹⁷ C-159/00 *Sapod Audic v Eco-Emballages SA* (2000) ECR I-5031.

¹¹¹⁸ C-159/00 *Sapod Audic v Eco-Emballages SA* (2000) ECR I-5031, para.53.

¹¹¹⁹ Michael DOUGAN, "*Annotation of Sapod Audic*", *C.M.L.R.*, Vol. 40, 2003, s.193.

¹¹²⁰ C-226/97 *Johannes Martinus Lemmens* (1998) ECR I-3711.

taşımamaktadır¹¹²¹. Bu nedenle, davadaki alkolmetre kullanımı ticaret önünde bir engel oluşturmadığından, *CIA* Davası ile kabul edilen özel hukuk kişilerine uygulanamazlık kuralının bu dava bakımından uygulama alanı olmadığı yönünde karar verildiği görülmektedir.

Lemmens Kararıyla öngörülen sınırlamalara rağmen *CIA* Kararının derhal sonuç doğuran pratik etkisi, ulusal hükûmetler üzerinde dramatik olmuştur. Örneğin; Hollanda Hükûmeti, Yönerge kapsamında bildirilmesi gereken 400 ulusal düzenlemeyi içeren bir liste oluşturmuştur. 96 teknik düzenleme tek taraflı olarak, 77 teknik düzenleme ise Komisyon ile tartışma konusu haline gelmesi nedeniyle geri çekilmiştir. Sonrasında 227 taslak düzenleme metninin bildirim yapılmış ve bunlardan 70 tanesi Komisyon tarafından kayda değer bulunmamıştır, ancak kalan taslak düzenlemelerin AB hukukuna aykırı hükümler içermesi nedeniyle düzeltilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Belirtelim ki, tek başına bu durum bile, 98/34 sayılı Yönergenin uygulamadaki değerini göstermektedir. Öyle ki, Komisyona önceden bildirim yapılarak teknik düzenlemelerin yürürlüğe konulması zorunluluğunu öngören bir yönergenin olmadığı düşünülürse, bahsi geçen söz konusu 227 teknik düzenleme, doğrudan Hollanda hukukunun parçası haline gelecektir. Bunun sonucunda üye devletler ya da özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan ticari uyuşmazlıklar ise, ancak bireysel mücadelelerle ve dava yoluyla çözümlenebilecektir¹¹²². Bu da 227 adet teknik düzenlemeden yalnızca birisi nedeniyle bile onlarca dava açılacağı ve bu davaların Adalet Divanı'nın önüne getirilebileceği anlamına gelir. Neyse ki, 98/34 Sayılı Yönerge sayesinde, uygulamada çıkabilecek bu tür uyuşmazlıkların önüne geçildiği görülmektedir.

Özellikle *CIA* Kararında kabul edilen yaklaşımın yansımaları, Hollanda ötesine de genişletilmiştir. 1955 yılında bildirim yapan üye devletlerin çoğunluğunu Almanya, Fransa, Hollanda ve Birleşik Krallık oluştururken, 2000 yılı ile İrlanda ve Lüksemburg da dahil olmak üzere tüm üye devletlerin düzenli olarak taslak metinleri bildirmeye

¹¹²¹ C-226/97 Johannes Martinus Lemmens (1998) ECR I-3711, para.35.

¹¹²² BARNARD, s.115-116.

başladığı görülmektedir¹¹²³. Tespit edilebildiği kadarıyla üye devletler tarafından yapılan bildirimlerin sayısı, genel olarak artarak 1984 te 29 iken; 1995 te 439, 2000 de 751 ve nihayetinde 2009 ve 2010 da¹¹²⁴ 1525 sayısına ulaşmıştır¹¹²⁵. Komisyon, bu artışı, büyük ölçüde, Yönergeyi titiz bir şekilde uygulamak için üye devletleri harekete geçiren *CIA* Davasına atfetmektedir¹¹²⁶.

Komisyon ve Adalet Divanı, *Cassis de Dijon* Davasında olduğu gibi AB hukukunun etkin uygulandığından emin olmak için eski müttefikler olarak birlikte çalışmışlar ve böylece, devam eden AB uyumlaştırma çalışmalarından ödün vermemeyi hedeflemişlerdir¹¹²⁷. Adalet Divanı, karar verirken Komisyon'un 1986 Mesajı'ndan yola çıkmış ve Komisyon da, Divan yargılamasını proaktif bir şekilde takip etmiştir¹¹²⁸. Bugün gelinen noktada ise Komisyon, alınan her bir "ulusal bildirimler listesinin" en altında Divan yargılamasını referans göstermektedir.

B. Teknik düzenlemeler ve Bilgi Toplumu Hizmetlerine İlişkin Kurallar Hakkında Bilgi Verme Usulü (Kodifikasyon) Hakkında 9 Eylül 2015 Tarih ve 2015/1535 Sayılı Yönerge

Teknik standartlar ve düzenlemeler ile bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin kurallar alanında bilgi sağlanması için bir prosedür düzenleyen Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 22 Haziran 1998 tarihli 98/34 sayılı Yönergesi¹¹²⁹, 20 Temmuz 1998 tarihli

¹¹²³ Avusturya, Finlandiya ve İsveç'in katılımı ile düzenlemede yapılan bazı değişiklikler ile uygulama alanı daha da genişlemiştir.

¹¹²⁴ İstatistiklerde gösterilen son yıl; COM (2011) 853.

¹¹²⁵ Söz konusu rakamlar, COM (2000) 429 dan; 1999 için Tablo VII'den ve 2000 yılı için [OJ (2001) C 207/5]'den alınmıştır.

¹¹²⁶ COM (2000) 429, 22.

¹¹²⁷ COM (2011) 853. Komisyon, bu bildirimlerden 105 i hakkında ayrıntılı görüş açıklamış ve üye devletler de 130 ayrıntılı görüş yayımlamıştır. Ayrıca Komisyon, 11 davada, söz konusu bildirilen düzenlemelerin alınma tarihlerinden itibaren bir yıl süre ile ertelenmesi için üye devletlere çağrı yapmış, böylece ilgili alanda devam eden AB uyum çalışmalarından ödün verilmemesi hedeflenmiştir.

¹¹²⁸ Karar incelemesi için bkz. BARNARD, s.116.

¹¹²⁹ OJ L 204, 21.07.1998.

98/48 sayılı Yönergesi ile değiştirilmiş,¹¹³⁰ 9 Eylül 2015 tarihli ve 2015/1535 sayılı Yönerge'nin¹¹³¹ 10 uncu maddesi ile de yürürlükten kaldırılmıştır.

Yönerge, Üye Devletlerin herhangi bir teknik düzenlemeyi ulusal mevzuatlarında kabul etmeden önce, söz konusu taslak “teknik düzenlemeyi” bildirmelerini şart koşmakta ve böylece, üye devletler arasındaki karşılıklı tanımının daha iyi işletilmesine katkıda bulunmaktadır. Bu durum, Komisyon ve Üye Devletlerin, anılan teknik kuralın AB hukukuyla uyumlu olduğunu doğrulamasını sağlayarak, “teknik düzenlemeler” biçimindeki yeni ticaret engellerini önlemeye yardımcı olur. Bu Yönerge'nin ise farklı ve tamamlayıcı bir amacı bulunmaktadır: Yönerge, Üye Devlet düzenlemesi yürürlüğe girdikten sonra, düzenlemenin, karşılıklı tanıma ilkesine saygı gösterir şekilde ve doğru bir biçimde uygulandığından emin olmak için düzeltici önlemler getirmektedir.

Yönergenin gerekçesi incelendiğinde, iç pazarın sorunsuz işleyişini teşvik etmek için, teknik düzenlemelerin oluşturulmasına yönelik ulusal girişimler konusunda mümkün olduğunca fazla şeffaflık sağlanması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. Nitekim iç pazarın amacı, teşebbüslerin rekabetçiliğine elverişli bir ortam yaratmaktır. Artan bilgi temini, teşebbüslerin bu pazarda var olan avantajlardan daha fazlasını yapmalarına yardımcı olmanın bir yoludur. Bu nedenle, ekonomik aktörlerin, diğer Üye Devletler tarafından önerilen ulusal teknik düzenlemelerin etkilerini değerlendirmelerini ve bildirilen taslakların başlıklarının düzenli olarak yayınlanmasını sağlamak gereklidir.

Yönergenin 2 nci maddesinde, Üye Devletlerin yardımına başvurabileceği uzmanlardan oluşan bir Daimi Komite oluşturulması ve Komisyon'dan bir temsilcinin bu Komiteye başkanlık etmesi düzenlenmiştir. Komitenin çalışma usul ve esasları, 3 üncü maddede yer almaktadır. Komisyon, bu Yönergede belirtilen prosedürlerin uygulanması ile ilgili rapor ve mevcut veya öngörülebilir engellerin ortadan kaldırılmasını amaçlayan teklifleri Komiteye sunacaktır. Komite ise görüşlerini Komisyon'a bildirerek ya uygun önlemleri alması ya da uyumlaştırmanın gerekli

¹¹³⁰ OJ L 217, 05.08.1998.

¹¹³¹ OJ L 241, 17.09.2015.

görüldüğü alanlardan biri söz konusu ise bu alandaki uyumlaştırmayı yapması konusunda Komisyon'a öneride bulunur (m.3/f.3).

Bir taslak düzenleme, üye devletler tarafından Komisyon'a bildirildikten sonra, Komisyon'un diğer üye devletler ve komiteyle istişare edebilmesi için 3 aylık askı süresi başlar ve taslak düzenleme bu süreç içinde yürürlüğe konamaz (m.6/f.1). Ancak Üye Devlet, kamu sağlığı ve güvenliğinin korunması, hayvan veya bitkilerin korunması ve hizmetlere ilişkin kurallar ve özellikle küçüklerin korunması gibi kamu politikası ile ilgili ciddi ve öngörülemeyen durumların neden olduğu acil nedenlerden dolayı herhangi bir istişarenin mümkün olmadığı durumlarda, bu süreci işletmeden derhal yürürlüğe konulmak üzere teknik düzenlemeler hazırlamakla ve ayrıca, güvenlik sisteminin korunması ve finansal sistemin bütünlüğü başta olmak üzere, özellikle yatırımcıların ve sigortalıların korunmasıyla ilgili ciddi koşulların neden olduğu acil durumlar söz konusu olduğunda da mali hizmetler hakkındaki kuralları derhal uygulamakla yükümlüdür (m.6/f.7).

Komisyon'un, bu Yönergenin etkililiğinin denetimini sağlamak amacıyla, her iki yılda bir, bu Yönergenin uygulanmasının sonuçları hakkında Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine rapor vereceği düzenleme altına alınmıştır (m.8). Böylece, Yönergede öngörülen usul ve esasların uygulamada ne kadar işlerlik kazandığı ve Yönergenin hedefine ulaşmada yeterli olup olmadığı takip edilerek Birlik Hukukunda daha etkili bir denetim mekanizması kurulduğu söylenebilir. Bu durum ise, Avrupa Birliği Hukukunda malların serbest dolaşımına verilen önemi ve karşılıklı tanıma ilkesinin uygulamadaki önemini açıkça gözler önüne sermektedir.

C. 764/2008 Sayılı Karşılıklı Tanıma Tüzüğü

Yukarıda bahsedilen 98/34 Sayılı Yönerge ile getirilen bildirim yükümlülüğü sayesinde, eş etkili önlemler sebebiyle görülen uyuşmazlıkların sayısı önemli ölçüde

azaltılmışsa da, Avrupa Birliği içindeki malların serbest dolaşımına ilişkin teknik engeller devam etmektedir¹¹³².

Adalet Divanı tarafından karşılıklı tanıma ilkesinin benimsenmesi ile birlikte gönderilen kuvvetli mesajın önemini farkederek Komisyon¹¹³³, Şubat 2007 de, *Cassis* ilkelerinin uygulamasını yeniden başlatmak için ortak pazarda uygulanmak üzere derhal bir paket program¹¹³⁴ başlatmıştır. Paket programın en önemli bölümü¹¹³⁵ ise, yasal olarak başka bir Üye Devlet'te pazarlanan ürünlere bazı ulusal teknik kuralların uygulanmasına ilişkin prosedürleri belirleyen 764/2008 sayılı Tüzüktür¹¹³⁶ ve bu nedenle "Karşılıklı Tanıma Tüzüğü" olarak da bilinmektedir.

Söz konusu tüzüğün iki unsuru bulunmaktadır. İlki; bir ürünü yasaklamak isteyen ya da üründe değişiklik öngören ulusal otoritelerce izlenecek bir prosedür oluşturmaktır. Bu otoriteler, öncelikle neden böyle bir girişimde bulduklarını ve yeterli teknik ve bilimsel kanıt sağlanmasına ihtiyaç duyulduğunu ekonomik birimlere yazılı olarak bildirmelidirler. Bu kuralın etkisi, ispat yükünün, tacirden ziyade malların piyasa erişimini reddeden veya kabul eden ev sahibi devletin üzerinde olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. İkinci unsur ise; her üye devlette, ürünlerin teknik özellikleriyle ilgili bilgiler sunan ürün temas noktalarının kurulmasıdır. Kolay erişilebilir bilgilerin sağlanması, Birlik hukukunda giderek artan bir yaklaşım haline gelmiştir¹¹³⁷.

¹¹³² BARNARD, s.116.

¹¹³³ Karen J. ALTER ve S. Meunier-AITSAHALIA, "**Judicial Politics in The European Community: European İntegration and The Pathbreaking Cassis De Dijon Decision**" *Comparative Political Studies*, Vol. 26, 1994, s.535. René BARENTS, "**New Developments in Asures Having Equivalent Effects**" *C.M.L.R.* Vol. 18, 1981, s.271: "The Cassis de Dijon judgment, while constituting a continuation of the Court's policy outlined in the Dassonville case, is not quite so revolutionary as the Commission wishes to believe".

