

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU) ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

AYBIKE KARAHAAN

DANIŞMAN

PROF. DR. KEMAL ŞENOCAK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ankara-2017

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU) ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı:

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi.....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../2017)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

İmzası

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN ORTAYA ÇIKIŞI, HUKUKİ KAYNAKLARI VE

DÜZENLENME AMACI

I. UYUMLU EYLEMLERİN ABD, AB VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ KAYNAKLARI.....	3
A. AMERİKAN REKABET HUKUKUNDA	3
1. Amerikan Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar	3
a. Sherman Kanunu.....	4
b. Clayton Kanunu	8
c. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu	9
d. Robinson-Patman Kanunu	10
2. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler.....	11
a. Sherman Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler	11
b. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı	13
c. Chicago ve Harvard Okulu Görüşleri	17
B. AB REKABET HUKUKUNDA.....	20
1. AB Mevzuatı.....	20
2. AB Rekabet Hukuku Mevzuatında Uyumlu Eylemler	22
C. TÜRK REKABET HUKUKUNDA.....	26
II. UYUMLU EYLEMLERİN DÜZENLENME AMACI.....	29

İKİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEM KAVRAMI VE UNSURLARI

I. UYUMLU EYLEM KAVRAMI.....	33
A. GENEL OLARAK.....	33
B. UYUMLU EYLEMLERE İLİŞKİN DOKTRİNDE YAPILAN TANIMLAR	35
C. ABAD KARARLARINDA UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI	37
D. TÜRK REKABET KURUMU KARARLARINDA UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI.....	41
II. UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI.....	43
A. GENEL OLARAK.....	43

1. Doktrine Göre Uyumlu Eylemlerin Unsurları	43
2. İçtihatlarda Uyumlu Eylemlerin Unsurları	45
a. ABAD kararlarında	45
b. Rekabet Kurulu Kararlarında	48
B. TEŞEBBÜSLER ARASINDA GERÇEKLEŞMESİ	50
1. Teşebbüs Kavramı	50
2. Hukuki Bağımsızlık ve Ekonomik Birlik Yaklaşımları	54
3. Teşebbüs Kavramının Somutlaştırılması	63
a. Ticari İşletme-Esnaf İşletmesi ve Teşebbüs	64
b. Devlet-Kamu Kuruluşu ve Teşebbüs	66
C. TEŞEBBÜSLER ARASI BAĞLANTI/ORTAK BİR PLANIN VARLIĞI	72
1. Bir İrade Uyuşması Arayışı Olarak Ortak Bir Planın Varlığı	72
2. Bağlantının Özellikleri	76
a. Bilgi Değişimleri	78
b. Toplantılar	92
c. Tavsiyeler	94
d. Kamuya Yönelik Duyurular	97
D. PARALEL DAVRANIŞLARIN VARLIĞI	101
1. Oligopolistik Karşılıklı Bağımlılıktan Kaynaklanan Bilinçli Paralel Davranışlar ..	101
a. Oligopol Piyasa ve Oligopolistik Bağımlılık	101
b. Bilinçli Paralel Davranışlar	106
2. Uyumlu Eylem Kapsamının Genişlemesi	112
a. Eylem Kavramı	112
b. Eylem-Bilgi Değişimi İlişkisi ve Uyumlu Eylem Kavramının Geniş Yorumlanması	114
E. REKABETİN SINIRLANMASI	116
1. Rekabetin Sınırlanması Kavramı	116
2. Amaç ve Etki Açısından Rekabetin Sınırlanması	117

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI İLİŞKİLER VE MADDİ

REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

I. UYUMLU EYLEMLERİN ANLAŞMA VE KARARLAR İLE İLİŞKİSİ	122
A. ANLAŞMALARIN UYUMLU EYLEMLER İLE İLİŞKİSİ	123
1. Anlaşma Kavramı	123
2. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Arasındaki İlişki	125
B. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARININ UYUMLU EYLEMLER İLE İLİŞKİSİ	134
1. Teşebbüs Birliği ve Teşebbüs Birliği Kararı Kavramı	134
2. Kararların Bağlayıcılığı ve Birlik Tavsiyeleri	139
II. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ	146

A. <i>HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE UYUMLU EYLEMLER</i>	146
B. <i>BİRLEŞME VE DEVRALMALAR İLE UYUMLU EYLEMLER</i>	150

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI	153
A. <i>GENEL OLARAK</i>	153
B. <i>UYUMLU EYLEMLERDE İSPATIN ÖZELLİKLERİ</i>	155
1. Uyumlu Eylemlerde İspat Araçları	157
2. Uyumlu Eylemlerde İspat Ölçüsü	165
3. Uyumlu Eylemlerde İspat Yüğü	168
C. <i>İSPAT AÇISINDAN PARALEL DAVRANIŞLAR VE BAĞLANTI</i>	172
1. İspat Açısından Paralel Davranışlar	172
a. Amerikan Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar	175
b. Avrupa Birliği Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar	177
c. Türk Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar	180
2. İspat Açısından Bağlantı	187
a. Bilgi Değişimleri	189
b. Toplantılar	193
c. Kamuya Yönelik Duyurular	194
II. UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI	196
A. <i>KAMU HUKUKU ALANINDAKİ SONUÇLAR</i>	197
1. Yapma-Yapmama Emri	197
2. İdari Para Cezaları	199
3. Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu	201
B. <i>ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLAR</i>	202
1. Geçersizlik Yaptırımı ve Uyumlu Eylemler	202
2. Tazminat Hakkı	202
SONUÇ	211
KAYNAKÇA	218
TEZ ÖZETİ	234
SUMMARY	236

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişı Hakkında Antlaşma
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
Assn.	: Association
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİAK	: Basın İzleme Araştırma Kurulu
BK	: Birleşik Krallık
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMLR	: Common Market Law Review
Corp.	: Corporation
E.	: Esas
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Report
EU	: European Union
Inc.	: Incorporation
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
m.	: Madde

No	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OJ	: Official Journal
Rev.	: Review
RKHK	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
sec.	: Section
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Teb.	: Tebliğ
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UK	: United Kingdom
U.S.	: United States Reports
v.	: Versus
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vol.	: Volume
Yüksek Mahkeme	: Amerikan Yüksek Mahkemesi

I. GİRİŞ

Teşebbüslerin ticari açıdan başarı elde edebilmesi, piyasa şartlarına uygun şekilde karar almaları ve söz konusu kararları uygulamaya geçirmelerine bağlıdır. Teşebbüsler, kararlarını kural olarak tek başlarına veya başka teşebbüsler ile beraber alabilirler. Bununla birlikte, teşebbüsler arasında gerçekleşen işbirliklerinde mutlak bir serbestlik tanınması rekabetin bozulması neticesine yol açar. Zira söz konusu halde güçlü durumda olan teşebbüslerin piyasada hakim duruma gelmek suretiyle piyasa şartlarını diledikleri gibi belirlemeleri ve değiştirmeleri mümkündür. Dolayısıyla rekabet ihlallerini engellemek açısından, danışıklı ilişkiler olarak anılan RKHK m. 4 ve ABİDA m. 101 kapsamında yer verilen anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler rekabet hukukunun en önemli konularından biridir. RKHK m. 4 çerçevesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir.

Çalışmamızda aralarındaki etkileşim ve ilişki nedeniyle Türk hukuku ve Avrupa Birliği hukukunda uyumlu eylemler teorik ve uygulamaya yönelik olarak ele alınmıştır. Amerikan rekabet hukuku ise uyumlu eylemler kavramının çıkış noktası olması nedeniyle önem taşımakta olduğundan, yeri geldikçe söz konusu hukuk sistemi çerçevesinde uyumlu eylemler konusu ele alınmıştır.

Dört bölümden oluşmakta olan çalışmamızın, birinci bölümünde uyumlu eylemlerin Amerikan, Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda ortaya çıkışı, hukuki kaynakları ile uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı ele alınmaya çalışılmıştır. İkinci bölüm uyumlu eylemin tanımlanması ve unsurlarına hasredilmiştir. Üçüncü bölümde ise, diğer danışıklı ilişkiler olan

anlaşma ve teşebbüs birliği kararları ortaya konmaksızın uyumlu eylem kavramının tam manası ile anlaşılamayacağı gerekçesi ile uyumlu eylemlerin diğer dânişıklı ilişkiler ve maddi rekabet kuralları ile ilişkisi incelenmeye çalışılmıştır. Son bölümde ise, uyumlu eylemlerin ispatı ve hukuki sonuçları ele alınmaya çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN ORTAYA ÇIKIŞI, HUKUKİ KAYNAKLARI VE DÜZENLENME AMACI

I. UYUMLU EYLEMLERİN ABD, AB VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ KAYNAKLARI

A. AMERİKAN REKABET HUKUKUNDA

1. Amerikan Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar

Amerikan hukuk sisteminin temelini “Common Law” oluşturmaktadır. Bu ise geleneklerin kural haline getirilmesinden ibaret olup, Kıta Avrupası hukuku ile kıyaslandığında, söz konusu sistem fazlaca yargısal kararlara dayanmaktadır¹. Söz konusu hukuk sisteminin kaynağı sadece yazılı kurallar olmayıp, yargısal kararların öncelik taşıdığı ve bu sebeple hakimlerin kanun koyucu gibi davrandığı görülmektedir².

Amerikan rekabet hukuku, esas itibari ile federal ve eyalet yasalarından oluşmaktadır. Amerikan rekabet hukukunda federal düzeydeki temel kanunlar olarak Sherman Kanunu, Clayton Kanunu, Federal Ticaret Komisyonu Kanunu ile Robinson-Patman Kanunu sıralanabilir. Belirtmek gerekir ki, Amerikan rekabet hukuku “Common Law” sisteminin

¹ *İkizler*, M.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara 2005, s. 26.

² *Alexander, L./Sherwin, E.*: “Judges as Rule Makers”, in Edlin Douglas (Editör): Common Law Theory, Cambridge University Press, USA 2007, s. 27 vd.

esasları üzerine kurulu olduğundan, bahsi geçen kanunlar az bir değişikliğe uğrayarak güncelliklerini sürdürmüşlerdir. Mahkemeler ve rekabet hukuku kurallarını yürütmek ile görevli makamlar sayesinde, kanunların içerdiği kavramlar yenilenerek güncelliklerini muhafaza etmeleri sağlanmıştır³.

İlk olarak Sherman Kanunu ile rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve tekelleşmeleri (trust – tröst) yasaklayan genel ve ayrıntısız, uygulayıcılara geniş takdir yetkisi veren hükümler getirilmiştir. Söz konusu Kanunu takiben ortaya çıkan diğer kanunlar ise, Sherman Kanunu’nu detaylandıran rekabet ihlalleri, karteller ve tekellerle daha etkin bir mücadelede bulunmak amacıyla çıkarılmıştır. Böylece, söz konusu anti-trust kanunları ile Amerikan anti-trust hukukunun temelleri atılmıştır⁴.

a. Sherman Kanunu

Sanayi devriminin sonrasında ve ekonominin hızlı gelişmesi neticesinde talepler hızla artmıştır. Bunun sonucu olarak gerçekleşen rekabet, büyük ölçekli üretimi mecburi kılmış; işletmeler devamlılıklarını sağlamak amacı ile iktisadi yoğunlaşmayı çözüm olarak görmüşlerdir. Böylelikle, büyük şirketler yahut tekeller güç elde etmiştir. Bu halde ise, küçük işletmelerin kendine yetecek oranda veya rekabetin nispeten yumuşak yaşandığı yerel piyasalarda etkinlik göstererek ayakta kalmaları, büyük ölçekli piyasalar ve trust (tröst-tekelle) denilen örgütlenmeler nedeniyle olanaksızlaşmıştır⁵. Trust örgütlenmesi somutlaştırılacak olursa; aynı alanda faaliyet gösteren firmalar aralarından bir kişiyi seçerek, muvazaalı olarak hisselerini söz konusu şahsa devretmektedirler. Bu halde ise, tekelle meydana gelmektedir⁶.

³ İkizler, s. 26.

⁴ Özsunay, E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 15.

⁵ Ilıcak, A.: Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara 2003, s. 65.

⁶ Aslan, İ. Y.: Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999, s. 93.

Sanayi devrimini takiben, ekonominin hızlı gelişmesine bağlı olarak, mevcut rekabet düzeninin piyasalardaki iktisadi güç yoğunlaşmaları ile bozulma tehlikesi yahut bozulmasından kaynaklanan sorunlara karşılık, ilk defa ABD yasama faaliyetleri kapsamında çözüm arayışı içine girmiştir. 19. yüzyılın sonlarında, havuz anlaşması, birleşme, trust gibi bahsi geçen örgütlenmeler süreci başladıktan sonra, söz konusu örgütlenmelerin kontrol altına alınmasına yönelik olarak yargısal içtihatlar ve kanunlar yetersiz kalmıştır⁷. Sherman Kanunu, bahsi geçen durumlara ilişkin olarak 02.07.1890 tarihinde yürürlüğe konulabilmiştir. ABD hukuku kapsamında rekabeti bozabilecek nitelikteki haller kapsamına dahil edilerek yaptırıma bağlandığı Sherman Antitrust Kanunu, federal düzeydeki ilk kanun niteliği taşımaktadır⁸.

Sherman Kanunu ile, rekabetin sınırlanması noktasında genel bir yasak çerçevesi çizilmiş ve herhangi bir ekonomik faaliyet kapsamında söz konusu olabilecek tekellerin kurulmasına yasak getirilmiştir. Sherman Kanunu'nun geniş bir yelpazede ve genel itibari ile rekabetin sınırlanmasına ilişkin öngörmüş olduğu haller, mahkemelere uygulama esnasında kapsamını belirleme ve içeriğini doldurma noktasında geniş takdir yetkisi vermiştir⁹. Şöyle ki, Kanunun rekabeti koruyucu nitelikteki iki genel esasına baktığımızda, Kanunun 1. maddesi, eyaletler arası ya da ABD ile yabancı devletler arası ticareti ve rekabeti sınırlar nitelikte olan, her türlü sözleşme, gizli anlaşma, trust veya benzeri şekilde örgütlenmeyi yasaklamaktadır. Kanunun 2. maddesi ise eyaletler arası ya da ABD ile yabancı devletler arası ticaretin bir alanında tekelleşen, tekelleşmeye teşebbüs eden ya da tekelleşmek için başkalarıyla sözleşme ya da gizli anlaşma yapmayı yasaklamaktadır. Görüldüğü üzere, söz konusu hükümler oldukça geniş kapsamlı ve ayrıntısız düzenlenmiştir. Hükümlerin bu şekilde düzenlenmesi ve Kanunun uygulanmasının mahkemelerce geliştirilecek olması, esasen "Common Law" sistemine de

⁷ Cengiz, D.: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 8 vd.

⁸ Ilıcak, s. 34.

⁹ Özsunay, s. 17.

uygunluk taşımaktadır¹⁰. Zira yasa koyuculardan çoğunun, Kanunun “Common Law” sistemine atıf yaptığı görüşünü benimsemesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Sherman Kanunu’nu diğer kanunlardan ayırma noktasında, “Common Law” sisteminin esas alınması gerekliliği kanaatinde olması açısından bu hususu belirtmek gerekmektedir¹¹. Sherman Kanunu’nun piyasalarda rekabeti korumayı hedeflemek üzere öngördüğü hükümlerin bu denli geniş kapsamlı ve genel olması, mahkemelerin rekabet kavramını nasıl tanımlayacakları ve içeriğini nasıl dolduracakları, devlet müdahaleleri ile rekabetin desteklenmesi halinde nasıl bir çerçeve çizileceği gibi birçok hususta belirsizliğe neden olmuştur¹². Bu nedenle, belirtildiği üzere uygulamacılara rekabet ihlalinin mevcut olup olmadığını belirleme ve söz konusu geniş kapsamlı hükümlerin açıklığa kavuşturulması noktasında geniş takdir yetkisi tanımıştır¹³.

Sherman Kanunu kapsamında düzenlenmemekle birlikte, söz konusu Kanunun uygulanması noktasında ortaya çıkmış “per se” ve “rule of reason” kavramlarına bu başlık altında değinmek gerekmektedir. Belirtildiği üzere, Sherman Kanunu 1. maddesi, rekabeti kısıtlayan her türlü anlaşmayı ve işbirliği muamelelerini hukuka aykırı kabul etmiştir. Anlaşmaların farklı şekillerde ve oranlarda rekabeti kısıtlaması mümkün olduğundan, söz konusu maddenin uygulanması noktasında tereddütler yaşanmış; hangi anlaşmaların hukuka aykırı kabul edileceği hususunda çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Rekabeti kısıtlayan her düzenlemenin hukuka aykırı nitelik taşıdığı, bu doğrultuda Kanunun mahkemelere bu hususta bir serbesti tanımadığı görüşünde olan hakim Harlan ile onunla tamamen aksi görüşte olan ve bu hususa ilişkin olarak rekabeti kısıtlayan faaliyetlerin sosyal yararının rekabeti sınırlama ile

¹⁰ Aşçıoğlu Öz, G.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 4, Ankara 2000, s. 25.

¹¹ Hylton, K. N.: Antitrust Law Economic Theory and Common Law Evolution, USA 2003, s. 30 vd.

¹² Sullivan, E. T.: The Political Economy of the Sherman Act, Oxford University Press, USA 1991, s. 4.

¹³ Şahin, M.: ABD Rekabet Hukuku Politikasında Reform Çalışmaları, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi S. 9, Denizli 2011, s. 6.

meydana gelen zarardan fazla olabileceği konusuna dikkat çeken hakim White’ın söz konusu iki uç iddiası arasında, Amerikan rekabet hukukunun gelişmesine bağlı olarak “per se” ve “rule of reason” doktrinleri doğmuştur¹⁴.

Öncelikle rule of reason (haklı sebep) doktrinine bakıldığında, Sherman Kanunu’nun rekabeti sınırlandırma kabiliyeti olan sözleşmeler ve işbirliklerin bütününe yasaklamasına karşılık, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Standart Oil of New Jersey v. United States¹⁵ davasında vermiş olduğu kararı ele almak gerekir. Mahkeme söz konusu davada, Sherman Kanunu 1. maddesinin, makul dereceyi aşan nitelikte ticari sınırlamalar öngören sözleşme ve işbirliği muamelelerini yasakladığı sonucuna ulaşmıştır. Rule of reason doktrinine göre ise, şayet bir sözleşme ya da işbirliği, amacı veya ticarete etkisi noktasında faydalı birtakım sonuçlar doğurmakta ya da haklı sebeplere dayanmakta ise yasaklanmayacaktır¹⁶. Ancak, bir anlaşmanın doğrudan rekabeti kısıtlayıcı amaçlar doğrultusunda yapılması da mümkündür. Amacı salt rekabeti engellemek veya kısıtlamak olan uygulamalar söz konusu olduğu takdirde rule of reason doktrinine başvurulamayacaktır¹⁷. İşte per se doktrini çerçevesinde, rekabeti kısıtlamak haricinde başka bir amacı bulunmayan anlaşmaların, özü itibari ile yasak olduğu kabul edilmektedir. Bu halde, sözleşme veya işbirliğinin hukuka aykırı olduğuna karar verebilmek için başka hususların araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Söz konusu anlaşmalar per se hukuka aykırı kabul edilecektir¹⁸. Bahsi geçen Standart Oil of New Jersey v. United States¹⁹ davasında verilen kararda, per se doktrinine ilişkin olarak da ilk işaretleri görmek mümkündür. Zira mahkeme bazı durumlar söz konusu olduğunda, hukuka aykırı niteliğin açıkça belirgin ve

¹⁴ Akıncı, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 5, Ankara 2001, s. 214.

¹⁵ Standart Oil of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).f

¹⁶ Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 7, Ankara 2001, s. 81.

¹⁷ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 81.

¹⁸ Akıncı, s. 234.

¹⁹ Standart Oil of New Jersey v. United States 221 U.S. 1 (1911)

rekabete aykırılık teşkil eden halin aşikar olması nedeniyle, makul derecenin aşıp aşılmadığına bakılmasının gerekmediğini belirtmiştir²⁰.

Esas itibarıyla iki ana bölümden oluşan ve birinci bölümü ile bugünkü manası ile rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları, ikinci bölümü ile tekelleşmeyi düzenleyen Sherman Kanunu'nun kapsamının geniş olması, oldukça genel ifadelerle kaleme alınmış olması, hangi hususlara yasak getirdiğinin net olmaması gibi sebepler nedeni ile ciddi şekilde uygulanması mümkün olmamıştır. Aşağıda izah edilecek olan kanunların esas itibarı ile hepsi, Sherman Kanunu'na bir çerçeve çizmek ve hükümleri detaylandırmak adına çıkarılmıştır²¹.

Sherman Kanunu, yeni davalar neticesinde gelişmeye devam etmektedir. Bu yüzden mahkemeler, değişen koşullara ve durumlara cevap verebilecek şekilde esnek olmaktadır²².

b. Clayton Kanunu

Sherman Kanunu'nu tamamlayıcı nitelikte görülen Clayton Kanunu, rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devralmaların, fiyat ayrımcılığının, bağlı ve münhasır anlaşmaların, rakip firmaların ortak bir yönetim kuruluna sahip olmasının örnek gösterilebileceği ortak yönetim hali gibi rekabeti oldukça sınırlayan söz konusu eylemlerin hukuka aykırı nitelik taşıdığını düzenlemek suretiyle, esasen rekabet politikasının alanını bir hayli genişletmiş bulunmaktadır²³. Ayrıca rekabet ihlalleri nedeni ile zarar gören kişilerin, zararlarını üç katına

²⁰ Ata, Ç. D.: Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 109, Ankara 2010, s. 6.

²¹ Aslan, Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, s.93.

²² Shenefield, J. H./Stelzer, I. M.: The Antitrust Law : A Primer, Fourth Edition, USA 2001, s. 20.

²³ Aktaş, C.: Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Anlaşması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi, Ankara 2003, s. 13.

kadar tazmin edebilme imkanı öngörerek, bu kişilerin özel hukuk sahasındaki haklarını kuvvetlendirmiş bulunmaktadır²⁴.

Clayton Kanunu, Sherman Kanunu'nun aksine, belirli davranış tiplerini esas almış ve buna ilişkin düzenlemeler öngörmüştür²⁵. Dolayısıyla Sherman Kanunu'na göre nispeten soyutluktan uzak bir kanun niteliğindedir. Rekabet ihlali hallerinin somut bir şekilde düzenlendiği görülmektedir²⁶.

1936 senesinde Clayton Kanunu'nun fiyat ayrımcılığına ilişkin olarak içerdiği hükümler Robinson-Patman Kanunu ile değişmiştir. 1950 senesinde ise, Kanunun birleşmelere dair hükümlerinde Celler-Kefauver Kanunu ile değişiklik yapılmıştır²⁷.

c. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu

Bir "Federal Ticaret Komisyonu" kurulması amacıyla yönelik olarak 1914 yılında çıkarılan Kanun vasıtasıyla, ticari iş ve eylemleri düzenleme ile hukuka aykırı olarak gerçekleşen rekabet uygulamaları ile mücadele görev ve yetkisi bahsi geçen komisyona verilmiştir²⁸. Önemle vurgulanması gereken husus, söz konusu Kanun ile Clayton Kanunu ve Robinson-Patman Kanunu'nun yürütülmesi görevi Komisyon'a verilirken, Sherman Kanunu için aynı durumun söz konusu olmadığıdır. Ancak, Komisyon'a yürütülmesi görevi verilen kanunların, Sherman Kanunu'nu somutlaştıran kanunlar olduğu unutulmamalıdır. Bahsi geçen kanunları yürütme görev ve yetkisine sahip olan Komisyon, bu bağlamda hukuk davası açarak,

²⁴ TC Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Rekabet Hukuku Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2007, s. 6.

²⁵ Neale, A. D./Goyder D. G.: The Antitrust Laws Of Usa, Third Edition, Cambridge University Press, USA 1980, s. 181 vd.

²⁶ İkizler, s. 28.

²⁷ Rekabet Hukuku Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 7.

²⁸ Özsunay, s. 18.

rekabeti sınırlandıran işlem veya eylemin durdurulmasını talep edebilme hakkına sahip olmaktadır²⁹.

Federal Ticaret Komisyonu Kanunu, Clayton, Sherman ve Robinson-Patman Kanunları kapsamında düzenlenen rekabet ihlallerini de içinde barındırdığından önemli bir yere sahiptir. Özellikle Kanunun haksız rekabet yöntemlerinin önlenmesine ilişkin olan hükmü (m. 5) önem arz etmektedir. Söz konusu hüküm 1938 yılında yapılan değişiklikler (Wheeler-Lea Amendments) neticesinde iş hayatında başvuru haksız ve aldatıcı eylem ve işlemleri bünyesine dahil etmiş bulunmaktadır³⁰.

Federal Ticaret Komisyonu'nun tüketici haklarına ilişkin olarak da görevleri bulunmakta olup; söz konusu Kanun yalnızca rekabet ihlali hallerini değil; aynı zamanda tüketici aleyhinde olan bütün halleri de kapsayacak şekilde hükümler içermektedir³¹.

Esasen Kanunun teknik olarak rekabet kanunları arasında sayılmadığını ve temel işlevinin haksız rekabet uygulamalarına karşı tüketicinin korunması olarak görüldüğünü belirtmek gerekir³².

d. Robinson-Patman Kanunu

Clayton Kanunu'ndaki fiyat ayrımcılığını önlemeye yönelik hükümlerindeki eksiklikleri gidermek üzere 1936 yılında kabul edilen Robinson-Patman Kanunu, Clayton Kanunu'ndan farklı bir şekilde sadece büyük satıcılar düzeyinde değil; alıcılar veya müşteriler düzeyinde mevcut olan rekabeti de düzenlemiştir. Bu şekilde ulaşılmak istenen amaç, güçlü

²⁹ Aslan, Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, s.72 vd.

³⁰ İkizler, s. 28.

³¹ Rekabet Hukuku Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 6 vd.

³² Goyder, D. G.: EC Competition Law, Oxford University Press, Third Edition, USA 1998, s. 382.

konumda olan alıcıların arz edenle yapmış olduğu anlaşmalar vasıtası ile, küçük satıcılara karşı haksız rekabet içerisine girerek avantaj elde etmesinin önlenmesidir³³.

Robinson-Patman Kanunu fiyat ayrımcılığını yasaklayan düzenlemeler içermektedir. Bu bağlamda, fiyat ayrımcılığını kamufle etmek amacı ile uygulanan komisyon verme yöntemleri ile promosyon ve reklam noktasında ayrımcı uygulamalara gidilmesi de kanun kapsamında yasaklanmıştır³⁴.

Robinson-Patman Kanunu, konusu sadece maddi mal olan satışlarda uygulama alanı bulur. Hizmet sunumları ve gayrimaddi malların satışı Kanun kapsamında değildir³⁵.

2. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler

a. Sherman Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukuku çerçevesinde, uyumlu eylemler düzenlemelerine ABD antitrust hukukunda karşılık gelen kanun Sherman Kanunu'dur³⁶. Clayton ve Robinson-Patman Kanunları çerçevesinde yer alan hükümlerin benzerlerine ise, Türk ve AB rekabet hukuku kapsamında, rekabeti sınırlayıcı davranış örnekleri arasında rastlanmaktadır³⁷.

Sherman Kanunu'nun birinci maddesinde ticareti kısıtlamaya yönelik her türlü "sözleşme" (contract), "bağlantı" (combination) ve "gizli anlaşma" (conspiracy) hukuka aykırı sayılmıştır³⁸. Uyumlu eylemlere ilişkin düzenlemeler, süreç içerisinde içtihatlar vasıtası ile

³³ İkizler, s. 29.

³⁴ Aslan, Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, s. 71.

³⁵ İkizler, s. 29.

³⁶ Jentz, G. A./Miller, R.L./Cross, F.B./Clarkson, K. W.: West's Business Law, Fourth Edition, USA 1997, s. 741.

³⁷ İkizler, s. 30.

³⁸ Sherman Kanunu Sec. 1: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is declared to be illegal."

Amerikan rekabet hukukuna dahil olmuş olup, görüldüğü üzere Sherman Kanunu’nda “uyumlu eylem” (concerted action) kavramı olarak mevcut değildir³⁹.

Sherman Kanunu’nun ilgili maddesinde, yukarıda bahsi geçen “sözleşme” (contract), “bağlantı” (combination) ve “gizli anlaşma” (conspiracy) kavramları yer almaktadır. İlk olarak, “contract” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususuna değinmek gerekir. “Contract” kavramından Kıta Avrupası hukukundaki sözleşme anlaşılabilirliği gibi, maddede geçen “contract” kavramı geniş kapsamlı yorumlandığında, hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmaları da bünyesine dahil edilebilmektedir. Bu genişlikte yorumlandığı takdirde, diğer iki kavram olan “combination” ve “conspiracy” ile arasında önemli derecede bir fark bulunmayacaktır⁴⁰. Ancak Sherman Kanunu’nun içtihatlarla şekillendiği göz önünde bulundurulduğunda, United States v. Trans-Missouri Freight⁴¹ davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu karara değinmek gerekir. Söz konusu davada Yüksek Mahkeme, Amerika’nın batısındaki taşımacılığın önemli bir kısmını kontrol etmekte olan on beş demiryolu şirketinin fiyat tespitini içeren anlaşmalarını değerlendirmiştir. Neticede ise, Sherman Kanunu’nun 1. maddesinin hukuken bağlayıcı olup olmadığına bakılmaksızın, sözlü yahut yazılı anlaşmaları kapsadığı belirtilmiştir⁴². Maddedeki “combination” kavramı, Sherman Kanunu’nun lafzı düşünüldüğünde, trust veya bu türdeki birlikler olarak algılanabilse dahi, esasında ceza hukukundaki anlamına daha yakındır. Bu itibarla da, birden çok kimsenin yasal olmayan faaliyetlerde bulunmak amacı ile birleşmelerini ve bu şekilde meydana gelen birliği ifade etmektedir⁴³. “Conspiracy” kavramı ise, hukuka aykırı bir amacı gerçekleştirmek için birden

³⁹ İkizler, s. 30.

⁴⁰ İkizler, s. 30.

⁴¹ United States v. Trans-Missouri Freight, 166 U.S. 290 (1897).

⁴² Stevens, D.: Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law, Yearbook of European Law, USA 1995, s. 49.

⁴³ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 31.

fazla kimsenin anlaşmasını ifade eder⁴⁴. Bu halde “combination” ve “conspiracy” kavramlarının birbiri ile yakın ilişkisi görülmektedir. Farklı görüşler de mevcut olmakla birlikte, Amerikan rekabet hukukunda gerek doktrindeki görüşler dahilinde, gerekse uygulamada bu iki kavram arasında kayda değer bir fark görülmemektedir. Amerikan rekabet hukukunda “combination” ve “conspiracy” kavramları, hukuken bağlayıcılık taşımayan, rekabeti sınırlama amacı güden uzlaşma ve bağdaşmaların tümünü ifade etmektedir. Dolayısıyla, AB ve Türk rekabet hukuku ile kıyaslandığında söz konusu iki kavram, “uyumlu eylem” kavramını karşılamayacak derecede geniş olup, bünyelerine yalnızca uyumlu eylemleri değil; birlik kararlarını, centilmenlik anlaşmalarını da dahil etmektedirler⁴⁵.

Sherman Kanunu’nun 1. maddesinin uygulanabilmesi, teşebbüslerin birlikte davranmış olmaları halinde mümkündür. Şayet yalnız bir teşebbüsün bağımsız davranışları söz konusu ise, Kanunun 1. maddesi bu halde uygulanmayacaktır⁴⁶.

Birlikte davranış ile tek taraflı davranış arasındaki farkın belirlenmesinden “uyumlu eylem” (concerted action) kavramı doğmuştur. Uyumlu eylemden bahsedebilmek için, Sherman Kanunu’nun 1. maddesi kapsamına girecek teşebbüsler arasında asgari uzlaşmaya sahip davranışların söz konusu olması gerekmektedir⁴⁷.

b. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı

Teşebbüslerin birlikte hareket etmeleri hali ispatlanabiliyorsa zaten sorun mevcut değildir. Şayet teşebbüslerin belli bir yönde davranacaklarına ilişkin yeterli delil bulunmuyor

⁴⁴ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 31.

⁴⁵ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 31 vd.

⁴⁶ Shenefield /Stelzer, s. 16.

⁴⁷ Sullivan, E. T./Harrison, J. L.: Understanding Antitrust and It’s Economic Implications, Third Edition, USA 1998, s. 179.

ise, söz konusu teşebbüsler arasında Sherman Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında bir anlaşmanın varlığından bahsedebilmek noktasında sorun doğmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin uyumlu eylemler ile ilgili önem taşıyan ilk kararı, 1914 tarihli Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. United States⁴⁸, yani Kereste Satıcıları kararıdır. Karara konu olan olayda, Amerikan perakende kereste satıcıları birliklerinin, toptan kereste satıcılarının doğrudan tüketiciye satış yapmasını önlemek için işbirliği yaptıkları iddiası mevcuttur. Davalılar, New York, New Jersey, Pennsylvania, Connecticut Massachusetts, Rhode Island, Maryland ve Columbia bölgesindeki çok sayıdaki perakende kereste satıcısının üyesi olduğu çeşitli kereste birlikleri ve bu birliklerde görev alanlar ile yöneticilerdir. Bölge mahkemesine göre, kereste pazarındaki teşebbüs davranışları, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin sayısındaki çoklukla karşılaştırıldığı takdirde, çok az farklılaşma göstermektedir. Teşebbüslerin bunu başarması, "Official Report" denilen bir raporun dağıtımı ve sirkülasyonu sayesinde edindikleri bilgileri benimsemek ve kullanmak neticesinde olmuştur. Bütün bu hususlar ise, teşebbüsler arasında işbirliğinin olduğunu göstermektedir. Sirkülasyonu sağlanan raporda, içerdiği bilgilerin üyelerin bütününün çıkarlarına uygun olduğu vurgulanmış; her üyeye diğer üyelerin rapora uygun şekilde davranması hususunda beklenti taşıdıkları iletilmiştir. Raporun içeriğinde, perakendeciyi aradan çıkarmak suretiyle doğrudan doğruya tüketiciye satış yapmak için bağlantıya geçen veya halihazırda tüketicilere doğrudan doğruya satışta bulunan toptancıların ad ve adresleri mevcuttur. Tüketicilerle bu şekilde ilişkiler kuran başka toptancıların olması halinde, üyelerden bunlara ilişkin bilgilerin de detaylı şekilde bildirilmesi istenmektedir. Yüksek Mahkeme mevcut olgular itibari ile, bir anlaşmanın söz konusu olduğu sonucuna varılıp varılamadığı sorunu ile ilgilenmektedir. Perakendeciler arasında, adı listelenmiş toptancılarla işlem

⁴⁸Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. United States, 234 U.S. 600 (1914).

yapılamamasına ilişkin bir anlaşmanın mevcut olmadığı raporun içeriğinde yer almakla beraber, listede adı geçen toptancılarla işlem yapan veya yapacak perakendecilere uygulanacak bir yaptırım da öngörülmemektedir. Bununla birlikte birlikler bünyesinde toplanan perakendecilerin giriştikleri tüm eylemlerin amacının, raporda adı geçen toptancılarla işlem yapılmamasını sağlamak olduğunu görmemenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme bu dava ile, Sherman Kanunu kapsamında bir işbirliğinin mevcut olabilmesi için bir anlaşmanın varlığının kanıtlanması gerektiğini yinelemiştir. Bununla birlikte, işbirliğinin doğrudan delillerle ispatlanması çok güç olduğundandır ki; fiilen yapılan ve gerçekleştirilen şeylerden işbirliğine ulaşılabileceği kanaatine varmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu davada toptancıların adlarının sirkülasyonunun, uyumlu eylemler yolu ile işbirliğini başarmak için olduğu ve bunun bu tür eylemlerin doğal sonucu olarak kolayca görülebildiği sonucuna varmıştır⁴⁹.