¹¹³⁴ COM (2007) 35, 36, 2.

¹¹³⁵ Paketten elde edilen diğer üç tedbir ise şöyledir: Akreditasyona ilişkin gereklilikler ile ürün pazarlamada piyasa gözetimine ilişkin gereklilikleri belirleyen ve aynı zamanda "RAMS" Tüzüğü olarak da bilinen düzenleme olan 765/2008 sayılı Tüzüktür [OJ (2008) L 218/30].

¹¹³⁶ 09.07.2008 tarih ve 764/2008/EC sayılı Parlamento ve Konsey Tüzüğü [OJ (2008) L 218/21].

¹¹³⁷ BARNARD, s.96.

D. Bir Üye Devlette Yasal Olarak Pazarlanan Malların Diğer Üye Devletlerde de Karşılıklı Tanınması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi İçin Hazırlanan 19.12.2017 Tarih ve 2017/0354 Sayılı Tüzük Teklifi

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği, günümüz itibariyle dünya ticaretine konu malların yaklaşık altıda birini oluşturmaktadır. Bu nedenle, daha derin ve adil bir tek pazar elde etmek, Avrupa Komisyonu'nun politik öncelikleri arasında yer almaktadır¹¹³⁸ ve bu kapsamda daha çok iş ve fırsat yaratmak için Tek Pazar Stratejisinin daha etkili uygulanmasının sağlanması, 28 Ekim 2015'te kabul edilen 2017 yılı Komisyon Çalışma Programı'nın ana hedeflerinden biri haline getirilmiştir¹¹³⁹. Bu hedefin gerçekleştirilmesi ise, Birlik çapında uyumlaştırma yapılmamış alanlarda uygulanması gündeme gelen Karşılıklı Tanıma İlkesinin, her somut uyuşmazlıkta yani her zaman uygulanmasının sağlanmasına bağlı görülmektedir¹¹⁴⁰.

Karşılıklı tanıma ilkesine göre, Üye Devletler, malların farklı teknik kurallara uygun olarak üretildiği veya üretildiği yerlerde bile, başka bir Üye Devlette yasal olarak pazarlanan malların satışını yasaklayamaz. Ancak bu prensip mutlak değildir. Üye Devletler, bu tür kısıtlamaların Antlaşma'nın 36. Maddesinde belirtilen sebepler ya da kamu yararına olan diğer önemli nedenler temelinde gerekçelendirdiği ve her iki durumda da kısıtlamanın Birlik amaçlarıyla orantılı olduğu durumlarda, başka bir yerde yasal olarak pazarlanan malların kendi ülkesinde pazarlanmasına karşı çıkabilmektedir. Antlaşmanın 36 ncı maddesinin yanı sıra, hukuka uygunluk nedeni olarak içtihatlarda geliştirilen "kamu menfaatinin öncelikli gereklilikleri" kavramı, diğer şeylerin yanı sıra, mali denetimin etkinliğini, ticari işlemlerin adaletini, tüketicilerin korunmasını, çevrenin

¹¹³⁸ Jean-Claude JUNCKER, "A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change", Political Guidelines for the next European Commission, Opening Statement in the European Parliament Plenary Session, http://ec.europa.eu/about/juncker-commission/priorities/index_en.htm (20 Nisan 2018).

¹¹³⁹ COM(2016) 710 final: http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm (20 Nisan 2018).

¹¹⁴⁰ Avrupa Komisyonu'nun Teklif metnine ilişkin açıklaması için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0796:FIN> (20 Nisan 2018).

korunmasını, basın çeşitliliğinin sürdürülmesini ve sosyal güvenlik sisteminin mali dengesini ciddi biçimde bozma riskini beraberinde getirmektedir. Meşru farklılıkların bir Üye Devlettten diğerine vardığı bu türden aşırı nedenler, yetkili makamlar tarafından ulusal kuralların uygulanmasını haklı kılabilir. Ancak, bu tür kararların usulüne uygun olarak gerekçelendirilmesi gerekir ve orantılılık ilkesine her zaman saygı gösterilmelidir. Ayrıca, başka bir Üye Devlette yasal olarak pazarlanan mallara ilişkin piyasa erişimini kısıtlayan veya reddeden idari kararlar, Üye Devlet tarafından ulaşılmak istenen meşru kamu hedefine başka bir yoldan ulaşmanın mümkün olmaması halinde mazur görülebilmektedir¹¹⁴¹.

Karşılıklı tanımanın etkili olması için, ilkenin uygulanması, tüm ulusal otoriteler tarafından eşit olarak uygulanacak ortak çözümlere dayandırılmalıdır. Sadece bu tür ortak prosedürler, ulusal makamların prensibi aynı şekilde uygulayacağını garanti edebilir, böylece tacirlerin, ürünlerini pazarlamaya çalıştıkları ülkeye bakılmaksızın eşit muameleden yararlanmaları sağlanır¹¹⁴².

764/2008 Sayılı Karşılıklı Tanıma Tüzüğü ile karşılıklı tanıma ilkesinin her zaman işletilmesi hedeflenmiş, ancak uygulamadaki belirsizlik ve ulusal makamlar arasındaki idari işbirliği eksikliği, bu ilkenin işletilmesine yönelik eksikliğin giderilmesine engel oluşturmuştur. Karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, bir başka Üye Devlette halihazırda yasal olarak pazarlanan malların serbest dolaşımına yasadışı engeller yaratma olasılığını en aza indirecek usuller tesis edilerek kabul edilmiştir. Bu Tüzüğün kabul edilmesine rağmen, karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanması ile ilgili birçok sorun bulunmaktadır. 2014 ve 2016 arasında yapılan değerlendirme, ilkenin gerektiği gibi işlemediğini ve 764/2008 sayılı Tüzüğün uygulanmasını kolaylaştırmakta sınırlı bir etkiye sahip olduğunu göstermiştir. 764/2008 sayılı Tüzük tarafından yürürlüğe konan araçlar ve usul garantileri, karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanmasını iyileştirme amacıyla başarısız olmuştur¹¹⁴³. Bunun üzerine

¹¹⁴¹ COM / 2017/0796 final - 2017/0354 (COD), para.3, 4.

¹¹⁴² Avrupa Komisyonu Teklif metnine ilişkin açıklaması için bkz. "Subsidiarity (for non-exclusive competence)" başlığı: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0796:FIN> (20 Nisan 2018).

¹¹⁴³ COM / 2017/0796 final - 2017/0354 (COD), para.5.

Avrupa Rekabet Konseyi aldığı bir kararla, Tek Pazar Politikası kapsamında işletmeler ve tüketiciler için çerçeve koşulların iyileştirilmesi yönünde çalışma yapmak üzere 2013 yılı Aralık ayında Komisyonu göreve davet etmiş¹¹⁴⁴ ve Komisyon, tek pazarın sağlanması için ekonomik açıdan uygulanması en avantajlı yol olan karşılıklı tanıma ilkesinin işleyişindeki aksaklıklar ve sorunlu sektörler ile pazar piyasası hakkında bir değerlendirme hazırlamıştır¹¹⁴⁵. Bu değerlendirme neticesinde, karşılıklı tanımının gerektiği gibi işlemediği ve Tüzüğün öngörülen hedefleri gerçekleştirilmede etkisinin sınırlı kaldığı, yasal kesinliğin ve idari işbirliğinin sağlanamadığı tespit edilmiştir. İlkenin daha etkili uygulanmasının sağlanabilmesi için bu değerlendirmenin sonuçlarını karşılar bir düzenleme getirilmesine ihtiyaç görülmüş ve Komisyon, 19 Aralık 2017 tarihinde 2017/0354 sayılı Düzenleme Teklifini oluşturmuştur.

Tüzüğün gerekçesi incelendiğinde, karşılıklı tanıma ilkesi hakkında farkındalık yaratmayı ve bu Tüzüğün doğru ve tutarlı bir şekilde uygulanmasını sağlamayı önemsendiği görülmektedir. Bu amaçla Birliğin, yetkili makamlar ve işletmeciler arasında güven ve işbirliğini geliştirmeyi amaçlayan bilinçlendirme kampanyaları ve diğer ilgili faaliyetleri, ayrıca karşılıklı tanıma ilkesinin işleyişi ve tek pazar üzerindeki etkisiyle ilgili verilerin eksikliğini gidermek için, bu tür verilerin toplanmasını finanse etmesi gerektiği özellikle belirtilmiştir¹¹⁴⁶.

Bu Tüzük Teklifi, bir başka Üye Devlette yasal olarak pazarlanan mallara serbest dolaşımın sağlanması ve serbest dolaşımın ancak Üye Devletlerin bunu yapmak için meşru kamu yararına sahip olduğu ve kısıtlamanın orantılı olduğu durumlarda kısıtlanabilmesi için açık prosedürler oluşturması gerektiğini öngörmektedir. Uyumlaştırılmamış alanlarda Üye Devletlerin düzenleyici özerkliğine zarar vermemekle birlikte, genel olarak, bir başka Üye Devlette yasal olarak pazarlanan malların serbest dolaşımının karşılıklı tanıma ilkesine tam olarak saygı gösterilmesini sağlamak için

¹¹⁴⁴ Tek Pazar Politikası, Rekabet Gücü Konseyi toplantısı ile ilgili sonuçlar için bkz. Brüksel 2 ve 3 Aralık 2013: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/139846.pdf

¹¹⁴⁵ Avrupa Komisyonu 2015 yılı Değerlendirme Çalışması için bkz. "Evaluation of the application of the principle of mutual recognition in the field of goods," ENTR/172/PP/2012/FC – LOT 4 Nisan 2014 ve Mayıs 2015: http://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/free-movement-sectors/mutual-recognition/index_en.htm.

¹¹⁴⁶ COM / 2017/0796 final - 2017/0354 (COD), para. 43, 44.

kurallar ve prosedürler oluşturmayı amaçlamakta, daha özelde ise şu hedefleri içermektedir:

Birinci hedef, karşılıklı tanınırlığın kapsamını açıklığa kavuşturmak, karşılıklı tanıma ilkesinin ne zaman uygulanabilir olduğunu açıkça tanımlayarak işletmeler ve ulusal otoriteler için ilkenin yasal kesinliğini artırmak ve böylece belirlilik sağlamaktır.

İkincisi, zaten yasal olarak pazarlanan bir ürünün tanıtımını kolaylaştırmak için yeterlilik beyanında bulunma zorunluluğunun getirilmesi ve ürünün piyasa erişimini reddeden veya kısıtlayan ulusal düzenlemelerle başa çıkmak için bir problem çözme sisteminin uygulanmasıdır. Böylece, karşılıklı tanıma ilkesinin yasal anlamda uygulamada kesinlik kazanacağı ve karşılıklı tanıma ilkesi uygulandığında veya ilkeyi uygulamaları gerektiğinde hem ticari işletmelerin hem de ulusal kamu otoritelerinin bu ilkedeki ne bekleyebileceklerini bilebilir hale geleceği düşünülmektedir.

Son olarak, bu düzenleme ile ulusal makamlar arasında idari işbirliğini kurmak ve güveni artırarak karşılıklı tanıma ilkesinin işlevini kolaylaştırmak hedeflenmektedir.

Tüzük metninde, mal kavramının tarım ürünlerini de kapsamına aldığı ve balık ürünlerinin de tarım ürünlerinin içinde yer aldığı, üretici kavramının ise sadece mal üreticisini değil, aynı zamanda bir üretim süreci ile elde edilemeyen tarım ürünleri gibi malların üreticisi olarak kendini gösteren kişiyi de içerdiği açıklığa kavuşturulmuştur¹¹⁴⁷.

Söz konusu düzenlemenin karşılıklı tanıma ilkesinin etkin olarak uygulanmasını sağlayacak ilgili maddelerine kısaca göz atıldığında, birinci maddenin; bir Üye Devlette yasal olarak pazarlanan malların serbest dolaşım hakkının sağlanması için kurallar ve prosedürler oluşturan Tüzüğün konusunu belirlediği, dördüncü maddenin; bir ürünün bir başka Üye Devlette yasal olarak piyasaya sürüldüğünü göstermek ve bu ispatı kolaylaştırmak amacıyla, ekonomik aktörler tarafından gönüllü olarak kullanılmak üzere bir karşılıklı tanıma beyanı getirdiği, bu bildirim için karşılanması gereken koşulları ve bildirimün çevrimiçi yapılabilir olduğunu açıkladığı, beşinci maddenin ise;

¹¹⁴⁷ COM / 2017/0796 final - 2017/0354 (COD), para.11, 12.

bir başka Üye Devlette yasal olarak pazarlanan malların karşılıklı tanıma ilkesine dayanarak kendi bölgelerinde pazarlanıp pazarlanamayacağını değerlendirirken Üye Devletlerin yetkili makamları tarafından izlenecek prosedürü belirlediği, dokuzuncu maddenin; Ürün Temas Noktalarının görevlerini belirlediği, onuncu maddenin; yetkili makamlar arasında idari işbirliği çerçevesini belirlediği görülmektedir. Onaltıncı maddede ise; bu düzenleme ile birlikte 764/2008 sayılı Tüzüğün yürürlükten kaldırılacağı ve onyedinci maddeye göre bu düzenlemenin, yetkili makamlara ve işletmecilere, belirlenen şartlara uyum sağlamak için yeterli zaman tanımak amacıyla¹¹⁴⁸ 1 Ocak 2020'den itibaren uygulanacağı, ayrıca bütünüyle bağlayıcı olacağı ve tüm Üye Devletlerde doğrudan uygulanacağı düzenlenmektedir.