Sonuç itibari ile, teşebbüsler arasında aynı yönde hareket edeceklerine dair herhangi bir anlaşma mevcut olmamasına karşın, girişmiş oldukları eylemler nedeni ile işbirliğinin var olduğu sonucuna ulaşılabilmiştir. Gizli işbirliğinin var olduğu sonucu çıkarılabilen söz konusu eylemleri, Yüksek Mahkeme bahsi geçen karar kapsamında uyumlu eylemler (concerted action) olarak adlandırmıştır. Dolayısıyla anlaşmanın mevcut olup olmadığı hususunda net ve doğrudan delil arayışından vazgeçilerek, dolaylı ispatın mümkün olduğu gizli işbirliği kavramına eğilim söz konusu olmuştur⁵⁰.

Dolaylı kanıtlara dayanılarak film dağıtıcıları arasında gizli işbirliğinin mevcut olduğu ve bu bağlamda Sherman Kanunu'nun 1. maddesine aykırılık bulunduğu ilişkin Interstate

⁴⁹ İkizler, s. 40.

⁵⁰ İkizler, s. 41.

Circuit Inc. v. United States⁵¹ davası ile sigara üreticilerinin çoğunlukla dolaylı kanıtlara dayanmak suretiyle (talep ve maliyet koşullarına uyulmaması), tekelleşmeye yönelik gizli işbirliği yapmaktan suçlandıkları American Tobacco Co. v. United States⁵² davasını da bu kapsamda ele almak mümkündür⁵³.

İlk olarak Interstate Circuit Inc. v. United States davasında Yüksek Mahkeme, anlaşmanın mevcut olduğu sonucuna varmak için mutlaka doğrudan delillerin olması gerekmediğini ve gizli işbirliğinden söz edebilmek için teşebbüslerin uyumlu davranışa davet edilmiş, böyle bir davranışı planlamış ve akabinde bu plana bağlı kalmış olmalarının yeterli olduğunu belirtmiştir⁵⁴.

Tobacco Co. v. United States davasında Yüksek Mahkeme, gizli bir anlaşmanın mevcut olması için resmi bir anlaşmanın bulunmasının gerekmediği, tarafların amaç ya da anlayış noktasında birlik içinde olmalarının yeterli olacağı ve dolaylı delillere dayanılarak anlaşmanın mevcut olduğu sonucuna ulaşmanın mümkün olduğunu belirtmiştir⁵⁵.

Netice itibari ile, gizli işbirliğinin söz konusu olduğu izlenimi uyandıran dolaylı deliller mevcut ise, bu deliller ile de teşebbüsler arasında anlaşmanın olduğu sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır. Zira gizli işbirliği söz konusu olduğunda, teşebbüsler arasında anlaşmanın olduğunu gösteren doğrudan ve net deliller bulunmayacaktır. Doğrudan delillerin varlığı, ancak teşebbüsler arasında açık bir anlaşmanın mevcudiyeti halinde söz konusu olacaktır.

⁵¹ Interstate Circuit Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

⁵² American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

⁵³ *Hylton*, s. 77.

⁵⁴ *Stevens*, s. 50.

⁵⁵ *Sullivan/Harrison*, s. 183.

c. Chicago ve Harvard Okulu Görüşleri

Chicago ve Harvard Okulu görüşleri, tarihi süreç içerisinde sık sık karşı karşıya gelmiştir. Bilhassa bu iki okulun rekabet hukukunun amacına ilişkin olarak ileri sürdüğü görüşler önemlidir. Ayrıca bağlayıcı anlaşmalar, söz konusu iki okulun çatıştıkları bir diğer önemli konudur.

Harvard Okulu'nun temelleri, 1930-1940 yılları arasında Harvard Üniversitesi'ndeki iktisatçıların çalışmalarına ve büyük oranda Edward S. Mason'un görüş ve çalışmalarına dayanmaktadır. Bu iktisatçılar, çalışmalarında belli pazar ortamlarında söz konusu olabilecek anti rekabetçi hareketleri ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Harvard Okulu'nun savunduğu görüş, pazardaki iktisadi çözümlemenin yapı-davranış-performans arasında yapılacak analiz sonucunda ortaya çıkacağıdır. Harvard Okulu'nun ileri sürdüğü görüşler, 1940-1970 yılları arasında Amerikan iktisadi hayatında önemli bir yere sahip olmuştur. Bu yıllar arasında ABD rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, Harvard Okulu'nun görüşlerinin belirleyici olduğu görülmektedir⁵⁶. Harvard Okulu'nun ileri sürdüğü görüşler özetle şu şekilde ifade edilebilir: Rekabet Kanunu'nda ifade edilen kamu politikasının, ekonomik etkinlikten ziyade daha geniş hedefleri bulunmaktadır. İdari ve yargısal müdahale, politika hedefleri arasında dengeye ulaşmak için gereklidir. Söz konusu müdahale, ekonomik etkinliği maksimize etmeyebilir. Per se yasaklamalar doğrudur. Piyasalar devamlı pazar gücüne muhataptır ve pazar etkinliği karinesi yersizdir⁵⁷. Bu demektir ki; rekabet hukukunun temel amacı iktisadi etkinliğin sağlanmasından daha geniş kapsamlıdır. Chicago Okulu'ndan farklı olarak, devletin piyasalara müdahale etmesini kabul edilebilir olarak nitelendirilmiştir. Yine Chicago Okulu'nun

⁵⁶ Ardic, İ. Y.: Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 57, Ankara 2004, s. 3 vd.

⁵⁷ Aktaş, s. 10.

benimsediği görüşün aksine, küçük teşebbüslerin ve tüketicilerin korunması, ekonomik gücün tek elde toplanmaması gibi amaçları önemsemiştir⁵⁸.

1970’li yıllarda, Chicago Üniversitesi’nin iktisat ve hukuk fakültelerinde bulunan iktisatçı ve hukukçuların, devletin rolünü en aza indirmek hususunda ileri sürdükleri görüşler ile firma ve piyasa teorilerindeki yeni gelişmeler doğrultusunda endüstri iktisadında yeni bir akım başlamıştır⁵⁹. Chicago Okulu olarak bilinen bu yeni yaklaşım tarafından savunulan görüşler şu şekilde özetlenebilir: Rekabet Kanunu’nda belirtilen kamu politikasının tek amacı iktisadi etkinliktir. İktisadi etkinlik ise, üretici ve tüketici surplus toplamı olarak ölçülmektedir. Devlet açısından tüketici refahı noktasında etkinliğin bir ölçüsü, tüketicilere yansıyan fiyatlar üzerinde etki edebilmesidir. Piyasa faaliyetlerine uygulanan per se yasaklamaların engellenmesi gerekmektedir. Piyasa faaliyetlerinin iktisadi etkinliğe olan etkileri değerlendirilmelidir. Pazardaki rekabet, yasal kısıtlamalar olmaksızın muhtemelen daha güçlü olacaktır ve genel itibarıyla regüle edilmeyen pazarlar iktisadi açıdan etkin bir sonuç üretecektir. Yasal müdahale, uyumlu eylemi engelleme, giriş hürriyetini sağlama ve yoğun tekelleşmeyi engelleme ile sınırlandırılmalıdır⁶⁰. Rekabet hukukunun amacına ilişkin olarak Chicago Okulu’nun şiddetle savunduğu görüşlerden anlaşılmaktadır ki; rekabet hukukunun ve bu çerçevede antitrust kanunlarının tek amacı bulunmaktadır ve bütün kanunların bu amaç doğrultusunda uygulanması gerekmektedir⁶¹. Chicago Okulu tarafından savunulan bahsi geçen görüşler gereği, rekabet hukukunun temel amacı iktisadi etkinliğin sağlanmasıdır. Rekabetin korunması ve iktisadi etkinliğin sağlanmasının, küçük teşebbüslerin ve tüketicilerin korunması gibi hedeflerden önce gelmesi gerekmekte ve bu hususun rekabet hukukunun temel amacı

⁵⁸ Tohtar, A. T.: Rekabet Kurumu’nun İnceleme ve Karar Verme Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 15.

⁵⁹ Ardıç, s. 6.

⁶⁰ Aktaş, s. 12.

⁶¹ Aslan, Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, s. 93.

olduğu kabul edilmektedir. İktisadi etkinliğin sağlanmasına ilişkin olarak devletin piyasalara müdahalesinin asgari düzeyde tutulması gerektiğini savunulurken, sosyal faydaların iktisadi etkinliğin sağlanması ile ortaya çıkacağı, tüketicilerin de bu suretle korunmuş olacağı ileri sürülmüştür⁶². Bununla beraber amaç noktasında esas itibariyle bilhassa Türk rekabet hukukunun ekonomi-politik açıdan piyasa ekonomisi ve meşru sınırlar dahilinde sağlanacak rekabetin mevcut bulunduğu bir ekonomik düzenin gerçekleşmesini; toplumsal-politik açıdan ise piyasaya dahil olanların tümünü kapsayacak serbest bir düzenin oluşturulmasını hedeflediğini ifade etmek gerekir⁶³.

Chicago Okulu'nun Harvard Okulu ile çatıştığı bir diğer alan ise, alıcıya ikinci bir malı almak şartı ile satışın yapıldığı bağlayıcı anlaşmalardır. Chicago Okulu bağlayıcı anlaşmaları bir cins fiyatlandırma – fiyat farklılaştırması olarak kabul etmiştir. Harvard Okulu'nun ileri sürdüğü görüş ise bunun üstün olanın iradesini kabul ettirmesi niteliğinde olduğuna yöneliktir. Harvard Okulu bu durumu, Leverage teorisine konu etmiştir. Söz konusu teori gereğince, şayet satıcı bir ürünün tekeline sahip ise, bu ürünün tamamlayıcı parçalarının da tekeli eline geçirebilir. Piyasanın işleyişi de bu noktada satıcıyı bu duruma iter⁶⁴. Bu çerçevede, bir fotokopi makinesinin patentine sahip olan bir satıcının, bu makineyi kiralarken, tekel fiyatı üzerinden makinenin özel mürekkebinin kullanılmasını da muhataba empoze etmesi hali örnek olarak gösterilebilir⁶⁵. Antitrust hukukunda bu durum, mahkemeler tarafından illegal kabul edilmiştir. Ayrıca söz konusu teori çerçevesinde değerlendirildiğinde, ikinci ve yeni bir tekel alanı

⁶² Tohtar, s. 15.

⁶³ Pınar, H.: Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, C. 15, S. 2, Ankara 2014, s. 61.

⁶⁴ Kuntalp E./Özdemir A. M./Arikel S.: Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara 2000, s. 42.

⁶⁵ Posner, R. A.: The Chicago School Of Antitrust Analysis, University Of Pennsylvania Law Review Vol. 67, Iss.19, USA 1979, s. 929.

yaratılması açısından sakınca taşımaktadır⁶⁶. Söz konusu hal karşısında Chicago Okulu’nun etkinlik-verimlilik analizi bulunmaktadır. Chicago Okulu’nun savunduğu görüşler gereğince, piyasa sermayenin tekelci merkezileşmesinin önünde bir engeldir⁶⁷.

Türk rekabet hukuku açısından konu değerlendirildiği takdirde, RKHK m. 4, teşebbüsler arasında anlaşma veya uyumlu eylemler yolu ile oluşturulabilecek bağlayıcı anlaşmaları, m. 6 ise, tüketicileri belli bir ürüne bağlayarak hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır⁶⁸.

B. AB REKABET HUKUKUNDA

1. AB Mevzuatı

Avrupa Birliği, Avrupa devleti olan ülkeler arasında bütünlük sağlamayı ve Avrupa halkları arasında sıkı bir işbirliği oluşturmayı hedefleyen bir örgüttür⁶⁹. Söz konusu amaçları

⁶⁶ Bowman, W. S.: Tying Arrangements and the Leverage Problem, Yale Law School Faculty Scholarship Series Vol. 67:19, USA 1957, s. 19.

⁶⁷ Kuntalp/Özdemir/Arıkel, s. 42.

⁶⁸ “Bu duruma örnek olarak Turkcell ve Telsim’in birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası üzerine Rekabet Kurulu tarafından verilen karar gösterilebilir. Söz konusu kararda, GSM operatörlerinin cep telefonu satıcılarına verdikleri destekler karşılığında kampanya kapsamında satılan telefonların simlock işlemi ile içindeki kartlarda yapılan değişiklik sonucu, cihazın sadece o operatörün sim kartları ile çalışmasının sağlandığı tespit edilmiştir. Bu durumun ise tüketicuyu bağlama suretiyle hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil ettiği iddiasıyla Kurul’a intikal ettirilmiştir. Kurul ilgili pazarın oligopol niteliği gösterdiğini, teşebbüsler arasında RK. m.4 bağlamında herhangi bir anlaşma ve uyumlu eylem tespit edilmediği, ilgili pazarda hizmetin imtiyaz sözleşmesi aracılığıyla ve kamunun gözetim ve denetim yetkisi altında görülmesinden dolayı tam bir fiyat rekabetinin yaşanmadığı hususlarını tespit etmesinin ardından, simlock uygulamasının kampanyalı satışlar kapsamında yaygın bir uygulama olduğunu vurgulamış, bu durumun hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu örneklemede Türkiye’de rekabet uygulamalarının bir yandan serbest piyasa ekonomisinin işleyeceği şartları oluşturmak (özelleştirmeleri ya da kamu hizmeti niteliğindeki işlerin özel kişilere verilmesini özendirerek koşulları sağlamak gibi), öte yandan bu işleyişi içerisinde rekabeti korumak gibi yan yana yarışan, ancak zaman zaman çelişen amaçlar taşıdığını; böylece duruma göre (neo) liberal ya da (Harvard Usulü) müdahaleci sayılabilecek bir tutum izlediğini görüyoruz. Örnek olayda Kurum, hizmetin imtiyaz sözleşmesi aracılığıyla ve kamunun gözetim ve denetim yetkisi altında görülmesinden ötürü piyasanın dışında gerçekleşen denetimi de göz önüne almak zorunda kalmıştır. Burada son olarak Türkiye şartlarını gözetken bu kararın vardığı sonucun, sorunun Chicago Okulunun perspektifinden ele alınması durumunda, mülkiyete ya da hizmetin özelliğine bakılmaksızın, aynen elde edilebileceğini söylemenin, bir spekülasyon olsa da, yanlış sayılmayacağı açıktır.” Detaylı bilgi için bkz. Kuntalp /Özdemir/Arıkel, s. 42 vd.

⁶⁹ Tekinalp, Ü./Tekinalp, G. : Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s. 41.

gerçekleştirmek adına birliğin kullandığı araçlardan önde geleni ortak pazar oluşturmaktır. Bu husus için ise izlenen rekabet politikaları büyük önem taşımaktadır⁷⁰.

Birlik hukukunun kaynakları çeşitli şekillerde sınıflandırılmakla birlikte, anlatımda kolaylık sağlanması açısından birincil ve ikincil mevzuat olarak ikili bir ayrıma gitmek daha elverişli olacaktır. Birincil mevzuattan anlaşılması gereken esas itibari ile antlaşmalardır. İkincil mevzuat ise birlik organlarınca antlaşmalar temel alınarak getirilen tüzükler, direktifler, tavsiyeler, kararlar gibi düzenlemelerdir⁷¹.

Avrupa Birliği'nin oluşumunda esas teşkil eden antlaşmalar, 1951 yılında Paris'te imzalanan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, 1957 yılında Roma'da imzalanan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu Kuran Antlaşma şeklinde sıralanabilir. Kurucu Antlaşmalar olarak nitelenen söz konusu antlaşmalara, 1992 yılında Maastricht'te imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması da dahil olmuştur. Avrupa Birliği Antlaşması, eş zamanlı Kurucu Antlaşmalarda değişiklik meydana getirmekte olup, bir tadil antlaşması niteliğine sahip bulunmaktadır. Bahsi geçen antlaşmalardan olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, 50 yıllık bir süre için akdedilmiş olması nedeni ile 23 Temmuz 2002 tarihinde sona ermiştir⁷².