2. Karşılıklı Tanıma Beyannamesi: Madde 4

Tüzük Teklif metninin 17 ve devamındaki paragraflarında yer alan açıklamalara göre; 4 üncü madde ile getirilmesi öngörülen karşılıklı tanıma beyannamesi, gelecekte herhangi bir noktada mallar hakkında doğru ve eksiksiz bilgi vermeye devam etmelidir. Bu nedenle beyan, değişiklikleri gerektiği gibi yansıtmak için, ilgili teknik kurallardaki değişiklikler gibi güncel tutulmalıdır. Karşılıklı tanıma beyanında yer alan bilgilerin kapsamlı olduğundan emin olmak için, bu tür beyanlarda bulunmak isteyen ekonomik aktörler tarafından kullanılmak üzere beyannamelerin uyumlu bir yapısı oluşturulmalıdır. Karşılıklı tanıma beyanının doğru bir şekilde doldurulmasını sağlamak önemlidir. Bu nedenle, ekonomik operatörlerin beyannamede yer alan bilgilerden sorumlu olmalarını sağlamak gereklidir. Uyumlaştırılmamış alanda faaliyet gösteren işletmelerin verimliliğini ve rekabet gücünü arttırmak için, karşılıklı tanıma beyanının sağlanmasını kolaylaştırmak amacıyla yeni bilgi teknolojilerinden yararlanılması mümkün olmalıdır. Bu nedenle, ekonomi aktörleri, beyanlarını çevrimiçi ortamda sunabilmelidir.

Tüzüğün, beyanname sunma yükümlülüğünü daha ayrıntılı düzenleyen dördüncü maddesi, bir üreticinin, ticaret yapılacak hedef Üye Devletin yetkili makamlarına, ticarete konu malların başka bir Üye Devlette yasal olarak pazarlandığını ve karşılıklı

¹¹⁴⁸ COM / 2017/0796 final - 2017/0354 (COD), para. 47.

tanıma ilkesine uygun olduğunu göstermek için bir beyanname (deklarasyon) hazırlayabileceğini belirtmektedir. Üretici, kendi adına bu beyannameyi hazırlamak için yetkili bir temsilcisini de görevlendirebilir. Karşılıklı tanıma beyanında yer alan malların pazarlanmasına ilişkin spesifik bilgiler ise herhangi bir ekonomik aktör tarafından doldurulabilir. Üreticiler, bu beyanda yer alan bilgilerin içeriğinden ve doğruluğundan kendileri sorumludur (m.4/f.1, 3).

Karşılıklı tanıma beyanamesi, malların gönderileceği Üye Devletin yetkili makamına, kağıt formunda ya da elektronik yolla sunulabilir (m.4/f.5). Aşağıdaki koşulları sağlaması durumunda, beyannamenin bir web sitesi üzerinden de yapılabileceği kabul edilmektedir:

- (a) Beyannamenin uygulandığı mal türü veya serisi, web sitesinde kolayca tanımlanabilir olmalı,
- (b) Web sitesinin bildirim kullanılabirliğini ve erişimini sağlamak için izlenmesi mümkün olmalı,
- (c) Web sitesinde nasıl gezinileceğine ve bildirime nasıl erişileceğine dair talimatlar yer almalıdır (m.4/f.6).

Anılan koşullara uygun olarak bir karşılıklı tanıma bildirimi yapılması halinde, bu beyan, beyannamede yer alan bilgileri doğrulamak için gerekli olan herhangi bir kanıtla birlikte sunulduğunda, malların başka bir Üye Devlette yasal olarak pazarlandığını göstermek için yetkili makam tarafından yeterli kabul edilir ve yetkili makam, bu konuda herhangi başka bilgi veya belge talep edemeyecektir (m.4/f.7). Ancak bu maddenin gereklerine uygun olarak bir karşılıklı tanıma bildirimi yapılamıyorsa, malların ulaşacağı ülkenin yetkili makamları, malların başka bir Üye Devlette yasal olarak pazarlandığına ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için:

- (a) Söz konusu malların veya malların özelliklerine ilişkin herhangi bir bilgi;
- (b) Başka bir Üye Devlette malların yasal pazarlaması ile ilgili her türlü bilgi;
- (c) Yetkili makamın, değerlendirmesinin amaçları için yararlı gördüğü diğer her türlü bilgi talep edebilir (m.4/f.8).

3. Karşılıklı Tanıma İlkesinin Uygulanması İçin Malların Değerlendirilmesi: Madde 5

Bir Üye Devletin yetkili otoritesinin, tacirin pazarlanmasını talep ettiği ürünleri başka bir Üye Devlette yasal olarak pazarlamış olduğuna dair şüpheleri varsa, yetkili makam gecikmeksizin ilgili tacir ile temasa geçecek ve malların değerlendirmesini gerçekleştirecektir (m.5/f.1). Bu değerlendirme, uygunluk değerlendirme kuruluşu tarafından verilen ve değerlendirmenin bir parçası olarak tacirler tarafından sağlanan test raporları ve sertifikaları dikkate alınarak yapılır (m.5/f.2). Değerlendirmenin tamamlanmasının ardından, değerlendirmeyi yapan Üye Devlet tarafından idari bir karar alınır, bu karar, ilgili tacire 20 iş günü içinde bildirilir. Komisyona ve diğer Üye Devletlere yapılan bildirimler ise madde 11'de belirtilen sistem aracılığıyla yapılacaktır (m.5/f.3). Bu idari karar alınırken, kararın dayandığı ulusal teknik kural, kararın meşrulaştırıldığı meşru kamu yararı zemini, ulusal teknik kuralın kabul edilmesinden sonra meydana gelen herhangi bir teknik veya bilimsel gelişme de dahil olmak üzere, dikkate alınan teknik veya bilimsel kanıtlar, ilgili tacir tarafından ileri sürülen argümanların bir özeti; kararın, takip edilen hedefe ulaşmak amacıyla uygun olduğunu gösteren ve bu hedefe ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmediğini gösteren kanıtlar da açıklanmalıdır (m.5/f.5). Söz konusu idari karar, ilgili tacire bildirilmeden yürürlüğe konulamaz (m.5/f.7).

E. 4703 Sayılı Kanun Çerçevesinde Oluşturulan "Teknik Mevzuatın ve Standartların Türkiye ile AB Arasında Bildirimine Dair Yönetmelik" ve "Düzenlenmemiş Alanda Karşılıklı Tanıma Yönetmeliği" Kapsamında Düzenlenen Bildirim Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği'nin bir alana ilişkin hiç düzenleme yapmamış olması durumunda ortak mevzuatın varlığından söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda, üye devletlerin üyelik aşamasında Avrupa Birliği'ne devrettiği ortak alanlara ilişkin mevzuat çıkarma yetkisi yeniden canlanmakta ve üye devletler bu alanda kendi ulusal düzenlemelerini yapabilmektedir. Bir başka ifadeyle, üye devletler, bağlayıcı herhangi bir AB

mevzuatının bulunmadığı konularla ilgili kendi ulusal mevzuatlarını düzenleyebilmektedir. İşte düzenleme yapılabilen ve Birlik tarafından henüz uyumlaştırılmamış bu alan, düzenlenmemiş alan olarak ifade edilmektedir¹¹⁴⁹.

Bununla birlikte, üye devletlerin düzenleme yetkisinin yeniden canlanabilmesi, bir ürün hakkında hiçbir AB mevzuatı olmadığında gündeme gelebileceği gibi, hakkında AB mevzuatı bulunan bir ürüne dair ortak düzenleme kapsamına alınmamış yani uyumlaştırma yapılmamış bir hususta da kendini gösterebilir. Ayrıca, bir ürün için yürürlükte bulunan herhangi bir uygulama, dolaylı olarak başka bir ürün için de belirli yasal düzenlemeler ortaya koyabilir. Dolayısıyla düzenlenmemiş alan kapsamında olup da herhangi bir yasal düzenlemeye dahil olmayan ürünlerin, yürürlükte bulunan diğer yasal düzenlemelerden ne ölçüde etkilendiği önem kazanmaktadır.

Üye devletlerin, düzenlenmemiş alana dair hususlarda ABİA'nın 34 – 36 ncı maddelerini nasıl uygulayacaklarına dair boşluk, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın karar ve içtihatları ile doldurulmuştur. Bu kapsamda 1979 yılında "*Cassis de Dijon*" Davasında ABAD tarafından alınan karar gereği, hiçbir AB üyesi devlet, bir diğer üye devlette yasal olarak üretilmiş ve/veya (AB dışında üçüncü ülkelerden gelmiş olsa bile) usulüne uygun olarak piyasaya arz edilmiş ürünlerin, malların serbest dolaşımı ilkesi uyarınca kendi pazarına girişini engellemeyecektir. Üye devletler, düzenlenmemiş alanda mevzuat geliştirebilmekte, ancak bu mevzuatın gereklerini, ilgili Anlaşmada belirtilen kamu sağlığı ve güvenliği gibi istisnai durumlar haricinde, diğer üye devletlerden talep edememektedir. Ayrıca, bir önceki başlıkta ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, 98/34 sayılı Yönerge çerçevesinde, söz konusu alanda geliştirecekleri mevzuatı Avrupa Komisyonu aracılığıyla birbirlerinin ön görüşüne sunma zorunlulukları da bulunmaktadır¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁹http://www.ekonomi.gov.tr/portal/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/content/htmlViewer.jspx?contentId=UCM%23dDocName%3AEK-11420&parentPage=&_afrLoop=992628289848313&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=null#!%40%40%3F_afrWindowId%3null%26_afrLoop%3D992628289848313%26contentId%3DUCM%2523dDocName%253AEK211420%26parentPage%3D%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D6gpgdardf_311 (11 Mart 2017).

¹¹⁵⁰

<http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/%c3%9cr%c3%>

2002 yılından bu yana öngörülen bu bildirim yükümlülüğü, 2/97 sayılı Türkiye-AB Ortaklık Konseyi Kararı'nda yer alan uyarlamaya uygun yapısı içinde Türkiye bakımından da işletilmektedir. Düzenleme taslakları, Avrupa Komisyonu tarafından Türkiye'ye iletilmekte ve anılan taslaklar bu konudaki merkezi birim olan Ekonomi Bakanlığı Ürün Güvenliği ve Denetimi Genel Müdürlüğü tarafından ilgili kamu kuruluşlarına iletilmektedir¹¹⁵¹. Bununla birlikte, Türkiye'nin düzenlenmemiş alandaki mevzuat taslaklarının da Avrupa Komisyonu aracılığıyla üye devletlere bildirilmesi gerekmekte olup, bu konudaki detaylar, 4703 sayılı "Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun"un 14 üncü maddesi uyarınca hazırlanan uygulama yönetmeliklerinden 3 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olan "Teknik Mevzuatın ve Standartların Türkiye ile AB Arasında Bildirimine Dair Yönetmelik"¹¹⁵² kapsamında belirlenmiştir.

2. Teknik Mevzuatın ve Standartların Türkiye ile AB Arasında Bildirimine Dair Yönetmelik ve Bildirim Sistemi

Bu yönetmelik, hukuki dayanak olarak, AB'nin standartlar ve teknik düzenlemeler hakkında bilgi temini yöntemine dair 23 Mart 1983 tarih ve 83/189 sayılı Konsey Yönergesi¹¹⁵³ ve tadilatlarını iptal ederek yerine geçen standartlar ve teknik düzenlemeler hakkında bilgi temini yöntemine dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 22 Haziran 1998 tarih ve 98/34 sayılı Yönergesi ile standartlara ilişkin hükümlerin uyumlaştırılması dışında tutulması hakkındaki uyum koşulu hariç olmak üzere, Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki 2/97 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın II

bcn%20G%c3%bcvenli%c4%9fi/03.Teknik%20Mevzuat%20Uyumu/D%c3%bczenlememi%c5%9f%20Alan%20Hakk%c4%b1nda%20Genel%20Bilgi.pdf?lve (12 Mart 2017)

¹¹⁵¹ 2/97 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nda yer alan uyarlamada, Türkiye'nin bahse konu bildirim mekanizmasına Avrupa Ekonomik Alanı'na taraf EFTA ülkeleri gibi basitleştirilmiş sistemde üye olması öngörülmektedir. Basitleştirilmiş sistem, tarafların birbirlerinin mevzuat taslaklarına "yorum" yapabilmesi, ancak "detaylı görüş" iletememesi anlamına gelmekte ve taslağı yayımlamadan önce geçmesi gereken zorunlu bekleme süresinin farklılığını işaret etmektedir (AB üyesi ülkelerin bekleme süresi 18 aya kadar uzayabilmekte iken, Türkiye için bu süre 3 aya sabitlenmiştir).

¹¹⁵² Metin için bkz. www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/04/20020403.htm#4 (12 Mart 2017).

¹¹⁵³ 28.03.1983 tarih ve 83/189/EEC sayılı Konsey Direktifi [Topluluk Resmi Gazetesi, OJ COM (1992) No C 340/10].

sayılı ekinin XIX uncu bölümünde yer alan 83/189 sayılı Yönergeye dair Türkiye için hazırlanmış uyum koşulları dikkate alınarak hazırlanmıştır (Yönetmelik, m.16).

Teknik Mevzuatın ve Standartların Türkiye ile AB Arasında Bildirimine Dair Yönetmelik'te, teknik mevzuatın ve standartların Avrupa Birliğine bildirimine ilişkin usul ve esaslar ile teknik mevzuat hakkında Avrupa Birliği'nden Türkiye'ye intikal eden bildirimlerin yetkili kuruluşlara iletilmesine dair usul ve esaslar belirtilmektedir.