Kurucu Antlaşmalar olarak anılan söz konusu antlaşmalarda zaman içerisinde değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikler, Avrupa Tek Senedi (1987), Avrupa Birliği Antlaşması (1993), Amsterdam Antlaşması (1999), Nice Antlaşması (2003) ve Lizbon Antlaşması (2009) aracılığı ile gerçekleştirilmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma bünyesinde

⁷⁰ Arı, Z.: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s. 27.

⁷¹ Güzel, O.: AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektöründe Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2003, s. 5.

⁷² <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, erişim tarihi: 06.05.2015.

çeşitli tarihlerde yapılan değişiklikler neticesinde, gerek içerik gerekse isim açısından değişiklikler meydana gelmiştir. İlk olarak, 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Antlaşmasıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın adını Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (ATA) şeklinde değiştirmiştir. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Lizbon Antlaşması ise, Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın adını Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİDA) şeklinde değiştirmiştir⁷³. Ayrıca madde numaralandırması da bu çerçevede değişmiş bulunmaktadır.

2. AB Rekabet Hukuku Mevzuatında Uyumlu Eylemler

Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde uyumlu eylemlere ilişkin düzenlemelere öncelikle Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nda (AKTÇA) rastlanmaktadır. Bu antlaşma ile kartellerin ve ekonomik gücün kötüye kullanılmasının yasaklanması hedeflenmiştir⁷⁴. AKTÇA m. 65/1 gereğince, teşebbüslerin arasında ortak pazar içindeki rekabeti doğrudan veya dolaylı biçimde engelleme, kısıtlama ya da bozma eğilimi içerisinde gerçekleşen anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yasaklanmıştır⁷⁵.

25 Mart 1957' de Roma'da imzalanmış olan ve bu şekilde anılan antlaşma neticesinde Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuş olup, danışıklı ilişkiler m. 85 kapsamında düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Antlaşması dolayısıyla bünyesinde değişiklik meydana getirilmiş olan kurucu Roma Antlaşması'na bakıldığında, rekabet kurallarının amaçları ekonomik ve politik olup, üye devletler arasındaki engelleri kaldırmak suretiyle bir bütünlük yaratmayı, tüketiciyi koruma altına almayı, verimlilik oranını artırmayı ve nihayetinde dürüst,

⁷³ <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, erişim tarihi: 06.05.2015.

⁷⁴ Korah, V.: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Hart Publishing, Ninth Edition, USA 2007, s. 9.

⁷⁵ İkizler, s. 43.

güvenilir ve adil bir rekabet piyasasını oluşturmayı amaçlamaktadır⁷⁶. Ekonomik birliğin sağlanabilmesi adına en etkili araç ise ortak pazar oluşturmaktır. Bahsi geçtiği üzere, ortak pazarın oluşturulabilmesi noktasında, birlik rekabet hukuku düzenlemeleri ve izlediği politika çok önemlidir⁷⁷. Zira ortak pazarın oluşturulabilmesi için en önemli araçlardan biri rekabetin bozulmadığı bir düzenin sağlanmasıdır⁷⁸. Buna ilişkin olarak Birlik Antlaşması'nın 2. maddesinde “Topluluk ortak bir pazarın ekonomik ve parasal bir birliğin kurulması ve 3 ve 3 A maddelerinde yer verilen ortak politikaların ve faaliyetlerin yürürlüğe konulması yolu ile topluluğun bütünü içinde ekonomik faaliyetlerin uyumlu ve dengeli kalkınmanın, çevreye saygılı, sürekli ve enflasyonist olmayan bir büyümenin, ekonomik performansların yüksek derecede bütünlüğünün, yüksek seviyeli bir istihdam ve sosyal korumanın, yaşam seviyesinin, üye devletler arasında ekonomik ve sosyal bütünlükle dayanışmanın iyileştirilmesi görevine sahiptir” ifadesine yer verilmiştir⁷⁹. Söz konusu antlaşmanın 3. maddesi ise, ekonomik bütünleşmenin sağlanmasına yönelik birliğin görevlerini sayarken; 3(g) maddesinde “iç pazar dahilinde rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir rejim” ifadesine yer vermiştir.

Sonrasında 7 Şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile AET'nin yerini alan Avrupa Birliği (AB) kurulmuştur. Akabinde ise, 1999 yılında yürürlüğe konulan Amsterdam Antlaşması vasıtasıyla, bahsi geçen 85. madde içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmadan 81. madde olarak değiştirilmiştir. Söz konusu madde kapsamında, üye devletlerin ticari ilişkilerine olumsuz yönde etkisi olan ve ortak pazardaki mevcut rekabetin ihlali hedefleyen

⁷⁶ Aslan, İ. Y.: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s. 12 vd.

⁷⁷ Arı, s. 27.

⁷⁸ Gerber, D. J.: Law and Competition in Twentieth Century in Europe Protecting Prometheus, Oxford University Press, USA 1998, s. 340.

⁷⁹ Baydarol, C. : Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma, İstanbul 1993.

veya bu etkiyi meydana getiren anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler yasaklanmıştır⁸⁰.

17 Aralık 2007 tarihinde Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) şeklinde değişmiştir. Antlaşma ile terminolojide de temel bazı değişiklikler yapılmış ve düzenlemeler yeniden numaralandırılmıştır⁸¹. Söz konusu antlaşmanın 101 – 109. maddelerinde rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler mevcuttur. ABİDA m. 101, teşebbüsler arasındaki danışıklı ilişkilerden kaynaklanan rekabeti engelleyici davranışları düzenlemektedir⁸². Söz konusu hükme göre, üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler yasaklanmıştır. Bu kapsamda doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleme, üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlama veya kontrol etme, piyasaları veya arz kaynaklarını paylaşırma, ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokma, sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülükleri sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlama gibi durumların mevcut olması hali özellikle sayılmıştır. Söz konusu madde uyarınca yasaklanan anlaşmalar veya kararların kendiliğinden geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu noktada AKTÇA m. 65 ile ABİDA m. 101 çerçevesinde yer alan uyumlu eylem kavramlarının arasında fark olup olmadığı, bünyesinde aynı unsurları taşıyıp taşımadığı hususu

⁸⁰ *İkizler*, s. 43.

⁸¹ *Colino*, S. M.: *Competition Law of the EU and UK*, Oxford University Press, Seventh Edition, USA 2011, s. 25.

⁸² *Lista*, A.: *EU Competition Law and The Financial Services Sector*, First Edition, USA 2013, s. 4.

tartışma konusu olmuştur. Bu durum Avrupa Birliği'nin çok dillilik özelliğinden kaynaklanmakta olup, uyumlu eylemlere ilişkin olarak belirtilen ilke ve özelliklerin ABİDA, ATA, AKÇTA açısından geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle çelik pazarının oligopol piyasa yapısı niteliğine sahip olması nedeniyle, AKTÇA çerçevesinde uyumlu eylem kavramı yorumlanırken söz konusu piyasa yapısı dikkate alınmıştır. ABİDA'da uyumlu eylemlere ilişkin değerlendirmelerin daha geniş bir piyasa çeşitliliğinde yapılması mümkün bulunmaktadır⁸³.

Avrupa Komisyonu'nun 2011 yılında yayımladığı “AB Antlaşması'nın 101. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine Dair Kılavuzu⁸⁴” da bu kapsamda değinilmesi gerekli düzenlemelerdendir. Komisyon, Kılavuz'da ABAD içtihiyyla gelişen uyumlu eylem tanımına yer vermekte ve rakipler arasında, mevcut veya potansiyel rakiplerinin pazardaki davranışlarını etkileme veya kendileri tarafından uygulamaya konulan ya da konulması planlanan davranışlardan rakipleri haberdar etme; böylelikle pazarda anlaşmalı sonuçları kolaylaştırma amaç veya etkisine sahip her türlü doğrudan veya dolaylı irtibatın yasaklandığını belirtmektedir⁸⁵.

ABİDA m. 101/1 hükmünün tatbikine ilişkin olarak ise “De Minimis İlkesi (Hoşgörülebilirlik Doktrini)” ortaya çıkmıştır. Bu ilke, üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyen ve rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan bir anlaşmanın, küçük bir etki doğurması durumunda ABİDA m. 101/1 kapsamının dışında kalacağını ifade eder. Bir diğer deyişle,

⁸³ *İkizler*, s. 45 vd.

⁸⁴ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, (OJ) 2011 C 11/01.

⁸⁵ *Pişmaf*, Ş.: İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 115, Ankara 2012, s. 57.

rekabete aykırılık teşkil eden anlaşmanın üye ülkeler arasındaki ticarete hoş görülmeyecek derecede etki etmesi halinde ABİDA m. 101/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁸⁶.

C. TÜRK REKABET HUKUKUNDA

Türkiye’de ilk kefa rekabete ilişkin olarak 7 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiş; mehzı AB hukuku olan ayrı ve bağımsız nitelikteki bu Kanun ile rekabet hukuku düzenlenmiştir⁸⁷. Kanun’un ilk kısmında amaç, kapsam, tanımlar; ikincisinde yasaklanan faaliyetler, Rekabet Kurulu’nun yetkileri, idari para cezaları; üçüncü kısımda teşkilat, Rekabet Kurulu; dördüncü kısımda Rekabet Kurulu’nun inceleme ve araştırmalarında usul; beşinci kısımda rekabetin sınırlandırmasının özel hukuk alanındaki sonuçları ve nihayet altıncı kısımda son hükümler düzenlenmiş bulunmaktadır⁸⁸.

Kanunun “Amaç” kenar başlıklı birinci maddesinde, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamanın hedeflendiği düzenlenmiştir.

RKHK m. 4 çerçevesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir. Madde kapsamında yer alan söz konusu haller ise özellikle şunlardır:

⁸⁶ Tekinalp/Tekinalp, s. 419.

⁸⁷ Pınar, s. 60.

⁸⁸ Güven, s. 72.

“a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayılık hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesidir”.

Söz konusu Kanunun 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında, uyumlu eylem karinesi düzenlenmiştir. Bir anlaşmanın mevcut olup olmadığının ispat edilemediği hallerde, piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde bulunduklarına karine teşkil etmektedir. Maddenin 4. fıkrası çerçevesinde, ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla, taraflardan her

birinin uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğine hükmedilerek, uyumlu eylem içerisinde olmadıklarına ilişkin ispat yükü teşebbüslere ait olmaktadır.

AB rekabet hukuku ile paralellik gösteren bir düzenleme olarak Yatay İşbirliği Hakkında Kılavuz'a da değinmek gerekecektir. Bu Kılavuzun amacı, yatay işbirliği niteliğinde olan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemlerin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ve 5. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesinde dikkate alınacak ilkeleri belirlemek olup, uyumlu eylemin teşebbüsler arasında tam anlamıyla bir anlaşmanın yapıldığı aşamaya gelinmeden, rekabetin getirdiği risklerden kaçınmak ve kendi bağımsız davranışlarının yerine geçmek üzere bilinçli olarak yapılan her türlü pratik işbirliğini veya koordinasyonu ifade ettiği Kılavuz dahilinde ifade edilmiştir.

Kaynak AB rekabet hukukunda yer alan düzenlemeler ile Türk rekabet hukukundaki mevcut düzenlemeler büyük oranda benzerlik taşımaktadır. Bununla birlikte RKHK m. 4 kapsamında yer alan söz konusu düzenleme ile mevcut konuyu düzenleyen ABİDA m. 101 arasında bazı farklar mevcuttur. İlk olarak, RKHK kapsamında yasak kapsamına alınan uygulamalara ek olarak ABİDA m. 101 çerçevesinde üye devletler arasındaki ticareti etkileme niteliği de aranmıştır. Hedefleri arasında üye devletler arasındaki ticaret engellerinin ortadan kaldırılması da olan AB sistemi düşünüldüğünde, bu niteliğin aranıyor olması söz konusu sistem için uygun ve gereklidir⁸⁹. ABD rekabet hukukunda ise, paralel düzenlemeye örnek olarak Sherman Kanunu'nun 1 ve 2. maddelerinde yer alan düzenlemeler örnek gösterilebilir.

⁸⁹ Aşçıoğlu Öz, s. 82.

Bu kapsamda, federe devletlerarası veya ABD ile başka devletlerarası ticaretin etkilenmesi⁹⁰ hususunun dahil edildiği düzenlemelere yer verilmiştir⁹¹.

ABİDA m. 101 ile RKHK m. 4, örneklemek sureti ile rekabete aykırı halleri saymıştır. Bu yönüyle benzer olan bu iki hüküm, RKHK'nın ilgili maddesinin 2. fıkrasının e bendinin münhasır bayilikleri hariç tutması dolayısıyla farklılaşmaktadır. Şöyle ki, her iki düzenlemelerde eşit hak ve yükümlülükler doğuran anlaşmalarda, eşit durumda olan kişilere farklı şartlar uygulamak rekabeti bozacağı gerekçesi ile yasaklanmıştır. Ancak, RKHK kapsamında münhasır bayilikler, bu düzenlemeye dahil edilmekten muaf tutulmuştur. Bu muafiyeti, RKHK m. 5'te yer alan muafiyet düzenlemesi gibi, teknik anlamda bir muafiyet hükmü olarak değerlendirmemek gerekir. Basitçe, bahsi geçen düzenlemenin, münhasır bayilik sözleşmelerine uygulanmayacağı anlamına gelmektedir⁹².

Farklılık arz eden diğer bir nokta ise, RKHK m. 4'ün 3 ve 4. fıkralarında düzenlenmiş bulunan uyumlu eylem karinesidir. Belirtildiği üzere, karine dolayısıyla uyumlu eylemde bulunmadıklarına ilişkin ispat yükü teşebbüslerin üzerindedir. ABİDA'da paralel bir düzenleme mevcut değildir⁹³.

II. UYUMLU EYLEMLERİN DÜZENLENME AMACI

Rekabetin ihlaline yönelik, birbirine rakip teşebbüslerin aralarındaki temas nedeniyle, bağımsız şekilde davranmasını engelleyen, ilgili teşebbüsler arasında ortak bir davranışa sebebiyet veren ve bu şekilde rakip teşebbüslerin davranışları üzerinde etki doğuran davranışlar olarak tanımlanabilecek uyumlu eylemler, kararlar ve anlaşmalar ile kıyaslandığı takdirde,

⁹⁰ Kanun maddelerinin tercümesi için bkz. *Aktaş*, s. 10.

⁹¹ *Aşçıoğlu Öz*, s. 82.

⁹² *Aşçıoğlu Öz*, s. 83.

⁹³ *Aşçıoğlu Öz*, s. 84.

belirleyici olmayan müsterek bir hareket şeklidir. Uyumlu eylemden bahsedebilmek için sözleşmeye lüzum yoktur. Uyumlu eylemlerin bağımsız olarak düzenlenmesindeki amaç, teşebbüslerin ispatı zor olan eşgüdümlü davranışları dolayısıyla rekabetin kısıtlanması veya engellenmesinin önüne geçmektir⁹⁴.

AB hukukunda, uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı rekabet organları tarafından ifade edilmiştir. AB Komisyonu'na göre, ABİDA çerçevesinde uyumlu eylem kavramının bağımsız şekilde düzenlenmesi, teşebbüslerin anlaşma kavramı içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmayan rekabeti sınırlayıcı yöntemler izleyerek, m. 101/1'i dolanmasının önüne geçilmesi amacına hizmet etmektedir⁹⁵.

RKHK m. 4 açısından değerlendirildiğinde ise, anlaşma ve kararların yanı sıra, aynı neticeye daha farklı bir yol izlenerek ulaşılmaya engel olmak maksadı ile, teşebbüsler arasında uyumlu eylemlerde bulunulması da yasaklanmıştır⁹⁶. Kanunun 4. maddesinin gerekçesine bakıldığında, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın mevcut olup olmadığı belirlenemiyor olsa dahi, teşebbüsler arasında bağımsız hareket etmelerini engelleyen, bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan ve dolaylı ilişkilerin rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu olması halinde yasaklandığı belirtilmektedir. Böylelikle teşebbüslerin kanuna karşı hile yolunu işletmek suretiyle rekabeti ihlal eden iş ve eylemlerini hukuka uygun nitelikte yansıtılmalarının önüne geçilmek istendiği ifade olunmuştur. Gerekçeden anlaşıldığı üzere kanun koyucu uyumlu eylemleri, yasaklanmış anlaşmalar yolu ile ulaşılması arzu edilen neticeyi elde etme amacı güden kanuna karşı hile yolu olarak algılamaktadır. Kanunun yasakladığı bir amaca, kanunun

⁹⁴ TÜSİAD: Rekabet Hukuku'nda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Yayın No: TÜSİAD-T/98-12/244, İstanbul 1998, s. 27.

⁹⁵ İkizler, s. 50 vd.

⁹⁶ Çeker, M.: Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, BATIDER C. XVII S. 3, Ankara 1996, s. 89.

yasaklamadığı yol ve yöntemler izleyerek ulaşmak olarak ifade edilebilecek kanuna karşı hile kavramından hareket edildiği takdirde, söz konusu düzenleme teşebbüsler arasında anlaşma şeklinde tezahür etmeyen uygulamaları tespit etmeye yarayacaktır. Bu halde anlaşmalar ve kararlar haricinde kalmakla birlikte, anlaşma ve kararlar ile aynı neticeyi doğuran uygulamalar uyumlu eylemin alanını oluşturacaktır⁹⁷.