Buna göre, kamu kuruluşlarının, söz konusu Yönetmelik gereğince bildirimini öngörülen herhangi bir mevzuat taslağı hazırlamaları halinde; söz konusu mevzuatı henüz taslak aşamasındayken ilgili bilgi ve belgelerle birlikte Ekonomi Bakanlığı Ürün Güvenliği ve Denetimi Genel Müdürlüğü aracılığıyla Avrupa Komisyonu'na bildirmeleri gerekmektedir¹¹⁵⁴. Söz konusu bildirim, Komisyon tarafından tüm AB üyesi ülkelerin merkezi birimleri aracılığıyla, üye devletlerdeki ilgili kamu kuruluşlarına, istisnai durumlar hariç olmak üzere, elektronik ortamda intikal ettirilir.

Bildirimi gerçekleştirilen mevzuat için 3 aylık bir bekleme süresi söz konusu olduğundan, anılan taslağın Resmi Gazete'de yayımlanması, bildirim Komisyona intikal ettiği tarihten itibaren en az 3 ay sonra gerçekleşmektedir. Bu süre zarfında, söz konusu taslak hakkında üye devletlerin ve/veya Komisyonun muhtemel yorumları, Ekonomi Bakanlığı Ürün Güvenliği ve Denetimi Genel Müdürlüğü aracılığıyla ilgili kamu kuruluşunun resmi e-posta adresine iletilir. Bildirimi yapılan taslaklar hakkında Avrupa Komisyonu ve/veya üye devletlerden alınan yorumlar, taslağın hazırlık çalışmalarında ilgili kamu kuruluşunca mümkün olduğu ölçüde dikkate alınır. Mevzuatın nihai hali de mümkün olan en kısa sürede Bakanlık aracılığıyla Komisyona bildirilir¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁴ Türkiye tarafından yapılan bildirimlere ulaşmak için bkz. <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/> (12 Mart 2017).

¹¹⁵⁵ Ayrıca bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/%c3%9cr%c3%bcn%20G%c3%bcvenli%c4%9fi/03.Teknik%20Mevzuat%20Uyumu/D%c3%bczenleme mi%c5%9f%20Alanda%20Kar%c5%9f%c4%b1%c4%b1kl%c4%b1%20Tan%c4%b1ma%20Y%c3%b6 netmeli%c4%9fi.pdf?lve> (12 Mart 2017).

Bu anlamda henüz Avrupa Birliği'ne tam üye olmayan Türkiye, AB'nin 1984 yılından beri yürütmekte olduğu düzenlenmemiş alana dair bildirim sistemine, "karşılıklılık"¹¹⁵⁶ esasına dayalı olarak dahil olmuştur.

Esasında, düzenlenmemiş alana ilişkin uyumlaştırma çalışmaları Türkiye için yeni bir atılım değildir. Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliğini tesis eden 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 5-7 nci maddeleri, bugün yürürlükte olan ABİA'nın 34-36 ncı maddelerine tekabül etmektedir. 2/97 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın eki listede, Türkiye tarafından dikkate alınması gereken kararlar arasında, ABAD'ın "*Cassis de Dijon*" Kararının da sayıldığı görüldüğünden, AB ile Türkiye'nin düzenlenmemiş alanda karşılıklı tanıma yükümlülüğü bulunduğu söylenebilecektir.

Öte yandan, Avrupa Komisyonu 2003 de yayımladığı bir genelgeyle düzenlenmemiş alanda Türk ürünlerinin de üye devlet kaynaklı ürünlerle aynı muameleye tabi tutulması gerektiğini belirtmiş; Türkiye'de üretilmiş veya üçüncü ülke menşeli olsa dahi Türkiye'de serbest dolaşıma girmiş ürünlerin Avrupa Birliği gümrük kapılarında ilke olarak denetime tabi tutulamayacağını üye devletlere hatırlatmıştır. Ayrıca Komisyon, üye ülkelerden, düzenlenmemiş alanda yapacakları ulusal teknik düzenlemelere Türk mallarını kapsayacak şekilde karşılıklı tanıma hükmü koymalarını istemiş, Türk ürünü ithal edenlerin bu ürünleri piyasaya arz etmelerinin engellenmesi halinde Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın ilgili (34, 35 ve 36 ncı) maddelerinin ihlali gerekçesiyle ithalatçı üye devletin ilgili mahkemelerine başvurabileceklerini belirtmiştir. Genelgeye göre, varış ülkesinin insan sağlığını düzenleyen kurallarına eşdeğer ölçüde koruma sağlayan düzenlenmemiş alandaki Türk ürünlerinin Topluluk pazarlarına arzı yasaklanamaz, kısıtlanamaz. Koruma seviyesinin sağlanıp sağlanmadığı ise ancak bu ürünler ilke olarak piyasada iken denetlenebilir. Bu kapsamdaki Türk ürünlerinin piyasaya arzı ancak birtakım koşulların varlığı halinde engellenebilmektedir. Komisyon buna karşılık Türkiye'den de kendi ulusal teknik düzenlemelerine AB'den gelen mallara yönelik "karşılıklı tanıma" hükmü koymasını ve bunu uygulamasını beklemektedir. Nitekim, AB tarafı tam üyelik müzakereleri

¹¹⁵⁶ "Mutual Recognition".

kapsamında malların serbest dolaşımı faslının açılabilmesi için, Türkiye'nin düzenlenmemiş alana yönelik taahhütlerinin ifasının bir önkoşul olduğunu bildirmiştir.

Bu arada, Avrupa Birliği'nin 2009 da yürürlüğe koyduğu 764/2008 sayılı Tüzük¹¹⁵⁷ ile düzenlenmemiş alanda Birlik içinde malların serbest dolaşımının sağlanması ve karşılıklı tanıma ilkesinin uygulanması için takip edilecek kuralları belirlemiş ve Türkiye'nin uyumlaştırması gereken 3052/95/EC sayılı Konsey Kararı'nı yürürlükten kaldırmıştır. Bu gelişmeler sonucunda, 4703 sayılı “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun”un 14 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan “Düzenlenmemiş Alanda Karşılıklı Tanıma Yönetmeliği” 02.05.2012 tarih ve 2012/3169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilerek 23.06.2012 tarih ve 28332 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır¹¹⁵⁸.

3. Düzenlenmemiş Alanda Karşılıklı Tanıma Yönetmeliği

01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren Tüzük esas olarak; 764/2008 sayılı Birlik Tüzüğü’nü uyumlaştırmayı, 2003 tarihli Komisyon Genelgesi’nin temel ilkelerini Türkiye'nin iç hukukuna yansıtmayı, düzenlenmemiş alanda hazırlanacak ulusal teknik mevzuatın uyacağı temel ilkeleri ve bu mevzuata konulacak “karşılıklı tanıma ilkesi”nin usul ve esaslarını belirlemeyi ve ulusal ürün irtibat noktası olarak Ekonomi Bakanlığı’nın görevlerini belirlemeyi amaçlamaktadır¹¹⁵⁹.

Bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile Türkiye'nin iç hukukunda da önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Şöyle ki; yetkili kuruluşlar artık, alacakları bir önlemin düzenlenmemiş alanda bulunan AB kaynaklı malların serbest dolaşımını kısıtlayacak olması halinde, önlemi almadan önce, Yönetmelikte öngörülen usul ve esasları izleyeceklerdir. Alınacak önlemler Ekonomi Bakanlığı aracılığıyla Avrupa Komisyonu’na bildirilecektir. Bununla birlikte, hazırladıkları düzenlenmemiş alanda

¹¹⁵⁷ 09.07.2008 tarih ve 764/2008 [OJ (2008) L 218/21]sayılı Karşılıklı Tanıma Tüzüğü.

¹¹⁵⁸ www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120623-21.htm (13 Mart 2017).

¹¹⁵⁹ <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/%c3%9c%c3%bcn%20G%c3%bcvenli%c4%9fi/03.Teknik%20Mevzuat%20Uyumu/D%c3%bcnenlememi%c5%9f%20Alanda%20Kar%c5%9f%c4%b11%c4%b1kl%c4%b1%20Tan%c4%b1ma%20Y%c3%b6netmeli%c4%9fi.pdf?lve> (13 Mart 2017).

bulunan teknik düzenlemelere, gerektiği her durumda Yönetmelik ekinde bir örneği olan karşılıklı tanıma hükmünü koyacaklardır. Teknik düzenleme taslakları da Ekonomi Bakanlığı aracılığıyla Komisyona bildirilecektir. Ayrıca, yürürlükteki teknik düzenlemeleri, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 16 ay içerisinde (01.05.2014 tarihine kadar) gözden geçirerek Yönetmelik hükümlerine aykırı olanları düzeltmiş ve gerektiğinde yürürlükten kaldırmışlardır.

Ekonomi Bakanlığı ise “ulusal ürün irtibat noktası” olarak görevlendirilmiş olup, düzenlenmemiş alanda AB üyesi ülkelerin kurumlarının ve firmalarının talep ettiği bilgileri sağlamaktadır. Diğer taraftan, Yönetmeliğin 19 uncu maddesine göre Türkiye’den AB üyesi ülkelere ihracat yapan firmalar, mallarının bu ülkelerin pazarına girişini veya bu ülkelerin pazarında serbest dolaşımını kısıtlayan ulusal mevzuat, önlem ve uygulamalar hakkında girişimde bulunması için Ekonomi Bakanlığı’na başvurabilmekte ve bunun yanı sıra, Yönetmeliğin 14 üncü maddesinde belirtilen bilgileri, ilgili AB üyesi devletlerin ürün irtibat noktalarından doğrudan veya Ekonomi Bakanlığı aracılığıyla talep edebilmektedirler.

Ekonomi Bakanlığı’nın, iktisadi bir işletme, Avrupa Birliği üyesi bir devletin yetkili kuruluşu veya ilgili diğer bir tarafın yazılı talebi üzerine Yönetmeliğin 14 üncü maddesine göre sağlamakla yükümlü olduğu bilgiler ise aşağıdaki gibidir:

- a) Belli bir ürün veya ürün grubuna uygulanan ulusal teknik kurallar, bu ürün veya ürün grubunun ulusal mevzuata göre bir ön izne tabi olup olmadığı ve karşılıklı tanıma ilkesinin ve 764/2008 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü’nün Türkiye’de uygulanması hakkında bilgi,
- b) Teknik kuralları uygulayan yetkili kuruluşların irtibat bilgileri,
- c) Yetkili kuruluş ile iktisadi işletme arasında bir anlaşmazlığın vuku bulması halinde kullanılacak elverişli çözüm ve itiraz yollarıdır.

Ekonomi Bakanlığı, söz konusu talepleri kendisine ulaştığı tarihten itibaren onbeş işgünü içinde, herhangi bir ücret talep etmeden, diğer yetkili kuruluşlardan gerekli bilgileri temin ederek, başvuru sahibine iletmekle yükümlüdür. Ayrıca, Türkiye’de yerleşik iktisadi işletmeler, ilgili Avrupa Birliği üyesi devletlerin ürün irtibat

noktalarına doğrudan veya Bakanlık aracılığıyla başvuru yaparak bilgi talep edebilmektedirler. Böylece, ortak bir alanda farklı ulusal mevzuatlar oluşturulmasının mümkün olduğunca önüne geçilmesi ve ticaret önündeki bariyerlerin kaldırılması için her türlü iletişim kanalının koordineli bir şekilde devreye sokulduğu görülebilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, bugün itibariyle düzenlenmemiş alandaki ürünlerin listesini çıkarmak oldukça zordur. Bunun bir nedeni, herhangi bir ürünün tamamen veya kısmen başka bir mevzuat kapsamında dolaylı olarak yer alabilmesi ihtimali, bir diğer nedeni ise; yeni uygulanmaya başlayan ve yürürlükten kaldırılan standart ve mevzuat sebebiyle ürünlerin sürekli değişiklik göstermesidir. Ancak tekstil, konfeksiyon ve deri sektörlerine yönelik bazı ürünlerin düzenlenmemiş olduğu görülmektedir; bu alanda aşağıdaki tablo örnek verilebilir.

ÜRÜN KODU	ÜRÜN TANIMI
5807.10	Dokunmuş etiket, marka vb. eşya-parça, şerit, şekilli kesilmiş
5807.90.10	Etiket ve armalar; işlenmemiş, dokunmamış mensucattan
4105.30	Koyun ve kuzuların kuru derileri
4112.00.00	Koyun veya kuzuların tabaklama veya ara kurutmadan sonra ileri derecede hazırlanmış deri ve köseleler
4202.22.10	El çantaları; dış yüzleri plastik madde yapraklarından yapılmış olanlar
4202.29.00	Diğer el çantaları
4202.32.10	Cepte/el çantasında taşınan eşya; plastik maddeden yapılmış olanlar
4202.39.00	Diğer maddelerden cep ve el çantası eşyası
4202.92.11	Seyahat, tuvalet, sırt ve spor çantaları; plastik madde yapraklarından
4202.92.15	Müzik aletleri mahfazaları; plastik madde yapraklarından yapılmış olan
4302.11	Mink (vizon) kürkü; tabaklanmış, aprelenmiş (bütün halinde)
4302.19	Tabaklanmış, aprelenmiş (bütün halinde) kürkler
4302.30	Bütün halindeki deriler vb. Parçaları (birleştirilmiş)

Tablo.1.
Düzenlenmemiş Alan İçin Örnek Ürün Listesi

SONUÇ

Malların serbest dolaşımı ilkesi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ekonomik savaş sebeplerinin ortadan kaldırılması ve ortak pazarın oluşturulması amacıyla kurulan Avrupa Birliği'nin öncelikli hedefini oluşturması bakımından son derece önemlidir. Bu hedefin gerçekleştirilmesi için Kurucu Antlaşmadan bu yana dış ticaret engellerinin kaldırılması uğruna gümrük vergileri ve gümrük vergisine eş etkili önlemler ile miktar kısıtlamaları ve miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler yasaklanmış, ortak gümrük tarifeleri oluşturulmuş, gümrük birliği kurulmuş, kotalar kaldırılmış ve fakat üye devletler arasındaki ticareti engelleyen uygulamalar tam anlamıyla bertaraf edilememiştir. Gümrük vergileri ve kotalar gibi kesin çizgileri olmayan ve bu nedenle tespit edilmesi de bir hayli zor olan bu uygulamalar, eş etkili önlemler adı altında Komisyon'un mevzuat çalışmalarında ve Adalet Divanı'nın kararları çerçevesinde belirlenmeye çalışılmaktadır.