Kanuna karşı hile yolu olarak nitelendirilme, uyumlu eylemler tespit edilirken keskin bir öneme sahip olmamakla birlikte, bazı sonuçların çıkarılmasına imkan tanır. İlk olarak, amacı rekabeti korumak olan Kanunun kapsamına rekabeti engelleyen, kısıtlayan, bozan her türlü ilişki girecektir. İkinci olarak, kanuna karşı hile söz konusu olduğunda hileli davranış kanunun metnine uygun niteliktedir. Kanun'un uyumlu eylemleri bu kapsamda değerlendiriyor olmasından, uyumlu eylemler kanun kapsamında düzenlemeseydi dahi aynı sonuçlara anlaşma ve kararlar vasıtası ile ulaşılmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Üçüncü olarak ise, uyumlu eylemlerde ihlal kastının aranıp aranmadığına ilişkin değerlendirmeler bu vasıta ile yapılabilir. Bu noktada, kanun koyucunun iradesinin sonuçtan yana ağır bastığı ve nispeten kastın ikinci planda yer aldığı söylenebilir. Ancak hileli niyetin tamamen bir kenara bırakıldığını söylemek doğru olmaz. Uyumlu eylemler, esas itibari ile bilinçli paralel davranışlar olmakla beraber, tesadüfen gerçekleşen paralellikler gibi bazı durumlar yasak kapsamında değildir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki; bilinçlilik veya hileli niyetin ispatı gerekmemekte; teşebbüslerin birbirleri ile bağlantıya geçmesinden sonra gerçekleşen paralel davranışların tespiti ispat için yeterli görülmektedir⁹⁸.

Uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı, teşebbüslerin kanuna karşı hile dolayısıyla rekabet kanunlarını dolanmasının engellenmesidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki; kanuna

⁹⁷ İkizler, s. 51 vd.

⁹⁸ İkizler, s. 54 vd.

karşı hile kapsamında değerlendirmeye gidilebilmesi için, kanunun çözümlemediği bir sorun olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, bir sorun hakkında kanunda hüküm mevcut olduğu takdirde, sorun söz konusu hüküm çerçevesinde çözümlenir ve yaptırıma tabi olur. Dolayısıyla kanuna karşı hileye başvurulmasına gerek olmaz⁹⁹.

⁹⁹ *İkizler*, s. 54.

İKİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEM KAVRAMI VE UNSURLARI

I. UYUMLU EYLEM KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Amerikan rekabet hukukunda temel kanun niteliğinde olan Sherman Kanunu’nun birinci bölümünde, eyaletler arasında veya ABD ile yabancı devletler arasında ticareti ve rekabeti sınırlar nitelik taşıyan, sözleşme, gizli anlaşma, trust veya benzeri şekilde örgütlenmelerin tümünün yasaklanmış olduğu söylenebilecektir. Görüldüğü üzere, Amerikan kanun koyucusu teşebbüsler arasındaki rekabeti bozduğu gerekçesi ile sayılan işbirliği şekillerini yasaklamıştır. Sayılanlar arasında ise, üçüncü kişilerden gizlenerek yapılan ve ilgili piyasada rekabeti bozucu etki doğurmuş bulunan “conspiracy” denilen gizli anlaşmaların doğrudan delillerle ve bütün olarak kanıtlanamadığı hallerde, mevcut durumun kanıtlanması adına, daha alt düzeyde yer alan uzlaşmaları ifade etmek için “gizli anlaşma” veya “gizli işbirliği” kavramını kullanmıştır. “Uyumlu eylem” kavramını kullanmamıştır¹. Amerikan rekabet hukukunda, gizli anlaşma veya işbirliği anlamına gelen “conspiracy” kavramının bir uzantısı olarak, “concerted action” veya “concerted practice” ile nihayetinde “uyumlu eylem” kavramı geliştirilmiştir².

AB rekabet hukukunda ABİDA m. 101 kapsamında, “uyumlu eylem” (concerted practice) kavramına açıkça yer verilmiştir. Madde kapsamında uyumlu eylem hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanmış olmasına rağmen, bir tanımı yapılmamıştır. Uyumlu eylemler

¹ Cengiz, D.: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 15.

² Arı, Z.: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s. 7.

anlaşma ve karar niteliği taşımayan tüm teşebbüs eylem ve faaliyetlerinin rekabet hukuku açısından denetlenmesine imkan sağladığındandır ki; tanımlama yapma yoluna gidilmemiştir³. Bu süreçte esas itibarıyla uyumlu eylem kavramının tanımını, Komisyon, Adalet Divanı, İlk Derece Mahkemesi ve öğretisi ortaya koymuş bulunmaktadır⁴.

Nihayet, Avrupa Komisyonu’nun 2011 yılında yayımladığı “AB Antlaşması’nın 101. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine Dair Kılavuzu⁵”, ABAD içtihadıyla gelişen uyumlu eylem tanımına yer vermekte ve “rakipler arasında, mevcut veya potansiyel rakiplerin pazardaki davranışlarını etkileme veya kendileri tarafından uygulamaya konulan ya da konulması planlanan davranışlardan rakipleri haberdar etme; böylelikle pazarda anlaşmalı sonuçları kolaylaştırma amaç veya etkisine sahip her türlü doğrudan veya dolaylı irtibatın yasaklandığını” belirtmektedir⁶.

Türk hukukunda ise rekabet düzeninin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler öngörülürken, söz konusu kavramın değişik şekillerde anıldığı “uyumlu davranışlar/uygulamalar”, “önceden mutabık kalınmış uygulamalar” şeklinde isimlendirmelerin olduğu görülmektedir⁷. İlk defa RKHK ile Türk hukukuna dahil olan uyumlu eylem kavramı, ATA m.81/1 hükmünden iktibas edilmiş olup⁸, ABİDA m.101/1’e değiştirilmeksizin olduğu gibi aktarılmıştır.

RKHK m. 4 çerçevesinde uyumlu eylem kavramına yer verilse de, tanımlaması yapılmamıştır. AB rekabet hukuku ile paralellik gösteren bir düzenleme olarak “Yatay İşbirliği

³ İkizler, M.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara 2005, s. 57.

⁴ Ari, s. 79.

⁵ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, (OJ) 2011 C 11/01.

⁶ Pişmaç, Ş.: İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 115, Ankara 2012, s. 57.

⁷ Ari, s. 77 vd.

⁸ Tekinalp, G.: Uyumlu Eylemler Kavramı, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s. 201 vd.

Hakkında Kılavuz” kapsamında uyumlu eylem kavramına yer verilerek, teşebbüsler arasında tam manası ile bir anlaşmanın mevcut olduğu aşamaya gelinmeksizin, rekabetin doğurduğu risklerden kaçınmak ve kendi bağımsız davranışlarının yerine geçmek üzere bilinçli şekilde gerçekleştirilen her türlü pratik işbirliği veya koordinasyon olarak tanımlanmıştır.

B. UYUMLU EYLEMLERE İLİŞKİN DOKTRİNDE YAPILAN TANIMLAR

Uyumlu eylem kavramına ilişkin olarak doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

Aslan⁹, uyumlu eylemi iki veya daha fazla teşebbüsün, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanması mümkün olmayan, bir anlaşmaya dayanmamakla beraber, bilinçli şekilde birbirine paralel hale getirilmiş, rekabeti sınırlayıcı piyasa davranışları şeklinde tanımlamıştır.

Gülören Tekinalp’e¹⁰ göre uyumlu eylemler, teşebbüslerin aralarında bir anlaşma ya da mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan karar ve uygulamalarıdır.

Ünal Tekinalp’e¹¹ göre ise uyumlu eylemler, teşebbüslerin aralarında sözlü veya yazılı herhangi bir sözleşme yapmadan, bir anlaşma ya da mutabakata varmadan, birbirleriyle uyumlu olan kararları alıp uygulamaya koyarak ya da birbirleriyle uyumlu davranışlarda bulunarak, belirli bir mal ya da hizmet piyasasında rekabeti bozmaları, kısıtlamaları ya da engellemeleridir.

⁹ Aslan, İ. Y.: Rekabet Hukuku, Bursa 2007, s. 158.

¹⁰ Tekinalp, G.: Uyumlu Eylemler Kavramı, s. 203 vd.

¹¹ Tekinalp, Ü./Tekinalp G. : Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s. 394 vd.

Topçuoğlu'na¹² göre uyumlu eylem, teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradede yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlardır.

Akıncı¹³ ise, uyumlu eylemleri piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek karlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışları olarak tanımlamıştır. Ayrıca bu tanımın piyasa koşulları ve ekonomik sebepler unsurlarına yer verdiği ve her bir teşebbüsü, karını maksimize etmeye yönelik bağımsız üniteler olarak ele alması gerekçesi ile rekabet hukuku ilkelerine ve hayat gerçeklerine en uygun düşeni olduğunu belirtmiştir.

İkizler'in¹⁴ tanımına göre uyumlu eylemler, iki ya da daha çok teşebbüsün birbirleriyle bağlantıya geçmesi sonucu politikalarının paralelleşmesiyle rekabetin sınırlandırılmasıdır.

Sanlı'ya¹⁵ göre uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası işbirliği kurumudur.

¹² Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 7, Ankara 2001, s. 200.

¹³ Akıncı, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 5, Ankara 2001, s. 145.

¹⁴ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 60.

¹⁵ Sanlı, K. C.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 79.

Atiyas ve Gürkaynak'a¹⁶ göre uyumlu eylem ilk olarak, Nash Dengesi ile açıklanabilen, işbirlikçi olmayan bir dayanışma olmakta ve bu ise teşebbüslerin herhangi bir ilişki içine girmeksizin eşgüdüm oluşturabildikleri haller olarak ifade edilmektedir. İkinci olarak ise, girilen bir ilişki kapsamında bir fiziki uzlaşya varılması halinde meydana gelen eşgüdümdür.

İnan/Piker¹⁷ uyumlu eylemi teşebbüslerin benzer davranışlarda bulunarak rekabeti bilinçli olarak kısıtlaması hali olarak açıklamıştır.

Lazerow'a¹⁸ göre ise uyumlu eylemler, ekonomik bakımdan açıklanmayan veya herhangi bir ekonomik gerekçeye dayanmayan piyasadaki bütün yeknesak davranışları kapsamaktadır. Whish¹⁹ de paralel yönde görüşünü belirtmektedir.

Lane²⁰ ise, uyumlu eylemleri anlaşmadan bağımsız bir kavram olarak değerlendirmekte ve anlaşmaya varmayan işbirliği halleri olarak tanımlamaktadır.

C. ABAD KARARLARINDA UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI

AB rekabet hukukunda uyumlu eylem kavramına ilişkin tanımlamalar esas itibariyle ABAD kararları ile oluşmuştur.

Uyumlu eylem kavramının içini dolduran ilk dava, Dyestuffs²¹ davasıdır. Davanın konusu Dyestuffs üreticilerinin aynı zaman zarfında ve benzer miktarda fiyatlarını yükseltmesinin uyumlu eylem hali olarak nitelendirilmesidir. Birliğin farklı ülkelerinde faaliyette bulunan üreticiler, 1964-1967 seneleri arasında fiyat duyuruları yaparak, fiyatlarında üç defa eş zamanlı

¹⁶ Atiyas, İ./Gürkaynak, G.: Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümlemeler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Kayseri 2006, s. 84.

¹⁷ İnan, N./Piker, M. B.: Rekabet Hukuku, Ankara 2007 s. 30.

¹⁸ Akıncı, s. 145.

¹⁹ Whish, R.: Competition Law, United Kingdom 1985, s. 170.

²⁰ Lane, R.: EC Competition Law, United Kingdom 2000, s. 54.

²¹ Cases 48/69, ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

ve benzer miktarlarda artış gerçekleştirmişlerdir. 1967 yılındaki son fiyat artışından evvel toplantı gerçekleştiren üreticilerden bir kısmı bahsi geçen toplantı esnasında fiyatta artışa gideceklerini rakiplerine iletmişlerdir. Fiyat duyurularını, fiyat artışlarının aynı ürünleri kapsamasını ve benzer miktarlarda uygulanmasını, üreticilerin yavru şirket ve temsilcilerine ilettikleri talimatlarda aynı ifadelerin yer almasını ve gerçekleştirilen toplantıyı kanıt gösteren Komisyon, Dyestuffs üreticilerinin uyumlu eylem halinde oldukları sonucuna ulaşmıştır²². Adalet Divanı'nın bu kararı gereğince uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın tespiti aşamasına varmamış olan ve bunun yerine rekabetin risklerine karşı bilinçli şekilde ikame edilmiş, pratik bir işbirliği doğuran bir koordinasyon şeklidir²³. O halde karar gereği uyumlu eylemden bahsedebilmek için, teşebbüsler arasında bir koordinasyonun mevcut olması, teşebbüslerin pratik bir işbirliği içerisinde olmaları, doğrudan veya dolaylı şekilde gerçekleşen bir temas neticesinde bu işbirliği sonucuna varılması, rakip teşebbüslerin gelecekteki hareketlerine yönelik belirsizliği yok etmek amacı taşıyor olması gerekmektedir²⁴. Söz konusu karara göre, sadece paralel davranışların mevcut olması, tek başına uyumlu eylem oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, paralel davranış piyasanın olağan şartlarına uygunluk göstermiyorsa, uyumlu eylemin varlığına ilişkin kuvvetli bir delil oluşturacaktır. Bu sebeptendir ki; uyumlu eylemin mevcut olup olmadığının tespitinde piyasa şartlarının iyi derecede analiz edilmesi önem taşımaktadır²⁵.

Uyumlu eylemin tanımlanmasına yönelik önem taşıyan bir diğer karar ise, ABAD'ın 1975 yılındaki Suiker Unie²⁶ (Şeker Karteli) kararıdır. Komisyon, şeker üreticilerinin 1968-

²² *Yüksel*, O. Y.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi, Ankara 2004, s. 36.

²³ *Colino*, S. M.: Competition Law of the EU and UK, Oxford University Press, Seventh Edition, USA 2011, s. 156.

²⁴ *Bael I. V./Bellis J. F.*: Competition Law of the EEC, Second Edition, USA 1990, s. 30.

²⁵ *Yüksel*, s. 37.

²⁶ Cases 40/73, Suiker Unie v. Comission (Sugar), ECR 1975, 1663.

1969 ve 1971-1972 yılları arasında gerçekleştirdikleri pazar paylaşmaya yönelik uygulamalarını, ABİDA m. 101'e (ATA m. 81) aykırı bulmuştur. Karara konu olayda üreticiler, rakiplerinin yerel pazarlarına girmekten kaçınmakta veya bahsi geçen yerel pazara girebilmek adına o pazardaki yerli üreticilerin iznini almaktadırlar. Şeker satışının bir üreticiden diğerine yapılması, satıcıların başka bir yerel pazarda üretici olmayan teşebbüslere doğrudan satış yapmamaları gibi çeşitli yöntemler izlenerek pazar paylaşımı bulunmaktadır²⁷. Dolayısıyla şeker üreticilerinin ülkeler arasında gerçekleşecek ticareti engellemeye yönelik olarak uyumlu eylem hali içerisinde oldukları iddia olunmuştur. Şeker üreticilerinin ortaya konulan bu iddia karşısındaki savunmaları ise, paralel davranışların "ortak bir plan" doğrultusunda gerçekleşmediğinden hareketle uyumlu eylemden söz edilemeyeceğine yöneliktir. ABAD, Dyestuff kararında benimsemiş olduğu uyumlu eylem tanımına binaen, "işbirliği" ve "koordinasyon" kavramlarından bahsedilebilmesi için, teşebbüslerin "ortak bir plan" doğrultusunda hareket etmelerinin gerekmediğini vurgulamıştır²⁸. ABAD paralel davranışlara ek olarak, mektup, teleks mesajları, notlar şeklindeki delillerden Belçikalı üretici Raffinerie Tirlomontoise ile Hollandalı üreticiler Suiker Unie ve Centrale Suiker'ın birbirleri ile temas kurduklarını ve rakiplerinin ilerideki pazar davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldırmak sureti ile uyumlu eylem içerisinde oldukları neticesine ulaşmıştır²⁹. ABAD bu davada, uyumlu eylem kavramını daha detaylı tanımlamıştır. Yapılan tanımda, anlaşma aşamasına varmayan, ürünün yapısı, teşebbüslerin sayıları ve taşıdıkları önem, pazarın yapısı ve büyüklüğü göz önünde bulundurulduğunda, pazarda bulunması gerekli olağan şartlara uymayan rekabet koşullarının doğmasına neden olan, teşebbüslerin rekabetin taşıdığı risklere

²⁷ Yüksel, s. 36.

²⁸ Çelen, A.: Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri No. 0092, Ankara 2003, s. 29.

²⁹ Yüksel, s. 36.

yönelik olarak kasten ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şeklinin varlığı halinde uyumlu eylemden bahsedilebileceği belirtilmiştir. Yukarıda da bahsolunduğu gibi, ABAD vermiş olduğu bu kararda, uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için ortak bir planın varlığının gerekli olmadığını vurgulamıştır. Ayrıca uyumlu eylemin saptanabilmesine ilişkin olarak bazı açıklamalarda bulunulmuştur. Teşebbüslerin ortak pazarda izleyeceği politikaları bağımsız olarak belirlemesi gerekmele birlikte, bu durum teşebbüslerin rakiplerinin sergilediği davranışlara akıllıca uyum sağlamaları noktasında engel teşkil etmemektedir. Ancak rakiplerin pazar davranışlarını etkilemek veya rakibe aralarında daha evvelinde kararlaştırmış oldukları ya da kararlaştırmayı tasarladıkları pazar davranışlarını açıklamak amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran doğrudan veya dolaylı ilişkiler kesinlikle yasaklanmıştır³⁰.

Bir diğer dava ise Ahlström & Ors k. Komisyon³¹ davasıdır. Bu davada verilen kararda: “İlgili düzenlemeler teşebbüslerin rekabetin gerektirdiği oluşumlara akıllıca ayak uydurmalarını engellemeyebilir, buna karşılık, eğer rakiplerin faaliyetlerinin birbirleri ile aynı doğrultuda olması, olağan pazar şartlarının dışında ürünlerin yapısı, teşebbüslerin büyüklüğü ve sayısı ya da pazar hacmi ile ilgili durumlarda bir değişime yol açıyorsa, bu aynı doğrultudaki faaliyetler uyumlu eylem için bir kanıt olarak öne sürülebilir” ifadelerine yer verilmiştir. ABAD, söz konusu davada, Komisyon’un üç aylık dönemlerle fiyat duyuru sisteminin antlaşmayı ihlal ettiğine veya böyle bir sistemin uyumlu eylem noktasında daha önceki aşamada duyurulmuş fiyatların delil oluşturduğuna ilişkin iddiasını reddetmiştir. Dyestuffs davası ile karşılaştırıldığında bu davada nispeten ekonomik göstergelere daha fazla ağırlık verildiği ve

³⁰ *Yüksel*, s. 37.

³¹ Case 89/85, Ahlström & Ors v. Commission, ECR 1988, 5193.

uyumlu eylemin kanıtlanmasına yönelik olarak asgari bir standart oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir³².

O halde genel itibari ile bir çerçeve çizilmesi gerekir ise, ortak bir planın mevcut olması gerekmez, teşebbüsler arası iletişimin gizli yöntemler kullanılarak doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirilmesi ve söz konusu bu iletişimin, teşebbüslerin izleyecekleri rekabet politikalarını bağımsız olarak belirlemelerine engel teşkil edecek ve rekabeti bozacak nitelikte koordinasyon oluşturması halinde uyumlu eylemden söz edilecektir³³.

D. TÜRK REKABET KURUMU KARARLARINDA UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI

Rekabet Kurumu kural olarak kararlarında uyumlu eylemlerin ayrıca bir tanımını yapmamaktadır. RKHK m. 4'ün gerekçesi ve doktrinde yapılan tanımlara yer vermektedir³⁴.

İlk olarak uyumlu eylemin tanımına ilişkin önemli bir karar olan Süt³⁵ kararına değinilecek olursa, Kurul; “İşletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, aralarında anlaşma olmadığı halde, pratik bir işbirliği sağlayan davranışlar mevcutsa, bunun rekabeti önleyici etki doğurması doğaldır ve yasamız açısından yasaktır” ifadesine yer vererek, bahsi geçen durumlarda uyumlu eylemden söz edilebileceğini belirtmiştir.

RKHK m. 4'ün gerekçesinde; “Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır” ifadesi yer almakta ve Kurul’un bu gerekçeden çıkarılabilmesi

³² Esin, A.: Rekabet Hukuku’nda Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar, Ankara 1998, s. 220 vd.

³³ Whish, R.: European Competition Law, United Kingdom 2001, s. 84.

³⁴ Kahraman, Z.: Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık, İstanbul 2008, s. 56.

³⁵ Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

mümkün olacak nitelikteki Yemek Çeki³⁶ kararında uyumlu eylemin “teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği” hali olduğu belirtilmektedir³⁷.

RKHK m. 4’ün lafzından ve güttüğü amaçtan hareketle Kurul’un vermiş olduğu Motor Yenileme Kararı’nda³⁸ uyumlu eylemin tanımı: “Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası işbirliği durumudur” şeklinde yapılmıştır³⁹.

Kurul’un Türkiye’de faaliyet gösteren on iki bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunmaları dolayısıyla RKHK m. 4’ü ihlal ettiklerine ilişkin vermiş olduğu kararda⁴⁰, Kurul’un uyumlu eylem kavramını ayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak görmediği ifade edilmiş; bu sebeple RKHK m. 4’te yer alan rekabet ihlallerini kapsamak üzere “uzlaşma” kavramının tercih edildiği belirtilmiştir.

³⁶ Yemek Çeki, 26.05.2006 tarih ve 06-36/465-127 sayılı karar, s. 16, str. 773-804.

³⁷ Kahraman, s. 56.

³⁸ Motor Yenileme, 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı karar, s. 20.

³⁹ Kahraman, s. 56.

⁴⁰ 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar, s. 24.

II. UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI

Uyumlu eylem kavramının tanımlanmasında olduğu üzere unsurlarının ifade edilmesi noktasında da doktrinde çeşitli görüşler mevcut olup, içtihatlarda da farklılıklar bulunduğu görülmektedir.

A. GENEL OLARAK

1. Doktrine Göre Uyumlu Eylemlerin Unsurları

Türk Rekabet Hukuku doktrininde uyumlu eylemlerin unsurlarına ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Aslan⁴¹, RKHK'dan hareketle uyumlu eylemlerin unsurlarını şu şekilde özetlemektedir:

-İki veya daha fazla işletme olması gerekmektedir.

-Teşebbüsler arasında bir tür koordinasyon veya işbirliği bulunmalı; bu durum bilinçli paralellığe neden olmalıdır.

-Bu paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanması mümkün olmamalıdır.

- Rekabet sınırlanmalıdır.

Akıncı⁴² uyumlu eylemlerin unsurlarını, biri objektif ve diğeri sübjektif olmak üzere iki üst unsurdan oluşturmaktadır. Yazara göre uyumlu eylemin objektif unsuru, birden fazla taraf

⁴¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 158.

⁴² Akıncı, s. 146 vd.

şartı ve eylem unsuru olmak üzere ikiye ayrılmakta; sübjektif unsurunu ise taraflar arasındaki uyuşma oluşturmaktadır.

Sanlı⁴³ ise uyumlu eylemin unsurlarını şu şekilde ifade etmiştir:

-Birden fazla teşebbüs olmalıdır.

-Söz konusu teşebbüsler arasında bilinçli davranışı veya farazi uyuşmayı sağlayacak bir sosyal temas bulunmalıdır.

-Bu temasın, gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve de özellikle piyasadaki rekabet sürecinin belirsizliğini bertaraf etme amacına yönelmesi ya da teşebbüslerin ticari davranışlarını, piyasadaki rekabet baskısından farklı bir şekilde etkilemesi gerekmektedir.

Topçuoğlu'na⁴⁴ göre uyumlu eylemden bahsedebilmek için;

-Taraftan teşebbüslerin paralel davranışlar içine girmeleri gerekmektedir.

-Paralel davranışlar teşebbüsler arasındaki işbirliği sonucunda ortaya çıkmalıdır.

-Teşebbüslerin amacının aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırmak olması gerekmektedir.

Esin'e⁴⁵ göre, uyumlu eylem halinin varlığı için şu hususların tespiti gerekmektedir;

-Rakip teşebbüsler arasında bir ilişki mevcut olmalıdır.

⁴³ Sanlı, s. 81.

⁴⁴ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 81.

⁴⁵ Esin, Rekabet Hukuku, s. 34 vd.

-Rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışlar olmalıdır.

-Rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı haller mevcut olmalıdır.

1. İctihatlarda Uyumlu Eylemlerin Unsurları

a. ABAD kararlarında

ABAD uyumlu eylemi “rekabetin risklerine karşı teşebbüsler arasında bilinçli şekilde pratik işbirliği meydana getiren, ancak anlaşma düzeyine varmamış koordinasyon şekli” biçiminde tanımladığı Dyestuffs kararında, uyumlu eylemden söz edebilmek için bilinçli paralelliklerin tek başına yeterli olmadığı yönünde bir yaklaşım sergilemiştir.

Suiker Unie kararında ise ABAD, Dyestuffs kararında belirtmiş olduğu uyumlu eylem kavramına ilişkin tanımını tekrarlamış ve belirtilen “işbirliği” ve “koordinasyon” kavramlarının teşebbüslerin ortak bir plan doğrultusunda hareket etmelerini gerekli kılmadığı hususu ifade olunmuştur. Söz konusu kararda belirtilen koordinasyon ve işbirliği kavramlarına ilişkin ifadelerden hareketle, uyumlu eylemlerin unsurları olarak şu hususlar sıralanabilir⁴⁶:

-Teşebbüsler arasında kendi bağımsız hareketlerinin yerini alan bir tür koordinasyon ya da uygulanabilirliği mümkün olan bir işbirliğinin varlığı gerekmektedir.

-Söz konusu koordinasyona doğrudan veya dolaylı bir ilişki neticesinde ulaşılmalıdır.

⁴⁶ Esin, Rekabet Hukuku, s. 28.

-Rakip teşebbüslerin ilerideki uygulamalarına dair belirsizliklerin yok edilmesi hedeflenmelidir.

Wood Pulp⁴⁷ davasında ABAD, m. 101'in uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışlara uygulanmayacağını belirtmiştir. ABAD'a göre paralel davranışlar, aksi ekonomik analiz ile ispatlanmadığı müddetçe, tek başlarına bir uyumlu eylem halinin mevcut olduğu anlamına gelmeyecektir. Söz konusu davada, üç aylık fiyat duyurularının tek başına uyumlu eylem yolu ile rekabetin ihlalinin oluşturmayacağı, uzun süreden beri pazarın niteliği gereği müşteriler tarafından sağlayıcı firmalardan istenen meşru bir iş uygulaması olduğu ve ayrıca uyumun paralellik için tek mantıklı açıklama olmadığı vurgulanmış; bu hususa gerekçe olarak pazardaki şeffaflığın ve karşılıklı bağımlılığın yeterli derecede paralelliği açıklamakta olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bu davada Komisyon tarafından iddia edilen paralel davranışlar, sıkı, kesin ve tutarlı bir uyumlu eylem delili teşkil etmemiştir. Bu davanın uyumlu eylemin unsuruna ilişkin olarak önem taşıdığı nokta, uyumlu eylemin temel unsurunun paralel davranışlar değilse ne olduğudur. Wood Pulp davası dahilinde belirtilen bir görüşe göre, bir uyumlu eylem için gerekli olan temel unsur, firmaların davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıran bir koordinasyonun bulunmasıdır⁴⁸.

Uyumlu eylemin ihtivası Komisyon'un PVC⁴⁹ kararında genişletilmiştir. Söz konusu kararda "Bir kartelin etrafında olmakla beraber bu kartel ile işbirliği halinde bulunan ve bilinçli şekilde kendilerini söz konusu kartelin hedefi ile bağdaştıran teşebbüsler uyumlu eylem içinde addedilir" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla Komisyon'un bu kararı ile, uyumlu eylem

⁴⁷ Cases 89/85, Ahlström v Commission, ECR 1993, 1307.

⁴⁸ Tekdemir, Y.: AT Rekabet Hukuku Işığında "Birlikte Hakimiyet" Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara 2000, s. 12.

⁴⁹ PVC, OJ 1989 L 74/1, 1990 4 CMLR 345.

tanımının içerisinde teşebbüslerin bahsi geçen ilişkileri de dahil edilmiştir. Nitekim LdPE⁵⁰ davasında Komisyon, kartelin içinde asli rolü bulunmasa dahi uyumlu eyleme taraf olunabilmesinin mümkün olabileceğini kabul etmiştir. Bu davada Komisyon, kartelin meydana gelmesi ve ilerlemesinde yer alan üreticiler ve kartelin etrafında yer alan üreticiler olmak üzere üreticileri iki gruba ayırmıştır. Komisyon bu kararında “Herhangi bir teşebbüsün kartelle doğrudan veya dolaylı şekilde temasta bulunması ve kendini gayrinizami biçimde kartel ile ilişkilendirmesi halinde, kartelde asli bir rolü olmamasına rağmen, söz konusu teşebbüs uyumlu eylemin bir tarafı olabilir; örneğin, kartelin bir üyesiyle muhtemel fiyat artışları üzerine arada bir yapılan telefon konuşmaları ve yerel toplantılar gayrinizami bir ilişkinin varlığına ve uyumlu eyleme yeterli kanıt teşkil eder” şeklindeki ifadelerle yer vermiştir⁵¹. Görüldüğü üzere PVC ve LdPE davalarında Komisyon, uyumlu eylemden söz edebilmek için mevcut bir planın ispatına gerek duymamıştır.

Soda-Ash/Solvay⁵² davasında ise Komisyon, teşebbüsler tarafından alınmış hukuka aykırı bir karara ilişkin yazılı bir kanıtı ulaşmanın çoğunlukla mümkün olmadığını, anlaşmaların resmi sözleşme ile yapılmasına lüzum bulunmadığını, birçok biçimde anlaşmanın gerçekleştirilebileceğini, sözleşme ibaresi mevcut olmasa da davranışların temelinde birbirlerine sunulmuş bir vaat bulunduğuna dair bir anlam çıkarılabildiği durumlarda, söz konusu maddenin ihlalinin gündeme gelebileceğini belirtmiştir.

ABAD kararları çerçevesinde uyumlu eylemin unsurları, birden fazla teşebbüsün varlığı, bu teşebbüsler arasında koordinasyon veya pratik işbirliği olması, bu koordinasyon ya da işbirliğinin teşebbüsler arasındaki doğrudan veya dolaylı bir temasın sonucunda gerçekleşmesi

⁵⁰ LdPE, OJ 1989 L 74/21, 1990 4 CMLR 382.

⁵¹ TÛSIAD: Rekabet Hukuku’nda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, İstanbul 1998, s. 30.

⁵² Soda-ash/Solvay, OJ 1991 L152/1.

ve hedefinin üye devletler arasındaki ticareti etkileyecek biçimde rakiplerin hareketlerine dair var olan paralellikleri ortadan kaldırmak ya da teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olması şeklinde sıralanabilir.

b. Rekabet Kurulu Kararlarında

Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylemin tanımı ve unsurları hususunda önem taşıyan, değinilmesi gereken ilk kararı 2000 tarihli Süt⁵³ kararıdır. Bu kararda Kurul, olayın uyumlu eylem bakımından ele alınması noktasında, öncelikle teşebbüslerin anlaşıp anlaşamadığına bakılmasına, şayet anlaşma ispatlanamıyorsa teşebbüsler arasında pratik bir işbirliği doğuran davranışların var olup olmadığının incelenmesi gerektiğine yönelik görüş benimsemiştir. Söz konusu kararda uyumlu eylemin tanımı ve unsurları belirtilirken Aslan'a atıf yapıldığı görülmektedir. Kararda uyumlu eylemin unsurları şu şekilde sıralanmaktadır: “ (...)uyumlu eylemin varlığı, öğretide de genellikle kabul edildiği gibi, dört unsurun birlikte bulunmasını gerektirmektedir. Buna göre, uyumlu eylem için; (a) En az iki veya daha fazla işletme olmalı, (b) Bilinçli paralellik bulunmalı, (c) Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı, (d) Rekabet sınırlanmalıdır. Bu unsurlardan biri yoksa uyumlu eylem de yoktur”⁵⁴.

Rekabeti sınırlayıcı bir uyumlu eylemin varlığına karar vermiş olduğu Maya⁵⁵ kararında Kurul, Aslan'ın görüşlerinden ayrılmıştır. Kararda, rakipler arasında mevcut olan belirsizliklerin giderilmesine yönelik olarak doğrudan ya da dolaylı bir temasa işaret eden maddi kanıtların olmadığı ve fiyat artışlarının, tüketici fiyat endeksindeki artışların altında olması sebebiyle, oligopolistik bağımlılık noktasındaki akıllıca sağlanan uyum, fabrika çıkış

⁵³ Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

⁵⁴ İkişler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 63.

⁵⁵ Maya, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar.

fiyatlarındaki paralellik yönünden, söz konusu paralelliği haklı gösteren bir dayanak olarak görülmüştür. Bu çerçevede Aslan'ın görüşüne bakıldığında, bu oligopolistik pazardaki maliyetlerden bağımsız olan paralel fiyat artışları, bağlantıya gerek duyulmadan uyumlu eylem kabul edilmesini mümkün kılmaktadır⁵⁶.

Kurul'un 2000 tarihli Gazete⁵⁷ kararında ise, uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için şu unsurlar aranmıştır:

-Taraflar arasında çoğunlukla sözlü ya da yazılı biçimde açıklanan toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları barındıran olumlu ilişkiler bulunmalıdır.

-Bu ilişki ve temaslar, piyasa hareketlerini ve uygulamalarını etkileme ve bilhassa bir teşebbüsün ilerideki piyasa politikasının belirsizliğini öncesinde ortadan kaldırma hedefini taşımaktadır.

-Teşebbüslerin piyasa hareketlerini, tam anlamıyla rekabetçi etkiler tarafından belirlenmesi mümkün olmayacak biçimde meydana getirme veya değiştirme etkisi olmalıdır. Mühim olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekte sergileyecekleri davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin yok edilmesidir.

Yemek Çeki⁵⁸ kararında ise uyumlu eylemin unsurları şu şekilde ifade edilmiştir: “Teşebbüsler arasında bir tür koordinasyon ya da işbirliği bulunmalıdır. Koordinasyon, taraflar arasındaki doğrudan ya da dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanmalıdır. Bu bağlantının amacı, rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır.