Tez çalışmamızın konusunu oluşturan miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler ise önceleri Komisyon'un çıkardığı yönergeler ile belirlenmeye çalışılmış ve 1960 lı yıllarda Komisyonca oluşturulan bu listeler Adalet Divanı kararlarına ışık tutmuş; ilerleyen zamanlarda ise Adalet Divanı kararlarında tespit edilen unsurlar, Komisyonun mevzuat çalışmalarına iham kaynağı olmuş ve Birlik mevzuatında yerini almıştır. Bir diğer ifadeyle, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem kavramının tanımlanması ve eş etkili önlem yasağına ilişkin ölçütlerin geliştirilmesinde en büyük rolü Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın üstlendiği söylenebilir. Bugün gelinen noktada ise Komisyon, 98/34 sayılı Yönerge kapsamında alınan her bir "ulusal bildirimler listesinin" en altında Divan yargılamasını referans göstermektedir.

Komisyon'un önceki çalışmalarından yola çıkarak miktar kısıtlamasına eş etkili önlemleri tanımladığı en önemli liste, 70/50 sayılı Yönergede yer alan liste olmuştur. Yönergenin önsözünde, Birlik içi ticarete olumsuz etkisi olan her türlü devlet eylem ve işlemi eş etkili önlem olarak kabul edilmiştir. Devamında ise miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler, ikinci maddede doğrudan ayrımcı uygulamalar ve üçüncü maddede dolaylı ayrımcı uygulamalar olmak üzere ayrımcılık kriteri üzerinden ikiye bölünerek incelenmiştir. Bunun neticesinde; yerli ürünlerle ithal ürünlere farklı şekilde

uygulanarak eşit olmayan hukuki sonuçlar doğuran düzenlemelerin tercih edilmesinin doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu, diğer taraftan görünürde ülke sınırları içindeki tüm ürünlere eşit olarak uygulanmasına rağmen farklı sonuçlar doğuran uygulamaların da dolaylı ayrımcılık oluşturması sebebiyle ticareti kısıtladığını kabul etmiştir.

Adalet Divanı ise ithalatın konu edildiği davalarda vermiş olduğu kararların birçoğunda, ayrımcılık kriterine dayalı olarak yapılan eş etkili önlemler belirlemesini dikkate alarak görüş bildirmiş ve süreç içinde 70/50 sayılı Yönergenin sınırlarından çıkarak bu listeyi daha da genişletmiştir. Gümrüklerde yapılan sınır kontrolleri, kalite ve menşesi belgesinin istenilmesi, ithalat lisansı alma zorunluluğu, yerli malı teşvik edici uygulamalar, bu anlamda doğrudan ayrımcı düzenlemeler kapsamında ticareti engelleyici nitelikte değerlendirilirken; ürünün içeriğine, dış görünüşüne ve işaretlenmesine yönelik kurallar da yönetmeliğin üçüncü maddesi anlamında dolaylı ayrımcı uygulamalar kapsamında ticareti engeller mahiyette kabul edilmiştir. Bu anlamda, at etinin işlenmesi yasağı, ekmekteki katkı maddelerinin içeriğinin belirlenmesi, ekmekte izin verilen tuz içeriğine ilişkin düzenleme gibi ürün içeriğine ilişkin kurallar; margarinlerin biçimi, gümüş madeninden yapılan ürünlere ayar damgası basılması, köpüklü üzüm suyunu şişeleme şekli gibi malın dış görünüşüne ilişkin kurallar ve ürünlerin işaretlenmesine ilişkin kurallar gibi malların isim, şekil, ölçü, ağırlık, kompozisyon, etiketleme, sunumuna ve ürün tanıtımına ilişkin kurallar ve maksimum, minimum satış fiyatı belirlemeye ilişkin uygulamalar örnek gösterilebilir.

İhracatta eş etkili önlemlerin belirlenmesinde ise önceleri yalnızca doğrudan ayrımcı uygulamaları değerlendiren Divan, zamanla içtihadını değiştirerek 2008 yılında verdiği *Gysbrechts* Kararında, *Groenveld* Kararındaki görüşünden dönerek dolaylı ayrımcı uygulamalar açısından da 35 inci maddenin uygulanabileceğini kabul etmiştir.

Belirtelim ki, tersine ayrımcılık içeren önlemler, dolaşıma konu olan malları ilgilendirmediğinden Adalet Divanı tarafından eş etkili önlem olarak görülmemektedir. Şu halde, Adalet Divanı'nın, bir ulusal düzenlemenin malların serbest dolaşımını kısıtlayıcı mahiyette olup olmadığını değerlendirirken, düzenlemenin konu aldığı şeylerin mal olarak nitelendirilmesi yani parasal karşılığının bulunması, bir sınır geçişine konu olması yani devletler arası ticareti ilgilendirmesi ve söz konusu

düzenlemenin kamu otoritesi kullanılarak çıkarılmış ve uygulanıyor olması gerekliliğini dikkate aldığını belirtmek gerekir. Nitekim Adalet Divanı, ulusal düzenlemelerin eş etkili önlem oluşturup oluşturmadığının kendisine sorulduğu davalarda bu temel ölçütleri kullanmış ve bunlarla birlikte somut olayın özelliklerine ve ticaret hayatının değişen ihtiyaçlarına göre başkaca kriterler de geliştirmiştir.

Eş etkili önlem kavramını ilk olarak 1971 yılında *Fruit Company* Davasında ele alan Divan, kavrama ilişkin formül ve yorum getirme fırsatını 1974 yılında *Dassonville* Davasında bulmuştur. *Dassonville* ile üye devletlerarası ticareti kısıtlayıcı tüm önlemlerin yasaklanmasını öngörmüş, söz konusu önlemleri meşru kılacak istisna hükümlerine yahut orantılılık prensibine yer vermemiş, malların serbest dolaşımının gerçekleştirilebilmesi için kavram açısından oldukça geniş kapsamlı bir nitelendirme yapmıştır. Karara göre, ticaret üzerinde doğrudan ya da dolaylı, gerçek ya da potansiyel olarak kısıtlayıcı etkiye sahip ulusal düzenlemeler eş etkili önlem kapsamında kabul edilmiştir.

Divan'ın söz konusu yorumunda tespit edilen noktalar, daha sonraki benzer davalarda emsal teşkil etmiş ve öğretilerde *Dassonville* formülü olarak yerini almıştır. Benimsenen formüle göre; üye devlet otoritesi tarafından çıkarılan bir ulusal düzenlemenin bulunması, bu düzenlemenin, ticareti doğrudan ya da dolaylı, bilfiil ya da potansiyel olarak etkilemesi ve bu etkiyi gerçekleştiren kuralların ticari nitelik taşıması gerekmektedir.

Adalet Divanı'nın, bu tanım ile genel olarak 70/50 sayılı Yönerge'de tespit edilen ölçütlerden yararlandığı görülse de, bu ölçütlerle yetinmeyip Birlik Hukukuna katkı sağlayacak yeni ölçütler geliştirdiğini söylemek mümkündür. *Dassonville* formülünde, eş etkili önlemler tespit edilirken ayrımcılık kriteri arka planda bırakılmış ve bunun yerine ulusal düzenlemenin ortak pazara girişi kısıtlayıp kısıtlamadığı ve ticareti engelleyici etkisinin bulunup bulunmadığı ölçütü dikkate alınmıştır. Ayrıca *Dassonville* ile düzenlemelerin, ithal ürün üzerindeki etkisi değil, Birlik içi ticarete olan etkisi esas alındığından bu yönüyle de Yönerge hükümlerinden ayrıldığı görülmektedir. Düzenlemenin bir kamu otoritesi tarafından oluşturulması ve ticareti engelleyici

nitelikte olması ise Komisyon'un 70/50 sayılı Yönergedeki görüşüne benzerlik göstermektedir.

Eş etkili önlemleri tanımlayabilmek adına Komisyonun yörüngesinden çıkarak yeni bir adım atan Adalet Divanı'nın, muğlak kalan bu alana ilişkin yorumunu kesin çizgilere oturtmaktan imtina ettiği söylenebilir. Esasında yorumun yapıldığı günün şartları göz önünde bulundurulduğunda, Gümrük Birliğinin henüz sindirilmeye çalışıldığı, Birlik hukukunda uyumlaştırmanın yapılmadığı ve düzenlenmemiş pek çok ortak alanın bulunduğu anlaşılacağından Adalet Divanı'nın tutum ve yaklaşımı kanımızca haklı görülebilecektir. Kaldı ki ilerleyen dönemlerde Adalet Divanı'nın daha kararlı hareket ederek eş etkili önlemlere ilişkin *Dassonville*'de oluşturduğu geniş yorumunu daralttığı ve daha belirleyici ölçütler getirdiği görülmektedir.

1979 yılında verilen *Cassis de Dijon* Kararı, Birlik hukuku literatüründe Divan'ın bu doğrultuda verdiği en önemli ikinci karar olarak anılmaktadır. Bu karar ile Birlik hukukuna “karşılıklı tanıma ilkesi” ve “makul olma ilkesi” gibi iki yeni ilke kazandıran Divan, aynı zamanda malların serbest dolaşımını kısıtlayan farklı ulusal düzenlemelerin önüne geçmek maksadıyla ev sahibi ülke prensibini geride bırakarak menşe ülke prensibini getirmiştir. Menşe ülke prensibine göre, üretildiği üye ülke mevzuatına uygun şekilde piyasaya sürülen ve ortak pazarda bir kez dolaşım serbestliğine sahip olan ürün, daima serbesttir. Bu prensip, aynı zamanda karşılıklı tanıma diye nitelendirilen ilkeyi de örtülü olarak kabul etmiştir. Karşılıklı tanıma ilkesi gereğince, tüm üye devletler, ürünlerin standartları konusundaki yasal düzenlemelerini karşılıklı olarak kabul etmektedir. Böylece, ithal ülkesinin ticareti kısıtlayıcı düzenlemelerinin etkisi azaltılmış olmaktadır.

Cassis de Dijon Kararıyla birlikte Divan, Antlaşmada sınırlı olarak sayılan istisnai hükümlerin haricinde, Birlik hukukunu kısıtlayıcı zorunlu gerekliliklerin haklı bir sebebe dayanarak hukuka uygunluk kazanabileceğini belirterek de *Dassonville* formülündeki eş etkili önlem kavramının kapsamını daraltmıştır. Zorunlu gereklilik ya da “kamu yararının emredici gereklilikleri” olarak adlandırılan bu kavram, tahdidi olarak sayılmamış ve Avrupa Birliği'nin gelişen ve değişen ticari yapısına uyumlu bir prensip olarak ortaya konmuştur. *Cassis de Dijon* Kararını takip eden içtihatlarda, halin

şartlarına ve somut olayın özelliklerine göre zorunlu gereklilik kavramının kapsamı da genişletilmiş, bu kavramın içine yeni durumlar dahil edilmiştir. İlk etapta; ticari işlemlerin adilliği, kamu sağlığının ve ahlakının korunması, mali denetimin etkililiği ve tüketicinin korunması gibi amaçlarla gündeme gelen prensip, zaman içinde çevrenin korunmasını, ulusal kültür politikalarını ve sosyal ve ekonomi politikalarını da kapsamına almıştır. Ancak zorunlu gereklilikler bakımından da üye devletlerin ve genel olarak Birliğin menfaatleri arasındaki dengenin korunması gerektiğinden, Divan, henüz düzenleme yapılmamış ortak alanlarda, üye devletlerin kamu yararı adına haklı görülebilecek ulusal düzenlemelerini, ancak ve ancak makul olmaları koşuluyla hukuka uygun kabul etmiştir. Buradaki makul olma prensibi, yapılan düzenlemenin mutlaka gerekli olması ve ulaşılmak istenen sonuca başka türlü ulaşılamayacak olması hallerinde gündeme gelmektedir. Kanaatimizce bu durum, üye devletlerin Birliğin amaçlarını gerçekleştirme noktasında iyi niyetli olduğu karinesinin bir sonucudur. Yine de üye devletler böyle bir uygulama yaparken Birlik içi ticareti etkilemekten olabildiğince kaçınmak ve orantılı hareket etmekle yükümlü kılınmışlardır.