⁵⁶ Şaylı, Y.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 26.

⁵⁷ Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

⁵⁸ Yemek Çeki, 26.5.2006 tarih ve 06-36/465-127 sayılı karar, s. 16, str.773-804.

Buradaki önemli nokta, uyumlu eylem için, teşebbüsler arası koordinasyon ya da işbirliğinin taraflar arasındaki doğrudan veya dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanması gerekliliğidir”.

B. TEŞEBBÜSLER ARASINDA GERÇEKLEŞMESİ

Başta rekabet düzeninin ve dolayısıyla uyumlu eylem halinin aktif süjesi teşebbüsler olmaktadır⁵⁹. Uyumlu eylemler iki ya da daha çok teşebbüs arasında gerçekleşip, ancak teşebbüslerin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkarlar. Bir diğer deyişle, uyumlu eylem kavramı teşebbüslerin rekabeti sınırlayan birtakım faaliyetlerini ihtiva etmekte olduğundan, teşebbüs niteliği bulunmayan birden fazla ekonomik varlığın olması halinde, uyumlu eylemden söz etmek mümkün olmayacaktır. Uyumlu eylemin faillerinin belirlenmesi için, öncelikle teşebbüs kavramının içeriğinin doldurulması gerekmektedir⁶⁰. Ancak karmaşık yapılar söz konusu olduğunda, teşebbüs kavramına ve bu kavramın sınırlarına ilişkin tespitler yapmak zorlaşacaktır⁶¹.

1. Teşebbüs Kavramı

Ticaret hukukundaki teşebbüs kavramı ile rekabet hukukundaki teşebbüs kavramı aynı anlamı içermemektedir. Rekabet hukuku çerçevesinde teşebbüs kavramı her türlü gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır⁶².

Rekabet hukukunda teşebbüs kavramı kanun, doktrin, içtihatlar doğrultusunda şekillenmiştir. Amerikan rekabet hukukunda teşebbüs kavramının yerine kişi kavramından hareket edilmiş; Sherman Kanunu çerçevesinde “kişi” kavramının kapsamı belirtilmiştir. AB

⁵⁹ Topçuoğlu, M.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 50 S. 4, Ankara 2001, s. 131.

⁶⁰ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 65.

⁶¹ Arı, s. 145.

⁶² Esin, Rekabet Hukuku’nda Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar, s. 23.

rekabet hukukunda teşebbüs kavramı, ABİDA'da tanımlanmış olmayıp, Komisyon ve ABAD kararları doğrultusunda şekillenmiştir. Türk rekabet hukukuna bakıldığında ise, RKHK m. 3 kapsamında teşebbüs kavramı tanımlanmıştır.

Teşebbüs kavramının piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade ettiği RKHK m. 3 kapsamında belirtilmektedir. Ayrıca doktrinde de teşebbüs kavramına dair çeşitli tanımlar yapılmıştır.

Aslan'a⁶³ göre teşebbüs; işletme, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip ekonomik varlıklardır.

Arı⁶⁴, Kanundan hareketle ekonomik bir bütünlük oluşturan, bağımsız ve ekonomik bir faaliyette bulunan işletmeleri teşebbüs olarak nitelendirmenin mümkün olacağını belirtmiştir.

Tekinalp⁶⁵ teşebbüsleri, mal ve hizmet üreten, bunları pazarlayan ya da bunların pazarlanmasına aracılık veya danışmanlık eden, bütün gerçek veya tüzel kişilerle, tüzel kişiliği olmayan ancak bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimler olarak ifade etmiştir.

Aşçıoğlu Öz'e⁶⁶ göre, teşebbüsler piyasada mal ve hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi ekonomik faaliyetler gösteren ve bu faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız kararlar verebilen gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Ayrıca şu hususu eklemektedir: Ekonomik faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız kararlar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler

⁶³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 20.

⁶⁴ Arı, s. 147 vd.

⁶⁵ Tekinalp/Tekinalp, s. 390.

⁶⁶ Aşçıoğlu Öz, G.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 4, Ankara 2000, s. 149.

ekonomik kararlarını kontrolü altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle ekonomik bir bütün oluşturur ve tek teşebbüs sayılırlar.

Topçuoğlu⁶⁷ iktisadi faaliyetlerle meşgul olan gerçek kişilerle tüzel kişiler ve tüzel kişiliği haiz olmayan ortaklıkları teşebbüs olarak kabul ederek, teşebbüsün tanımını sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde iktisadi faaliyetleri konu edinen her türlü birim olarak tanımlamıştır.

Akıncı⁶⁸ ise teşebbüsü, rekabet hukuku bakımından teşebbüs kavramı, ekonomik kazanç amacı ile faaliyette bulunan hukuki veya fiili örgütlenme olarak tanımlamıştır.

Bir işletmenin teşebbüs niteliğinde olup olmadığı hususunda tespitte bulunulurken, RKHK m. 2'nin de değerlendirmeye alınması gerekmektedir. Kurul'un vermiş olduğu bir kararda⁶⁹ rekabetin sadece teşebbüs niteliği mevcut olan gerçek ve tüzel kişilerin yalnız veya birlikte gerçekleştirdikleri hareketleri neticesinde engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması halinde RKHK kapsamına girebileceği belirtilmiş olup, yargı merciileri veya idarenin düzenleyici birimlerinin teşebbüs niteliğine sahip olmadan vermiş olduğu kararlar veya gerçekleştireceği işlemler neticesinde rekabetin kısıtlanması halinde, RKHK hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir.

RKHK'dan farklı olarak ABİDA, teşebbüs kavramının tanımına yer vermemiş; içtihatlar dolayısıyla bu kavramın içi doldurulmuştur. Reuter/BASF⁷⁰ kararında Komisyon'un, tek başına bir gerçek kişiyi teşebbüs şeklinde nitelendirdiği görülmektedir. Ayrıca ABAD, Mannesmann/High Authority⁷¹ davasında teşebbüsün tanımına yer vermiş ve bu tanımda

⁶⁷ Topçuoğlu, Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, s. 134.

⁶⁸ Arı, s. 146 vd.

⁶⁹ Pepsi-Cola/Kadirli, 04.07.2000 tarih ve 00-25/258-140 sayılı karar.

⁷⁰ Reuter/BASF, OJ 1976, L 254.

⁷¹ Case 19/61, Mannesmann v. High Authority, ECR 1962, 687.

teşebbüsü kişisel, somut ve soyut faktörlerden meydana gelerek bir bütünü oluşturan, hukuki açıdan bağımsız süjeye bağlı, daimi ve belli bir ticari amacı bulunan örgütlenmeler olarak ifade etmiştir⁷².

ABAD'ın vermiş olduğu Höfner and Elser/ Macrotron⁷³ kararı, teşebbüs kavramının rekabet hukuku açısından içini doldurması ve sınırlarını çizmesi noktasında önem taşımaktadır. Bahsi geçen karar ile kamu birimleri de teşebbüs olarak sayılmıştır. ABAD vermiş olduğu bu kararda, teşebbüs kavramını hukuki konum ve finansman modeli biçiminden ayrı değerlendirerek, ekonomik faaliyette bulunan her varlığı teşebbüs olarak kabul etmiştir⁷⁴.

ABAD Consten and Grundig⁷⁵ kararında, teşebbüsü ekonomik faaliyetleri süreklilik arz eden, hukuki açıdan bağımsız kişiler şeklinde tanımlamıştır. Hydrotherm⁷⁶ kararında ise, ekonomik birimin hukuki açıdan gerçek veya tüzel birçok kişiden oluşmuş olması halinde dahi anlaşmanın amacı göz önünde bulundurulduğunda tek bir birim olarak değerlendirileceğini belirtmiştir⁷⁷.

ABAD'ın vermiş olduğu bu kararlardan hareketle, birtakım tespitler yapmak mümkündür. Bu doğrultuda gerçek ve tüzel kişilerin tümü ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs şeklinde nitelendirilmektedir. Ayrıca bir gerçek veya tüzel kişi faaliyetinden maddi anlamda kar sağlama haricinde bir fayda sağlıyor olsa dahi teşebbüs niteliği mevcuttur. Bu açıdan teşebbüs kavramının özel ve kamunun sahip olduğu şirketleri tabi olarak kapsadığını ve ayrıca gelir elde etme hedefi olmayan dernekler ya da birliklerin de söz

⁷² Esin, Rekabet Hukuku, s. 22.

⁷³ Case 41/90, Höfner AND Elser v. Macrotron, ECR 1991, I-1979.

⁷⁴ Güzel, O.: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 116, Ankara 2003, s. 14.

⁷⁵ Cases 58/64, Consten and Grundig v. Commission, ECR 1966, 299.

⁷⁶ Case 179/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact Del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., ECR 1984, 2999.

⁷⁷ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 67.

konusu kavrama dahil edilebileceğini söylemek mümkündür. Bu hususlara ilaveten, ortak bir teşebbüsün de teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkün olup, bu türdeki bir oluşumun, bir ana teşebbüs tarafından değil; birçok ana teşebbüs tarafından kontrolü halinde teşebbüs olarak sayılması mümkün olabilecektir⁷⁸.

AB rekabet hukukunda içtihatlar doğrultusunda şekillenen teşebbüs kavramının genel itibari ile bir tanımla yapılacak olur ise, hukuki statüsü ve finansman modeli önemli olmaksızın, ekonomik faaliyette bulunan varlıklar olarak ifade olunabilir⁷⁹.

Amerikan rekabet hukukunda ise, teşebbüs kavramı yerine kişi kavramı üzerinden hareket edildiği görülmektedir. Şöyle ki; Sherman Kanunu'nda rekabeti sınırlayıcı nitelikteki uygulamalar içerisinde olan “herkesin” (every person) hukuka aykırı davranmış olacağı belirtilmiştir. Sherman Kanunu m. 7 çerçevesinde kişi kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuş ve şirketlerin, tüzel kişiliğe sahip olup olmadıkları, herhangi bir hukuk sistemi gereğince tanınmış olup olmadıkları önem arz etmeksizin, ekonomik oluşumların tümünün Kanunun kapsamında olduğu belirtilmiştir⁸⁰.

O halde; ekonomik açıdan kararlarını bağımsız şekilde alabilen mal ve hizmet üretiminde bulunan birimlerin tümü teşebbüs kavramına karşılık gelmektedir⁸¹.

2. Hukuki Bağımsızlık ve Ekonomik Birlik Yaklaşımları

Uyumlu eylemin varlığının tespiti için, en az iki teşebbüsün mevcut olmasına ihtiyaç duyulmasının yanı sıra, teşebbüsün nerede başlayıp bittiğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuki açıdan bağımsız niteliğe sahip olup, ekonomik açıdan birbirlerine veya

⁷⁸ Esin, Rekabet Hukuku, s. 23.

⁷⁹ Cengiz, s. 68.

⁸⁰ Akıncı, s. 103.

⁸¹ Esin, Rekabet Hukuku'nda Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar, s. 24.

ortak bir merkeze bağılı teşebbüslerin bağımsız teşebbüsler şeklinde nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorunu tartışılmıştır. Bu sorunun çözümünde teşebbüsler arasında hukuki bağımsızlığın mı yoksa ekonomik birliğin mi esas alınacağı noktası önem arz etmiştir⁸².

Ekonomik birlik ifadesi ile kastedilen, ekonomik açıdan birbirlerine veya ortak bir gerçek veya tüzel kişiye bağılı ekonomik unsurların ekonomik bütünlük teşkil ettiğidir⁸³. Rekabet kurallarının bir teşebbüse uygulanabilmesinin, o teşebbüsün hukuki statüsü ile bağlantılı olması durumu ise hukuki bağımsızlık yaklaşımını ifade eder. Bu bağlamda gerçek veya tüzel kişi olması önem arz etmeksizin, bağımsız bir hukuki kişiliğe sahip olan teşebbüsler rekabet hukukunun kapsamına girerler. Bir diğer deyişle hukuki bağımsızlık, hukuk düzeni karşısında bir bağımsızlığın mevcut olmasını ararken; ekonomik birlik, ekonomik faaliyetlerde bağımsızlığı aramaktadır⁸⁴.

RKHK m. 3 çerçevesinde teşebbüs tanımlanırken, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimler olduğu ifade edilmiştir. Tanımda geçen bağımsızlık unsurunun, ekonomik açıdan bir bütün teşkil etmek ile beraber değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu halde ise, ekonomik bir birlik içinde olan birimler ayrı teşebbüs olarak nitelendirilemeyecek olup, bağımsızlık kavramının bu noktada daha ziyade ekonomik bağımsızlıktan yana ağırlığını koyduğunu söylemek mümkün olacaktır⁸⁵. Ekonomik bütünlük içerisinde olan teşebbüsler bağımsız teşebbüs olmayacağından, aralarında gerçekleşen anlaşma ve uyumlu eylemlere RKHK m. 4 tatbik edilemeyecektir.

⁸² *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 68.

⁸³ *Esin*, Rekabet Hukuku, s. 38.

⁸⁴ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 68 vd.

⁸⁵ *Arı*, s. 156.

RKHK m. 3'te bağımsız karar verebilme ve ekonomik birlik halinin ifade olunmasının yanı sıra madde gerekçesine bakıldığında “Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, bir yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, RKHK ekonomik birlik yaklaşımını benimsemiştir. İstisnaları olmakla birlikte, Kurul’un da ekonomik birlik yaklaşımını benimsediğini söylemek mümkündür. ABAD ise vermiş olduğu kararlarda, istikrarlı bir biçimde ekonomik birlik yaklaşımını benimsemiştir. Hydrotherm⁸⁶ kararında ekonomik birimin hukuki açıdan gerçek veya tüzel birçok kişiden oluşmuş olması halinde dahi, anlaşmanın amacı göz önünde bulundurulduğunda tek bir birim olarak değerlendirileceğini belirtmiş; bir gerçek kişi ve söz konusu gerçek kişi tarafından kontrolü gerçekleştirilen şirketleri tek bir teşebbüs şeklinde nitelendirme yoluna gitmiştir⁸⁷.

Ekonomik birlik yaklaşımı noktasında bağlı teşebbüslere değinmek gerekmektedir. Bir işletmenin sevk ve yönetiminin ele geçirilmesi, bu işletmenin hukuki bağımsızlığını ortadan kaldırmayacak ve fakat ekonomik olarak kendisini hakimiyeti altına alan işletmeye bağımlı kılacaktır. Bir araya gelen işletmeler, hukuki bağımsızlıklarını korumak kaydı ile ortak bir yönetim altında toplanır ve bağlı teşebbüsleri meydana getirir⁸⁸. Özetle bağlı teşebbüsler, hukuki açıdan bağımsız niteliğe sahip ancak, ekonomik açıdan birbirlerine veya ortak bir merkeze bağlı teşebbüsler olarak ifade edilebilir⁸⁹.

Belirtmek gerekir ki, ekonomik hususlara ilişkin olarak bağımsız hareket edilmesi beklenmektedir. Öncelik stratejik ticari davranışlar ve bu anlamda teşebbüsün pazar politikası

⁸⁶ Case170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact Del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., ECR 1984, 2999.

⁸⁷ İkişler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 69.

⁸⁸ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 126.

⁸⁹ Güzel, O.: AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektöründe Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisanüstü Tez Serisi No. 10, Ankara 2003, s. 10.

olup, bir teşebbüsün pazar üzerinde etkisi olmayan hususlara ilişkin olarak bağımsız hareket edebilmesinin mümkün olması, söz konusu teşebbüsün bağımsız bir teşebbüs olarak nitelendirilmesini gerekli kılmayacaktır. Bu bağlamda, bir teşebbüs piyasaya arz etmiş olduğu malların satış fiyatını belirlerken bağımsız hareket edemiyorsa, bağlı teşebbüs olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır. Bir diğer deyişle teşebbüs, rekabeti sınırlayıcı niteliğe sahip danışıklılığa dahil olup olmayacağı noktasında bizatihi kendisi karar veremiyorsa, bahsi geçen teşebbüsün bağlı teşebbüs olduğunun kabulü gerekecektir⁹⁰.

Bağlı işletme niteliğine sahip olma noktasında ana-yavru teşebbüsler için hukuken birbirinden bağımsız ve kural olarak ekonomik açıdan yavru teşebbüsün ana teşebbüse bağlı olduğunu söylemek mümkündür⁹¹. Bir teşebbüsün, bir diğer teşebbüse ait sermayenin çoğunluğuna sahip olması veya onun karar organlarına hakim olması ana-yavru ortaklık ilişkisini oluşturmaktadır⁹². AB hukukunda bir ortaklığın oy haklarının veya sermayesinin çoğunluğuna bir başka ortaklığın sahip olması durumunda Komisyon ve Mahkemeler ana-yavru ortaklık ilişkisinin gündeme geldiğine ilişkin kararlar vermiştir⁹³. Christiani and Nielsen⁹⁴ kararına konu olan olayda Komisyon, Christiani and Nielsen şirketi, paylarının tümüne sahip olduğu yavru şirketi arasında pazarı paylaşmak üzere anlaştıklarına ilişkin iddiayı iki ayrı tüzel kişiliğin mevcut bulunmasına rağmen, ana-yavru şirket arasında süreklilik arz eden bir bağlılık olduğu, ana şirketin, yavru şirketin yöneticilerinin tümünü seçme hakkına sahip bulunduğu ve yavru şirketin tek bir ekonomik bütünlük içinde görev dağılımı neticesinde ortaya çıktığından bahisle, her iki şirketin farklı tüzel kişiliklere sahip olmalarına rağmen

⁹⁰ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 70 vd.