Dassonville ve *Cassis de Dijon* Kararlarında, eş etkili önlemlerin tespitinde odak noktası olarak pazara erişimin engellenmesi ölçütünün baskın olduğu görülmektedir. *Cassis* kararıyla, malların serbest dolaşımına yönelik pazara erişimi engelleyen ya da güçleştiren engeller, meşru sebeplerle haklı gösterilmedikçe yasak sayılmıştır. Bir üye devlet düzenlemesinin niteliği ya da amacı dikkate alınmaksızın Birlik içi ticarete olan etkisi ve pazar üzerinde meydana getirdiği etki temel alınarak eş etkili önlem karakteri tayin edilmiştir. Bu noktada *Cassis* Kararı ile aslında *Dassonville* sonuçlarının teyit edildiği söylenebilecektir. Birbiriyle bağlantılı olan bu iki temel karardan sonra Adalet Divanı'nın izlediği yol haritası şu şekilde özetlenebilir;

- 1) Divan öncelikle, Birlik düzeyinde ürünlerin tespitine yönelik ortak bir düzenleme veya uyumlaştırma yapıp yapılmadığını araştırmaktadır. Bir alan, ortak kurallar ile uyumlaştırılmamış ise; kural olarak, üye devletlerin o alanı düzenleyici yetkisi bulunmaktadır. Birlik ikincil hukukunda özel bir düzenleme yoksa, üye devlet düzenlemesi, Birlik birincil hukuku (m.34) çerçevesinde incelenir.

- 2) İkinci olarak, uyumlaştırma yapılmamış ise üye devletlerarası karşılıklı tanıma ilkesi değerlendirmeye alınmıştır. Buna göre; bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan mallar, diğer üye devletlerde de pazarlanabilmektedir.
- 3) Nihai olarak, *Dassonville* Kararının 6 ncı paragrafında, makul önlemlerin 34 üncü maddeyi ihlal etmeyeceği belirtilerek makul sebep kavramının da temeli oluşturulmuştur. Bu durum, makul olma kuralı çerçevesinde kalan ulusal düzenlemeleri, eş etkili önlem yasağı kapsamında ayırık tutmuştur. Birlik içindeki dolaşıma yönelik engeller, zorunlu gereklilikler ile haklı gösterilmedikçe, miktar kısıtlamasına eş etkili önlem olarak yasaktır.

O halde *Dassonville* ve *Cassis* Kararlarındaki yaklaşım doğrultusunda eş etkili önlemler değerlendirilirse, 34 üncü madde yasağının uygulanabilirliği açısından ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Şöyle ki; bir ulusal düzenleme, doğrudan ayırıcı uygulama içeriyorsa madde 34 yasağına takılır ve ancak madde 36 da sayılan istisnai durumların varlığı halinde söz konusu düzenlemenin, istisna hükmünde belirtilen durum ile orantılı olması koşuluyla Birlik içi ticarete olan etkisi eş etkili önlem olarak görülmeyebilir. Ancak bir uygulama hem ithal hem de yerli ürünlere eşit şekilde uygulanmasına rağmen ayırıcı sonuçlara yol açıyorsa (dolaylı ayırıcı uygulama); madde 34 yasağından kurtulabilmesi için madde 36 da sayılan istisnai hallerden birine girmesi yahut bir haklı sebebin bulunması şartı ile kamu yararının zorunlu gerekliliklerinden birine girmesi gerekmekte, düzenlemenin ise bunlarla orantılı olması gerekmektedir.

Cassis Kararıyla getirilen zorunlu gereklilikler klozu, önceleri yalnızca doğrudan ayırıcı uygulamalar için geçerli iken, zamanla dolaylı ayırıcı uygulamalar için de geçerlilik kazanmıştır. Bu anlamda, Pazar günü satış yasağına ilişkin kurallar, dolaylı ayırıcı olarak 34 üncü madde yasağı kapsamında olmasına rağmen, bu kurallara zorunlu gereklilik yaklaşımı uygulandığı ve 34 üncü madde dışına çıkarıldığı görülmektedir. Aynı şekilde, dolaylı ayırıcı uygulamaların 34 üncü maddenin dışında bırakılması gerektiği yönünde kararlar veren Divan'ın, *Cinétheque* Kararı ile dolaylı ayırıcı uygulamaları yeniden 34 üncü madde kapsamında değerlendirmeye karar

verdiği görülmektedir. Dolaylı ayrımcı uygulamaların 34 üncü madde kapsamında kabul edilip edilmeyeceği karmaşasına bir çözüm olarak *Keck* Kararı ile farklı bir sınıflandırma getirilmiştir. Ulusal düzenlemeler, pazara girişe yönelik satış koşulları ve ürün gereklilikleri olarak ikiye ayrılmıştır. Ulusal düzenlemenin karakterini sınıflandırmaya çalışan bu yaklaşıma göre, artık ticareti engelleyen tüm ulusal düzenlemeler değil, ürünün üretim aşamasına ilişkin düzenlemeler 34 üncü madde yasağı kapsamında değerlendirilecek; ürünün satışına ve pazara sunumuna yönelik düzenlemeler ise belirli şartların varlığı halinde eş etkili önlem sayılmayacaktır.

Adalet Divanı'nın, ilerleyen dönemdeki temel içtihatları arasında yer alan *Keck ve Mithouard* Kararı, gerçekten de pek çok yönden eş etkili önlem kavramına farklı bir yaklaşım getirmiştir. Bu karar ile eş etkili önlemlere ilişkin yorumunu daha da kısıtlayan ve kategorize eden Divan, bir ulusal düzenlemenin, ürünün üretim aşamasıyla mı, yoksa pazara sürümü ile mi alakalı olduğu sorusunun cevaplanması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre; üretime ilişkin bir düzenleme eş etkili önlem kabul edilirken, pazardaki sunuma ilişkin ayrımcılık yapmayan belirli satış düzenlemeleri, eş etkili önlem kapsamında sayılmamıştır. Ayrımcı olmayan satış düzenlemeleri, "belirli satış düzenlemeleri" olarak 34 üncü madde dışında kabul edilen ayrı ve özel bir kategori olarak belirlenmiştir. Kısacası malın piyasaya sürülmesinden önceki aşama eş etkili önlem yasağı kapsamındadır; malın piyasaya sunulmasından sonraki aşama ise satış yöntemleri ya da satış modaliteleri olarak literatürde yer alır ve madde 34 ün dışındadır. Bu anlamda, ortak pazarı milli pazarlara bölme etkisinin ölçüldüğü *Keck ve Mithouard* Kararı, ulusal düzenlemelerin hangi koşullarda eş etkili önlem sayılacağına ilişkin yaptığı açıklamalar nedeniyle önem arz etmektedir.

Bazı durumlarda ise ulusal düzenlemenin ürüne mi yoksa satış koşullarına mı ilişkin olduğu tam tespit edilememektedir. *Keck* Kararından sonra verilen kararlarda, bu gibi türü tespit edilemeyen düzenlemeler bakımından düzenlemenin yabancı ürünler üzerindeki etkisi esas alınmaya devam etmiştir. Buna göre, malların piyasaya girişini spesifik olarak engelleyen reklam yasağı gibi satış koşullarına ilişkin düzenlemeler, *Keck* Kararından sonra da eş etkili önlem olarak kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle,

ayrımcı olmayan satış düzenlemelerinin pazara erişimi zorlaştırıcı etkisi bulunuyorsa, bu düzenlemeler eş etkili önlem olarak değerlendirilmektedir.

Keck Kararının 16 ncı paragrafı, satış yöntemlerine ilişkin bir ulusal düzenlemenin, "genel olarak yurtiçi ekonomik bir faaliyeti düzenlemesi", "etkilenen tüm tacirlere aynı şekilde uygulanıyor olması" ve "yerli ürünler ile ithal ürünler yönünden hukuken ve fiilen aynı etkiyi doğuruyor olması" halinde 34 üncü maddede belirtilen yasağın kapsamı dışında olduğunu ve eş etkili önlem sayılamayacağını belirtmiştir. Eğer satış koşullarına ilişkin belirli yasaklamalar içeren ulusal düzenlemeler, belirtilen bu şartların her birini karşılıyorsa, diğer üye devletler bakımından pazara girişi engelleyici veya ulusal ürünleri korumaya dayalı bir etki meydana getirmeyecektir. Ancak bu şartlardan birinin eksikliği halinde, eğer bir satış yöntemi ortak pazarı bölücü etki oluşturuyorsa 34 üncü madde yasağından kurtulamayacak ve eş etkili önlem olarak kabul edilecektir. Ürünlerin üretimine ilişkin şartlar ise *Cassis de Dijon* Kararında olduğu gibi eş etkili önlem kapsamında sayılmaya devam etmiştir.

Keck ve Mithouard Kararı ile, *Dassonville* Kararının temel etkisini hiç kaybetmediği, ürün gerekliliklerine ilişkin yorumunun ise *Cassis* formülündeki tabanından ayrılmadığı görülecektir. *Dassonville* formülünden yola çıkan Divan; "...ticareti doğrudan ya da dolaylı, bilfiil ya da potansiyel olarak engellemeye elverişli ticari düzenlemelerin eş etkili önlem olarak değerlendirildiğini" belirttikten sonra, dava konusu olayda, "malların piyasa fiyatının altında tekrar satışı yasağına ilişkin yasa hükmünün, üye devletler arasındaki mal ticaretini düzenleme amacı taşımadığı" tespitini yapmış ve devamında, "ticari özgürlükleri kısıtlayan her ulusal düzenlemenin, diğer üye devletlerde üretilen ürünlere yöneltilmiş olmasa bile, 34 üncü maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle Divan'ın önüne getirilmesi nedeniyle bu alandaki içtihadın yeniden ele alınması gerekliliğini" ortaya koymuştur.

Adalet Divanı'nın *Keck* Kararı ile getirdiği yeniliğin, yalnızca "belirli satış düzenlemelerine" ilişkin olduğu görülmektedir. 34 üncü maddeye ilişkin yorumunu, yine *Dassonville* Kararı anlamında, "doğrudan veya dolaylı, bilfiil veya potansiyel olarak ticareti engellemeye elverişli düzenlemeler" olarak yineleyen Divan, haklı sebebin varlığı halinde "zorunlu gereklilikler" kapsamında bazı ulusal önlemlerin mazur

görülebileceğini belirterek *Cassis de Dijon*'daki görüşünü değiştirmemiş, ancak önceki içtihadının aksine, bir düzenlemenin eş etkili önlem sayılmasından önceki son değerlendirmenin, yöneldiği süje bakımından ürüne mi yoksa satış koşullarına mı ilişkin olduğuna yönelik tespit yapılması gerekliliğini öngörmüştür. Kısacası; ulusal önlemler türüne göre sınıflandırılmış, “ürüne ilişkin gereklilikler” *Cassis* Kararındaki hali ile aynı kalmış, “belirli satış düzenlemeleri” ise, yeni bir kavram olarak içtihadı kazandırılmıştır.

Bu bağlamda az evvel çizdiğimiz yol haritasının *Keck* Kararından sonraki haline bakılacak olursa; doğrudan ayrımcı önlemler yahut üretime ilişkin gerekliliklerin yer aldığı bir ulusal düzenlemenin 34 üncü madde yasağı kapsamında olduğu, ancak 36 ncı maddede belirtilen istisnalar ya da zorunlu gereklilikler uyarınca haklı ve makul sebeplere dayanarak orantılılık ilkesi çerçevesinde uygulanması halinde mazur görülebileceği düzenlenmiştir. Ancak eğer ki söz konusu ulusal önlem belirli satış yöntemlerine ilişkinse, *Keck* Kararının yukarıda bahsi geçen 16 ncı paragrafında öngörülen şartları sağlamasına göre değerlendirilecektir. Önlem bu şartları sağlıyorsa eş etkili önlem değildir ve *Keck* korumasından yararlanır; ancak şartları sağlamıyorsa eş etkili önlem kabul edilir ve madde 34 çerçevesinde ayrımcı uygulamalar ile ürün gerekliliklerine uygulanan hükümler geçerli olur.

Divan'ın yaklaşık otuz yıldır süregelen tüm bu formül denemelerinden sonra, *Keck*'i takip eden içtihat hukukunun, “ürün gereklilikleri ile belirli satış düzenlemeleri” ayrımı üstüne kurulduğu söylenebilecektir. Fakat hangi düzenlemelerin satışa yönelik, hangilerinin ürün içeriğine yönelik olduğu kesin sınırlarla ayrılamadığından, belirli satış düzenlemeleri kavramının içinin nasıl doldurulması gerektiği uygulamada sorun haline gelmiştir ve bu nedenle *Keck*'ten sonraki kararlarda eş etkili önlem terazisinin temelli kaydığı görülmektedir.

Adalet Divanı, belirli satış düzenlemelerinin belirlenebilmesi için durağan ve değişken olmak üzere belirli satış düzenlemelerini ikiye ayırarak incelemiştir. Uygulamadan yola çıkarak yaptığımız bu ayrıma göre, durağan satış düzenlemelerinin *Keck* formülü kapsamında ve hukuka uygun kabul edildiği, ancak değişken satış düzenlemelerinin, ürünün kendisiyle daha yakından ilişkili olması durumunda miktar

kısıtlamasına denk bir eş etkili önlem olarak 34 üncü maddeye aykırı olduğu söylenebilecektir.

Buna ek olarak, Adalet Divanı'nın oluşturduğu son kriterlere göre, eş etkili önlem sayılması gereken durumların makul olup olmadığına dair nihai takdir yetkisi genel olarak üye devletlere bırakılmıştır. Bu durum, kanaatimizce Birlik çapında ortak bir uygulama geliştirilmesine engel olmaktadır ve Adalet Divanı'nın otuz yılı aşkın süreli çabalarının sonuçsuz kalmasına yol açacağı gibi, eş etkili önlemler kavramına ilişkin tezin başında vurguladığımız belirsizlik halinin devamına neden olacaktır.

Nihayet, Adalet Divanı'nın *Keck* Kararından sonra gelen eleştirilere kulak verdiği ve içtihadında bir kez daha köklü bir değişiklik yaptığı görülmektedir. Belirli satış düzenlemelerine ilişkin getirdiği yaklaşımdan sonra, 2009 yılında verdiği *Komisyon v. İtalya* (römorklar) Kararında, ürün kullanımı, ürün gereklilikleri ve belirli satış düzenlemeleri dışında kalan ve pazara erişimi güçleştiren “diğer tüm önlemlerin”, haklı bir sebep bulunmadığı müddetçe yasak sayılacağını belirtmiştir.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, *Gourmet International Products* Kararında tespit edildiği ve *Komisyon v. İtalya* Kararından sonraki kararlarda da uygulanarak istikrar kazandığı üzere, dolaylı ayrımcı uygulamalar kategorisi, yalnızca ürün gerekliliklerini kapsayacak şekle indirgenmiştir. Dolaylı ayrımcı önlemler ile pazar erişimini engellemeyen önlemler, 34 üncü madde kapsamı dışında kabul edilmektedir. Artık ürünlerle ilgili olmayan gereklilikler, ayrımcı olmamak kaydıyla "diğer üye devlet menşeli ürünlerin başka bir üye devlet pazarına girişini kısıtlayan herhangi bir önlem" başlığı altında ayrıca ele alınacak ve bu tip önlemler, dolaylı ayrımcı önlemler olarak nitelendirilmeyecektir. Bir diğer ifadeyle, bu karardan sonra, dolaylı ayrımcı önlem tabiri yalnızca ürün gerekliliklerine ilişkin uygulamalarda söz konusu olmaktadır.

Tez kapsamında incelenen tüm bu kararlar ve bunları takip eden diğer içtihat hukukundan anlaşıldığı üzere Divan, 2000 li yılların başına kadar 70/50 sayılı Komisyon Yönergesinin yolunu izleyerek ayrımcılık ölçütünü esas almış ve dolaylı ayrımcılık içeren hallerde *Dassonville* formülünü uygulamış, ancak daha yakın tarihli kararlarda, ticarete engellerin kaldırılması ve gerçek bir iç pazarın kurulması fikrine

ağırlık verilmiş ve bir önlemin ayrımcı olup olmadığına daha az dikkat ederek bunun yerine, önlemlerin pazara erişimi engelleyip engellemediğini ölçüt almıştır. Böylece *Dassonville* yaklaşımına geri dönüldüğü söylenebilecektir ve bu geri dönüş, 2009 yılında verilen *Komisyon v. İtalya* Kararında teyit edilmiştir. Geriye atılmış bir adım olarak değerlendirilen karar, 34 üncü maddeyi canlandırarak söz konusu yasağa şaşırtıcı şekilde yeniden geniş bir uygulama alanı sağlamış; *Cassis* Davasında öngörülen bütünleştirme yanlısı kuralları ise sınırlamıştır.

Karara göre, pazara erişimi engelleyen tüm önlemlerin eş etkili önlem olarak 34 üncü madde yasağı kapsamında kabul edildiği görülmektedir. Böylece 34 üncü maddenin artık günümüzde yalnızca doğrudan ya da dolaylı ayrımcı uygulamaları değil, ayrımcı olsun olmasın ticareti engelleme yeteneğine sahip olduğu sürece pazara erişimi kısıtlayan tüm kuralları kapsadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Pazara erişim yaklaşımı, kalan diğer tüm kategorileri 34 üncü madde kapsamına dahil etmektedir. Böylece, doğrudan ayrımcı uygulamalar, ürün gereklilikleri ya da belirli satış düzenlemelerinden herhangi birine dahil edilemeyen diğer önlemlerin hepsi, malların pazara girişini kısıtladığı sürece 34 üncü madde yasağına yakalanmaktadır. Bu yaklaşım, *ANETT* Kararı başta olmak üzere, takip eden içtihat hukukuyla da istikrar kazanmıştır.

Bu bakımdan, yakın dönemde doktrinde savunmaya başlanılan “de minimis” kuralının miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin tespitinde uygulanması gerektiği yönündeki görüşe katılmamız mümkün değildir. Nitekim bu ilke, Avrupa Rekabet Hukukuna Komisyon tarafından resmen 2001 yılında dahil edilmiş olmasına karşın, bu ilkedan sonra Adalet Divanı'nın 34 üncü maddeye ilişkin vermiş olduğu kararların hiçbirinde de minimis kuralının uygulamasına yer verilmediği görülmektedir. 2009 yılında verilen *Komisyon v. İtalya* Kararındaki “*pazara erişimi engelleyici etkiye sahip diğer tüm önlemler eş etkili önlemdir*” yaklaşımı da, Adalet Divanı'nın, 34 üncü madde bakımından de minimis kuralını kabul etmediğini açıkça göstermektedir. Bu anlamda, rekabet hukukundaki de minimis kuralında olduğu gibi, üye devletlerin ticareti kısıtlayıcı düzenlemelerinin belirli bir düzeye ulaşip ulaşmadığı değerlendirmeye alınarak bu önlemlerin hukuka uygun olduğunu kabul etmek için hoşgörülebilir bir seviye oluşturulması, “miktar kısıtlamasına eş etkili önlem” kavramının varlık

gerekçesine aykırı düştüğünden kabul edilebilir değildir. Bu nedenle, de minimis kuralının miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler bakımından uygulanamayacağı görüşünü desteklediğimizi belirtmek gerekir.

Tüm bu incelemelerden sonra, *Cassis* ve *Keck* Kararlarında olduğu gibi eş etkili önlemler tanımını spesifikleştirerek oluşturmak, devletlerin ticaret alanına ilişkin yetkilerinin genişliği göz önüne alındığında, yasağın delinmesini mümkün kılacak büyük bir risk anlamına gelmektedir. Bu itibarla *Dassonville* formülündeki gibi geniş ve kapsamlı bir yaklaşımın benimsenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Zira Divan da 2009 yılından bu yana vermiş olduğu kararlarda, ürün kullanımı, ürün gereklilikleri ve belirli satış düzenlemeleri dışında kalan ve pazara erişimi güçleştiren diğer tüm önlemleri, haklı-makul bir sebep gösterilmedikçe eş etkili önlem yasağına tabi kabul etmektedir.

Kanaatimizce de, bir ulusal önlemin eş etkili önlem olup olmadığı değerlendirilirken izlenmesi gereken en isabetli yöntem, *Keck* formülünü sıkı sıkıya uygulamak yerine, söz konusu düzenlemenin malların pazara girişini kısıtlayıcı etkisinin ölçülmesi olacaktır. Bu itibarla, Adalet Divanı'nın, yanıltıcı sonuçlara ulaştığı belirli satış düzenlemeleri testi yerine, pazara erişim testini benimsemesi daha isabetli görülmektedir. Ancak ulusal mahkemelerin, söz konusu düzenlemelerin 34 üncü madde kapsamına girip girmeyeceğini sormak için her defasında Adalet Divanı'na başvurması, muhtemelen zor ve fazlasıyla masraflı olacağından, Divan tarafından öncelikli olarak pazar yaklaşımına dayalı bir testin kullanılması pratik olmayacaktır. Bu nedenle, istisnalar, içtihatlarla oluşturulan zorunlu gereklilikler ve bugüne kadar oluşturulan formüller dikkate alınarak miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler kavramının içini doldurmaya yönelik genel bir formül oluşturulması düşünülebilir. Böylece, kavram belirli ve öngörülebilir hale getirileceğinden daha pratik ve etkili sonuçlar alınabilecektir.

Bugüne kadar bu alana ilişkin yapılan akademik çalışmalarda, Adalet Divanı kararlarının incelendiği; Divan uygulamasına ve oluşturulan kriterlere eleştiriler yöneltildiği görülmektedir. Özellikle yabancı literatürde getirilen bu eleştirilerin, Adalet Divanı'nı yönlendirdiği ve oldukça faydalı sonuçlar doğurduğu da açıktır. Ancak miktar kısıtlamasına eş etkili önlemlerin tespitine ilişkin sorunun çözümü için ortaya konulan

pek az öneri olduğu gibi, Türkçe kaynaklarda bu yönde bir önerinin yer almadığını belirtmek gerekir.

Bize göre, bu alanın uygulamada hala büyük bir sorun halini almasının en önemli sebebi, miktar kısıtlamasına eş etkili önlemler kavramının sınırlarının ne Antlaşma ile ne de içtihatlarla net bir şekilde belirlenmemiş olmasıdır. Her ne kadar, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 34 ve 35 inci maddelerinde üye devletler arasındaki ithalat ve ihracatı yasaklayan her türlü miktar kısıtlaması ve miktar kısıtlamasına eş etkili önlem yasaklanmış olsa da, eş etkili önlemlerin içeriğinin doldurulmamış olması, gerek üye devletleri, gerek Adalet Divanı'nı, gerekse Komisyonu, sürekli bir tanım arayışına sokmaktadır. Sorunun aşılabilmesi için ise karmaşık bir hal alan söz konusu alanın net ve belirli bir hale getirilmesi; eş deyişle, eş etkili önlemler yasağının ruhuna uygun genel bir formülün oluşturulması ve anayasal bir ilke olan belirlilik ilkesi uyarınca ilgili düzenlemenin Antlaşmaya işlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Eş etkili önlemler yasağı ile amaçlanan her ne kadar ticaret önündeki engellerin kaldırılması ise de; üye devletlerin eş etkili önlem niteliğindeki düzenlemelerinin, kendi hukuklarının ticarete ilişkin öngördüğü usul kurallarından ve dolayısıyla toprakları üzerindeki egemenlik yetkisinden kaynaklandığı göz önünde bulundurularak bir çözüm arayışına gidilmelidir. Egemenlik yetkisinin kamu hukuku karakteri, bu hak ve yetkiyi üye devletler bakımından dokunulmaz kılmaktadır ve teamül ile içtihatlardan ziyade, ancak Avrupa Birliği Hukukunun getireceği supranasyonel nitelikteki bir hukuk düzenlemesi ile önüne geçilebileceği düşünülebilir. Zira bir devlet, egemenliğinden ancak birtakım menfaatler karşılığında, yazılı hukuk güvencesiyle ve kendi rızasıyla, bu hukuk kuralına taraf olarak taviz verebilir.

Bu düşünceye somut bir örnek olarak, üye devletlerin teknik alanda ulusal düzenleme yapmadan önce Komisyona başvurmalarını zorunlu kılan 98/34 sayılı Yönerge, 2015/1535 sayılı Yönerge ile 764/2008 Sayılı Karşılıklı Tanıma Tüzüğü'nün etkilerini incelediğimizde, eş etkili önlemleri önceden belirlemede Adalet Divanı içtihatlarına göre daha etkili olduğu görülmektedir. 98/34 sayılı Yönerge ve bunun tamamlayıcısı mahiyetindeki 2015/1535 sayılı Yönergeye göre, üye devletlerin kabul

edip yürürlüğe koymadan önce, her bir ulusal teknik düzenleme tasarısı hakkında Komisyonu bilgilendirmesi ve Komisyon'un da Komite ve Üye Devletler ile ilgili taslak düzenlemenin Birlik Hukukuna uygunluğu üzerinde istişare etmesi gerekmektedir. Bu şekilde, ulusal düzenlemelerin Birlik hukukuyla uygunluğu önceden denetlenebilmektedir. Önleyici etkiye sahip yönerge uygulaması ile malların serbest dolaşımı önündeki engeller önceden bertaraf edilerek ortak pazarın işlerliğine önemli katkı sağlanmıştır. Karşılıklı Tanıma Tüzüğü'nü 2020 yılı itibariyle ortadan kaldıracak 19 Aralık 2017 tarihli 2017/0354 sayılı Karşılıklı Tanıma Tüzüğüne ilişkin Teklif metni de, karşılıklı tanımanın sağlanması ve eksiksiz uygulanmasını temin etmek amacıyla bu ilkenin uygulanmasına dair prosedür getirerek daha ayrıntılı usul ve esaslar belirlemektedir. Böylece belirlilik esası, hem üye devletlerin ve üye devlet vatandaşlarının menfaat çatışmasının önüne geçerek Birlik içi ticaretin akışını sağlayacak, hem de hukukun güvenilirliği ve kesinliğini temin edecektir.

O halde, eş etkili önlem kavramı için Birlik içi ticaretin önündeki tedbir ve kısıtlamaları kaldırırken üye devlet menfaatlerini de gözetken bir tanım önerisi yapmak gerekirse, eş etkili önlemlerin;

“(1) Üye devletler arasındaki mal ticaretini ve malların piyasaya girişini doğrudan ya da dolaylı, bilfiil ya da potansiyel olarak kısıtlamaya, zorlaştırmaya veya engellemeye elverişli tüm ticari kurallar ile bunlara ek olarak, ürün kullanımı, ürün gereklilikleri ve belirli satış düzenlemelerine dahil edilemeyen diğer tüm ticari düzenlemeler, ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın, kamu yararının emredici gereklilikleri zorunlu kılmadıkça eş etkili önlem kabul edilir.

(2) Kamu yararının emredici gereklilikleri tespit edilirken, haklı sebep ve makul olma ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapılır.”

şeklinde düzenlenebileceği söylenebilecektir.

Bu tanım, en azından belirli bir mevzuat hükmü oluşturmak üzere başlangıç kabul edilebilir ve elbetteki akademik çalışmalar ve Komisyonun mevzuat çalışmaları ile geliştirilip genişletilmeye muhtaçtır. Bu çalışmada oluşturulan taslak düzenleme, ağırlıklı olarak Adalet Divanı kararlarından yapılan çıkarımlara dayalı olarak

oluşturulduğundan, aynı alana yönelik ileride yapılacak çalışmalarda, Avrupa Birliği organları tarafından son yıllarda oluşturulan ve gelişmeler paralelinde oluşturulacak olan düzenlemelerin uygulamadaki etkisinin dikkate alınabileceği önerisinde bulunulabilir.



KAYNAKÇA

1. ALTER Karen J. ve S. Meunier-AITSAHALIA, "**Judicial Politics in The European Community: European İntegration and The Pathbreaking Cassis De Dijon Decision**", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, 1994.
2. ARDA, Erhan. **Ekonomi Sözlüğü**, 2.Baskı, İstanbul 2008.
3. ARIKAN, Ayşe Saadet. "**Fikri-Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat - AB ve Türkiye**" (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi SBE, 2001).
4. ARNULL, Anthony. "**What Shall We Do on Sunday**", *European Law Review (E.L.Rev.)*, Vol.16, 1991.
5. BARENTS, René. "**New Developments in Asures Having Equivalent Effects**", *Common Market Law Review (C.M.L.R.)*, Vol. 18, 1981.
6. BARNARD, Catherine. **The Substantive Law of the EU; The Four Freedoms**, 4. Edition, United Kingdom, 2003.
7. BAYKAL, Sanem. "**AB'de Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Farklı Menfaatler Arasında Denge Arayışı**", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan*, C.5, No.2, 2006, (103-129), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1122/13216.pdf>.
8. BAYKAL, Sanem. "**AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar**", *Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi (ATAUM) Araştırma Dizisi*, No:14, Ankara, 2002. Kısaca: Bireysel Haklar.
9. BOZKURT, Enver, Mehmet ÖZCAN ve Arif KÖKTAŞ. "**Avrupa Birliği Hukuku**", 6. Baskı, Ankara 2012.
10. CAN, Hacı. **Avrupa Birliği Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul 2013-II.
11. CANDAN, Tolga. "**Malların Serbest Dolaşımı**", Belgin AKÇAY ve Gülüm Bayraktaroğlu ÖZÇELİK (Ed.), **Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar** içinde (15-75), 2.Baskı, Ankara, 2012. Kısaca: Malların Serbest Dolaşımı.
12. CANDAN, Tolga. "**Topluluk Hukukunda Miktar Kısıtlamasına Eş Etkili Önlemler**" (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).

13. CHALMERS, Damian. "**Repackaging the Internal Market - The Ramifications of the *Keck* Judgment**", *E.L.Rev.* Vol.19, 1994.
14. CHRISS, Richard. "**Keck Considered: A New Doctrinal Model for the Free Movement of Goods in the EU**", *Pace International Law Review*, Vol.7, Issue I, 1995 (149-175), <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol7/iss1/5/>.
15. CRAIG, Paul ve Gráinne de BURCA. **EU Law: Text, Cases and Materials**, 5. Edition, New York, 2011.
16. CUTHBERT, Mike. **European Union Law**, 4. Edition, London, 2003.
17. ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar. "*Avrupa Birliği'nde Malların Serbest Dolaşımında Eş Etkili Önlemler*" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2009).
18. DASHWOOD, Alan ve Derrick WYATT. **Wyatt and Dashwood's European Community Law**, 3.Edition, London, 1993.
19. DAVIES, Gareth. "**Process and production method - based trade restrictions in the EU**" *Cambridge Yearbook of European Legal Studies (CYELS)*, Vol.10, 2008 (69-97).
20. DAWES, Anthony. "**A Freedom Reborn? The New Yet Unclear Scope of Art.29 EC**", *E.L.Rev.*, Vol.34, 2009 (639-649).
21. DOUGAN, Michael. "**Annotation of Sapod Audic**", *C.M.L.R.*, Vol. 40, 2003.
22. DÖĞÜŞ, İlhan. "**ECJ As a Public Policy Maker: Its Strategies to Balance the Conflicting Public Interest and Free Movement of Goods**", *Akdeniz University - University of Hamburg*, Antalya, 2011, http://www.academia.edu/2128022/ECJ_as_a_public_policy_maker_Its_strategies_to_balance_the_conflicting_public_interest_and_free_movement_of_goods_.
23. EGAN, Michelle P. **Constructing a European Market: Standards, Regulation and Governance**, Oxford 2001.
24. EUROPEAN COMMISSION, "**Free Movement of Goods: Guide to the Application of Treaty Provisions Governing Free Movement of Goods**" 2010 [673 final].
25. GORMLEY, Laurence W. "**Some Reflections on the Internal Market and Free Movement of Goods**", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 16, Issue 1, 1989 (9–20).

26. FICHTNER, Nikolai. "**The Rise and Fall of the Country of Origin Principle in the EU's Services Directive: Uncovering the Principle's Premises and Potential Implications**", *Essays in Transnational Economic Law*, No:54, 2006, <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft54.pdf>.
27. FOSTER, Nigel. **Questions & Answers EU Law**, 6. Edition, Oxford, 2007.
28. FRIEDBACHER, Todd. J. "**Motive Unmasked: The European Court of Justice, the Free Movement of Goods and the Search for Legitimacy**", *European Law Journal*, Vol. 2 Issue 3, 1996.
29. GONZALES, Géraldine. "**EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria (2003) ECR I-5659**", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol.31(3), 2004 Netherlands (219-230).
30. GÖÇMEN, İlke. "**AB Maddi Hukuku, Malların Serbest Dolaşımı: Miktar Kısıtlamaları ve Eş Etkili Tedbirler**", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2013, <http://acikders.ankara.edu.tr/course/view.php?id=61>.
31. GREEN Nicholas, Trevor C. HARTLEY ve John Anthony USHER. **The Legal Foundations of The Single European Market**, New York, 1991.
32. GÜNEŞ Ahmet M., **Avrupa Birliği Hukukuna Giriş**, 1.Baskı, İstanbul, 2013.
33. GÜNUĞUR, Haluk. **Avrupa Birliği'nin Kurucu Antlaşmaları, Gümrük Birliği ve Tek Pazar (İç Pazar)**, Avrupa Birliği El Kitabı, Ankara 1995.
34. GÜRBÜZER, Senem. "**Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Malların Serbest Dolaşımı**" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010).
35. HANCHER, Leigh. "**Creating the Internal Market for Pharmaceutical Medicines - An Echter Nach Jumping Progression**", *C.M.L.R.*, Vol.28(4), 1991 (821-853).
36. HOJNIK, Janja. "**Free Movement Of Goods in a Labyrinth: Can Buy Irish Survive The Crises?**", *C.M.L.R.*, Vol.49, 2012.
37. JARVIS, A. Malcom. **The Application of EC Law by National Courts: The Free Movement of Goods**, Oxford 1998.
38. JUNCKER, Jean-Claude. "**A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change**", Political Guidelines for the next

European Commission, Opening Statement in the European Parliament Plenary Session, http://ec.europa.eu/about/juncker-commission/priorities/index_en.htm.

39. KACZOROWSKA, Alina. **“Gourmet Can Have His Keck and Eat It!”**, *European Law Journal*, Vol. 10, Issue 4, 2004.
40. KEYNES, John Maynard. *"The General Theory of Employment Interest and Money"*, United Kingdom, 1936, <https://cas2.umkc.edu/economics/people/facultypages/kregel/courses/econ645/winter2011/generaltheory.pdf>.
41. KORKMAZ, Cansu. **“Free Movement of Goods In European Union Member States”**, *Kadir Has Üniversitesi*, https://www.academia.edu/2583771/Free_Movement_of_Goods_in_European_Union.
42. LEIDIG, Michael ve Ambrose EVANS PRITCHARD, **"Farmer in Marmalade Rebellion"**, *Daily Telegraph*, 21.10.2003, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/austria/1444744/Farmer-in-marmalade-rebellion-against-EU.html>.
43. MACMALOIN, Caoimhín. **"Free Movement of Foodstuffs, Quality Requirements and Consumer Protection: Have The Court and Commission Both Got It Wrong?"**, *E.L.Rev.*, Vol.26, 2001.
44. MADURO, Miguel Poiares. **"Striking The Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in The EU"** Philip ALSTON (Ed.), *The EU and Human Rights* içinde, Oxford, 1999.
45. MADURO, Miguel Poiares. **"Keck: The End? The Beginning of the End? Or Just the End of the Beginning?"**, *Irish Journal of European Law*, Vol. 3, 1994, (30-43).
46. MARENKO, Giuliano ve Karen BANKS, **"Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement; Discrimination Unearthed"**, *E. L. Rev.*, Vol.15, 1990.
47. MOUSSIS, Nicholas. **Avrupa Birliği Politikalarına Giriş Rehberi**, Ahmet Fethi (çev.), İstanbul, 2004.
48. OLIVER, Peter. **"Of Trailers ad Jet-Skis: is the Case Law on Article 34 TFEU: TFEU Hurling in a New Direction?"**, *Fordham Journal of International Law*, Vol.33, Issue 5, 2011 (1423-1471), <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2209&context=ilj>.

49. OLIVER, Peter. "Some further reflections on the scope of Article 28-30 (EX 30- 36) EC", *C.M.L.R.* Vol.36, 1999.
50. OLIVER, Peter ve Stefan ENCHELMAIER, "Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law", *C.M.L.R.*, Vol. 44, Issue 3, 2007, (649–704).
51. ORLADINI, Giovannini. "The Free Movement of Goods as a Possible Community Limitation or Industrial Conflict", *European Law Journal*, Vol.6, No.4, 2000.
52. ÖZEL, Sibel. **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, İstanbul 1998.
53. ÖZCAN, Mehmet. **Avrupa Birliği'nde Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara 1999.
54. PARAPATITS, Felicitas. "The Influence of the (post) Keck Case Law on the Freedom to Provide Services", http://www.stiftung.at/wp-content/uploads/2012/06/The_Influence_of_the_post_Keck_Case_Law_on_the_Freedom_to_Provide_Services-Felicitas-Parapatits.pdf.
55. PLENDER, Richard ve John USHER, **Plender and Usher's Cases and Materials on the Law of the European Communities**, Edinburgh, 1989.
56. QUINN Mary ve Nicholas MACGOWAN, "Could Article 30 impose obligations on individuals?" *E.L.Rev.*, Vol.12, 1987.
57. REGAN, Donald H. "An Outsider's View of Dassonville and Cassis de Dijon: On Interpretation and Policy", Miguel Poiares MADURO and Loïc AZOULAI (Ed.), **The Past and Future of EU Law -The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty** içinde, 2010 (465-473).
58. REICH, Norbert. "The 'November Revolution' of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited", *C.M.L.R.*, Vol.31, 1994 (459-492).
59. SEYİDOĞLU, Halil. **Uluslararası İktisat: Teori, Politika ve Uygulama**, 15. Baskı, İstanbul 2003.
60. SHAW, Josephine. **European Community Law**, 1. Edition, Oxford, 1993.
61. SIMON, Horner. **Parallel Imports**, London 1987.

62. SMITH, Adam. "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations", Lausanne, 2007, https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf.
63. SNELL, Jukka. **Goods and Services in EC Law; A Study of the Relationship Between the Freedoms**, New York 2002.
64. SPAVENTA, Eleanor. "Leaving Keck behind? The Free Movement of Goods After the Rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos", *E.L.Rev.*, Vol.35, No.6, 2009 (914-932).
65. STADLMEIER, Sigmar. "Milestones on the Road to Keck", *Croatian Yearbook of Euroean Law and Policy (CYELP)*, No.2, 2006 (51-68), <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/14/14>.
66. STEINER, Josephine. "Drawing the Line; Uses and Abuses of Article 30 EEC", *C.M.L.R.*, Vol.29, 1992, (749-774). Kısaca: Drawing the Line.
67. STEINER, Josephine. **Textbook on EEC Law**, 3. Edition, London, 1992.
68. STEINER, Josephine ve Lorna WOODS, **EU LAW**, 10. Edition, New York, 2009.
69. SZYSZCZAK, Erika. "Sunday Trading and Article 30 EEC", *E.L.Rev.*, Vol.16, 1991.
70. TEZCAN, Durmuş. **Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü**, Ankara 2002.
71. TEKİNALP, Gülören ve Diğerleri, **Avrupa Birliği Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul 1997.
72. T.C. BAŞBAKANLIK AVRUPA BİRLİĞİ GENEL SEKRETERLİĞİ, "Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (Lizbon Antlaşması)", Ankara 2011.
73. THORVALDSSON, Björn. "Keck and Mithouard", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund University, Master of European Affairs Programme - Law, 2002).
74. WEATHERILL, Stephen. "After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification", *C.M.L.R.*, Vol.33, 1996 (885-906). Kısaca: After Keck.
75. WEATHERILL, Stephen. "Breach of Directives and Breach of Contract", *E.L.Rev.*, Vol. 26, 2001 (177-186).

76. WEATHERILL, Stephen. **Case and Materials on EU Law**, 7. Edition, New York, 2006. Kısaca: Case and Materials.
77. WEATHERILL, Stephen ve Paul BEAUMONT, **EU Law**, London 1999.
78. WEATHERILL, Stephen. "**Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market**", Catherine BARNARD ve Joanne SCOTT (Ed.), **The Law of the Single European Market**, 2002.
79. WEATHERILL, Stephen. "**The Free Movements of Goods: A Survey of the Decisions of the Court of Justice in 1991**", *E.L. Rev.*, Vol.17, 1992.
80. WEILER, Joseph H.H. "**The Constitution of The Common Market Place**", Paul CRAIG ve Gráinne de BURCA (Ed.) , **The Evolution of EU Law**, New York 1999.
81. WHITE, Eric L. "**In Search of The Limits to Article 30 of Treaty**", *C.M.L.R.*, Vol.26, 1989 (235-280).
82. WOODS, Lorna. **Free Movement of Goods and Services within the European Community**, Ashgate, 2004.
83. YAVAŞI, Mahmut. "**Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Türkiye**", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku (FMR) Dergisi*, C.1, S.2001/4, 2001, <http://www.ankarabarusu.org.tr/sitelet/ankarabarusu/frm/makale/2001-4/2.pdf>.
84. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/
85. <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>