⁹¹ *Kerse*, C. S., EEC Antitrust Procedure, United Kingdom 1988, s. 6.

⁹² *Topçuoğlu*, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 128 vd.

⁹³ *Korah*, V.: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Hart Publishing, Ninth Edition, USA 2007, s. 38.

⁹⁴ *Re Christiani and Nielsen NV*. 1969 CMLR (R.P. Supplement) D 37.

rekabet içerisinde olmalarının beklenemeyeceğini belirtmiş; rakip olmayanlar arasındaki anlaşmaların rekabeti kısıtlama sonucunu doğurmayacağını ifade etmiştir⁹⁵.

ABAD, Beguelin⁹⁶ kararında, Komisyon'un söz konusu görüşüne paralel bir karar vermiştir. ABAD söz konusu kararında, Beguelin Import Co. şirketi ve yavru şirketinin anlaşmak suretiyle faaliyet gösterdikleri bölgeleri kısıtlamalarının, yavru şirketin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmakla birlikte ekonomik bağımsızlıktan yoksun olması ve ana şirketten bağımsız değerlendirilemiyor olması ve dolayısıyla iki ayrı teşebbüsün mevcut bulunmaması sebebiyle, ABİDA m. 101'i ihlal etmediğini belirtmiştir⁹⁷.

Bir bağlı teşebbüsün, ana teşebbüsten veya bir başka teşebbüsten bağımsız davranış sergileyip sergileyemeyeceğinin her somut olay dahilinde ayrıca tespiti gerekmektedir⁹⁸. Bu hususa ilişkin olarak, bağlı teşebbüs kavramını belirlerken Avrupa Birliği Birleşmeler Tüzüğü'nden faydalanmak mümkündür. Söz konusu Tüzük, fiili anlamda bu tür bir etkinin mevcut olmasından ziyade, bir başka teşebbüs üzerinde belirleyici etki yapma olanağının varlığını esas kabul etmektedir. Dolayısıyla rekabete ilişkin kurallar arasında bir tutarlılık sağlanmasına yönelik olarak ABİDA m.101 ve 102 çerçevesinde teşebbüsün mevcut olmasına dair gerçekleştirilecek değerlendirmede de, ana ortaklığın yavru ortaklıklar üzerinde belirleyici etki yapma olanağının mevcut olup olmadığına bakılması gerekmekte; söz konusu durumun var olması halinde ana ve yavru şirketlerin tek bir teşebbüs şeklinde değerlendirilmesinin mümkün olduğunun kabulü sonucuna varılması lazım gelmektedir. Belirtilen biçimde gerçekleştirilecek inceleme neticesinde bir çatı altında toplanması mümkün olan teşebbüsler, bir teşebbüs olarak

⁹⁵ Güzel, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, s. 24.

⁹⁶ Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, ECR 1971, 949.

⁹⁷ Akıncı, s. 266.

⁹⁸ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 129.

kabul edilecektir. ABİDA m. 101 çerçevesinde ise, ana ortaklığın fiili anlamda yavru ortaklık üzerinde nüfuzunu kullanmıyor görüntüsü vermesi neticeyi değiştirmeyecektir⁹⁹.

Bağlı teşebbüslerin varlığının tespiti durumunda ABAD, bu teşebbüsler arasında gerçekleşen danışıklı ilişkilere, bunları teşebbüsün iç ilişkisi olarak değerlendirmesi nedeniyle ABİDA m. 101’i uygulamamaktadır. ABAD Centrafarm¹⁰⁰ kararında, teşebbüslere ABİDA m. 101’in uygulanmasına ilişkin şartları incelerken, aynı şirketler topluluğu (konzern) dahil ana ve yavru şirket niteliği haiz teşebbüsler açısından bu maddelerin uygulanmayacağını belirtmiştir. Söz konusu maddelerin uygulanmaması için bağlı teşebbüsün, pazardaki eylemlerini veya seyrini belirlemede gerçek anlamda bir özgürlüğünün mevcut bulunmaması gerekmektedir. Bu şart gerçekleştiği takdirde, ana ve yavru teşebbüsler ekonomik anlamda bir birlik oluştururlar¹⁰¹. Belirtmek gerekir ki, ABAD söz konusu kararın bağımsız teşebbüs niteliğine sahip olması için bir teşebbüsün gerçek anlamda bir özgürlüğe sahip olmasını aramamış; fakat karar çerçevesinde ABİDA m. 101’in uygulanması noktasında birleşme ve devralmaları düzenleyen Tüzük ile mutabakat içerisinde olmak veya bu tür bir değerlendirme yapmak gibi bir faaliyette bulunmamıştır¹⁰².

Viho¹⁰³ davasında bağlı teşebbüsün ana teşebbüsün talimatlarını uygulamasından bahseden ABAD, Komisyon’un ekonomik birlik oluşturan Parker kalemleri grubu ve yavru şirketleri arasındaki dağıtım anlaşmalarına, mutlak anlamda bağımlılık getirilmesi ve bayilik sınırı dışına satışları engellemesine karşın, aynı ekonomik birlik içinde yer alan şirketler arasındaki anlaşmalara m. 101’in uygulanmayacağını belirtmiştir. Parker ve yavru

⁹⁹ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 74.

¹⁰⁰ Case 15/74, Centrafarm BV and others v. Sterling Drug, ECR 1974, 1147.

¹⁰¹ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 74.

¹⁰² *Wils, W. P. J.*: The Undertaking as Subject of EC Competition Law and The Imputation of Infringements to Natura lor Legal Person, EL Rev., 2000, s. 107 vd.

¹⁰³ Case 102/92, Viho v. Comission, ECR 1995, II-17.

şirketlerinden oluşan ve ekonomik birlik içerisindeki teşebbüsün davranışlarının m. 101 kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Kararlardan da anlaşılacağı üzere, m. 101'in birbiri ile rekabet edebilecek teşebbüsler arasındaki uygulamalar için söz konusu olacağı açıklığa kavuşturulmuştur¹⁰⁴. İlaveten etki etme imkanından ziyade, fiilen böyle bir etki aranmış olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır. ABAD bu noktada kontrol gücünün fiilen kullanılmasını aramaktadır¹⁰⁵.

Amerikan hukuku açısından konuya yaklaşıldığında, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu *United States v. Yellow Cab Co* davasına ilişkin kararda, aynı ana teşebbüse bağlı olan iki yavru teşebbüs arasında rekabeti engelleyici nitelikte olan ve birbirlerinin topraklarına girmeyi yasaklayan grup içi bir anlaşmanın, antitrust kurallarına aykırılık teşkil edeceğine karar verilmiştir. Bu bağlamda aynı gruba bağlı olan teşebbüsler arasında ekonomik birlik olduğundan bahisle, yapılan bu ve benzeri anlaşmaların antitrust kurallarına aykırı olmayacağına ilişkin görüşü reddetmiş; hukuki bağımsızlık kriterine önem vermiştir. Bu halde ise, yavru teşebbüslerin rekabet kurallarından kaçmak amacı ile ana teşebbüslerin bölümleri haline dönüşmeleri mümkün olmaktadır. Zira bahsi geçen durumda yavru teşebbüsler hukuki bağımsızlıklarını kaybedecek ve ana teşebbüsün yönetimi altına gireceklerdir¹⁰⁶.

Türk Rekabet Hukuku açısından konuya yaklaşıldığında, rekabet hukukunun gelişim sürecinde hukuki bağımsızlığa önem verildiği ve ekonomik olarak birbirlerine bağlı teşebbüslerin aralarında yapmış oldukları anlaşmaların rekabete aykırı olarak nitelendirildiği

¹⁰⁴ *Güzel*, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, s. 26.

¹⁰⁵ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 75.

¹⁰⁶ *Badur*, E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 6, Ankara 1998, s. 53.

kararlar mevcut olsa da; RKHK m. 3'te teşebbüsün tanımı yapılırken, ekonomik açıdan bir bütünlük arz eden birimler ifadesi ile ekonomik birlik yaklaşımı benimsenmiştir¹⁰⁷.

Rekabet Kurulu'nun yayınladığı grup muafiyeti tebliğlerinde bağlı teşebbüslere ilişkin hükümler yer almaktadır. Tebliğ hükümleri gereğince bağlı teşebbüs: “a) Anlaşmanın taraflarından birinin doğrudan veya dolaylı olarak; sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasına veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organlarının üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine veya işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüsler. b) Anlaşmanın taraflarından biri üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüsler. c) (b) bendinde anılan bir teşebbüs üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüsler. Anlaşmanın tarafları veya onlara bağlantılı teşebbüsler üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere müştereken sahip olan teşebbüsler anlaşmanın her iki tarafına bağlantılı teşebbüs olarak kabul edilirler” (Teb.1997/4, m. 5/2).

Değinilmesi gereken bir diğer husus, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü ne şekilde kontrol ettiği ve bu kontrolün ne anlama geldiğidir. Bir teşebbüse ait çoğunluk paylarını elde etme veya çeşitli borçlar hukuku sözleşmeleri yapılmak sureti ile kontrol gerçekleştirilebilir. Bu şekilde bir teşebbüsün başka bir teşebbüsün sevk ve idaresi altına girmesi, ekonomik bağımsızlığın yitirilmesine neden olacaktır¹⁰⁸. Kontrol kavramından ne anlaşılması gerektiği 2010/4 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 5'te yer almaktadır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında kontrol kavramına ilişkin

¹⁰⁷ *Arı*, s. 161.

¹⁰⁸ *Tekinalp Ü.*: Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulu'nun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 781.

olarak, “ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebileceği” düzenlenmiştir. Bu araçların özellikle “bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler” olduğu ve kontrolün, “hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebileceği” belirtilmiştir. Bahsi geçen düzenlemede, hukuken veya fiilen bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan araçlara yer verilmiş olması, bağlı teşebbüslerin bağımsız hareket edip edemeyeceği sorununa da bir açıklık getirmiştir. Bu doğrultuda bağlı teşebbüsten söz edebilmek için, bir teşebbüsün bir diğer teşebbüs üzerinde sahip olduğu belirleyici etki uygulama olanağı yeterli görülmüş olup, fiilen kullanıma gerek duyulmamıştır.

Bağlı teşebbüs kavramının, rekabet kurallarının bütünü için aynı şekilde anlaşılması gerekmektedir. İlâveten RKHK kapsamında yer alan teşebbüs tanımı, rekabet hükümlerinin muhatabı olan bütün teşebbüsler için geçerlidir. RKHK m. 4 yalnızca bağımsız teşebbüsler için uygulama alanı bulacaktır. Teşebbüsün bağlı olup olmadığının tespitinde, belirleyici etki yapma olanağının var olması yeterli kabul edilmiştir. Fiilen kullanılamıyor olsa dahi, ekonomik açıdan böyle bir bağımlılığın mevcut olması yadsınamamaktadır¹⁰⁹. RKHK m. 4 çerçevesinde değerlendirmeye gidildiğinde, belirleyici etki olanağının varlığı bağlı teşebbüsten söz edebilmek için yeterli olmakla birlikte, bir bağlı teşebbüsün ana teşebbüsten veya bir başka

¹⁰⁹ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 79.

teşebbüsten ayrı ve bağımsız şekilde davranıp davranamayacağının her somut olayda tespiti gerekmektedir¹¹⁰.

3. Teşebbüs Kavramının Somutlaştırılması

Küçük şahıs işletmelerinden holdinglere uzanan birçok süje iktisadi hayatın bir parçasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda teşebbüs kavramı iktisadi hayatı kontrol eden iktisadi süjelerin bütününe içine alabilecek kadar geniştir¹¹¹.

AB hukuku uygulamasına bakıldığında, tek başına çalışan gerçek kişi bir tacirin, ticaret ortaklıklarının, bir komisyoncunun, bir zanaatkarın, buluşunu iktisadi açıdan değerlendiren bir araştırmacının, bağımsız bir sporcunun teşebbüs olarak kabul edildiği görülmektedir¹¹². İlâveten doktorlar, eczacılar gibi birtakım meslek grupları da bu kapsamda sayılabilir. FIFA ve milli futbol federasyonları gibi kuruluşların teşebbüs sayıldığı kararlar da mevcuttur¹¹³.

Bir başkasının emir ve direktifleri doğrultusunda piyasadaki emir ve faaliyetlerini şekillendiren gerçek kişiler teşebbüs niteliğinde değildir¹¹⁴. Örneğin işçilerin başkalarına bağımlı şekilde gerçekleştirdikleri hizmet edimleri bu bağlamda teşebbüs sayılmayacaktır¹¹⁵.

Bir kişi veya kişi topluluğunun teşebbüs olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak ekonomik faaliyet, devamlılık, bağımsızlık gibi çeşitli kıstaslar mevcut olup, bu hususlar aşağıda karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

¹¹⁰ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 129.

¹¹¹ Topçuoğlu, Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, s. 132.

¹¹² Özsunay, E.: Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, s. 46.

¹¹³ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 81.

¹¹⁴ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 81.

¹¹⁵ Özsunay, s. 48.

a. Ticari İşletme-Esnaf İşletmesi ve Teşebbüs

TTK m. 11’de ticari işletme, “esnaf işletmesi için belirlenen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere ticari işletmenin unsurları, gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşmak şeklinde sıralanabilir.

RKHK m. 3 çerçevesinde yer verilen teşebbüsün tanımından yola çıkılarak teşebbüsün unsurları sıralanacak olursa; bir piyasada mal veya hizmet üretiminde, pazarlanmasında veya satılmasında olduğu üzere bir ekonomik faaliyet gösterme, bağımsız şekilde karar alabilme ve ekonomik bakımdan bir bütünlük arz etme şeklinde ifade olunabilir.

Bir ticari işletmenin amacı gelir sağlamak olmakla birlikte, ticari işletme sayılabilmek için bunun gerçekleşmesi gerekmemekte, söz konusu amacın mevcut bulunması yeterli olmaktadır¹¹⁶. Gelir sağlama amacına yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetlerin tümü, genel olarak ekonomik faaliyetin kapsamında yer alır. Bu faaliyetin devamlı veya geçici olmasının bir önemi yoktur. Faaliyetin bedeni, fikri veya sermayeye dayalı olarak gerçekleştirilmesi noktası da bir önem taşımaz. Bağımlı ya da bağımsız olarak ekonomik faaliyet yürütülebilir. Gelir temin etmek amacı esas olup, bu amaç olmaksızın örneğin yardım amacı ile gerçekleştirilen faaliyetler ekonomik faaliyet niteliği taşımayacaktır¹¹⁷.

RKHK m. 3’ten hareketle teşebbüsün bir unsuru olarak ekonomik faaliyet ise, piyasada mal ve hizmetin üretilmesi, pazarlanması veya satılmasına veya bu sayılanların mümkün kılınabilmesi için mal veya hizmet alımına veya tedarik edilmesine yönelik davranışlar olarak ifade olunabilecektir. Teşebbüslerin gerçekleştirdikleri ekonomik faaliyetlerindeki esas

¹¹⁶ Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1999, s. 19.

¹¹⁷ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 105.

amaçları da gelir sağlamayı hedef tutmak olmakla birlikte, teşebbüsten bahsedebilmek için ticari işletmeden farklı olarak gelir sağlama amacı zorunlu bir unsur olarak görülmemektedir¹¹⁸. Ekonomik faaliyetin amacı gelir elde etmek olmasa dahi, yapılan iş ekonomik nitelik taşımakta ise, bu faaliyeti de ekonomik faaliyet olarak görmek gerekmektedir. Ekonomik faaliyet, gelir elde etme amacı ile sınırlı değildir¹¹⁹. Belirtmek gerekir ki, sanatsal, bilimsel ve kültürel faaliyetler teşebbüs niteliğine sahip değildir. Bahsi geçen faaliyetler piyasaya sunuldukları takdirde teşebbüs sayılmaları mümkün olabilecektir. Tüketiciler, teşebbüslere dair düzenlemelerin dışında yer almaktadırlar¹²⁰. Teşebbüs niteliğine sahip olabilmek için münhasıran ekonomik faaliyette bulunmak gibi bir şart da söz konusu değildir¹²¹.

Ticari işletme için önemli olan bir diğer unsur devamlılıktır. Devamlılıktan anlaşılması gereken, ticari işletmenin devamlılık kasıt ve niyeti ile kurulmuş olması olup, faaliyetin bazı dönemlerde kesintiye uğramış olması ticari işletmenin devamlılığını etkilemeyecektir¹²².

Ticari işletmelerde olduğu gibi teşebbüslerde de, gelip geçici faaliyetlerden ziyade süreklilik arz eden ekonomik faaliyetlerin rekabet için potansiyel bir tehdit oluşturmamasından hareketle, teşebbüs niteliğine sahip olabilmek için ekonomik faaliyetlerin devamlılığı şartının aranması gerekmektedir¹²³.

Bir diğer unsur olan bağımsızlık unsuru, ticari işletme ve teşebbüs kavramları açısından farklı anlamlar taşımaktadır. Daha evvel de belirtildiği üzere teşebbüsler açısından bağımsızlık, ekonomik açıdan bağımsız bir birim olmayı ifade ederken, ticari işletme açısından büyük ölçüde ekonomik-idari bağımsızlığı ifade etmektedir. Bir ticari işletmede faaliyette bulunan ve

¹¹⁸ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 82 vd.

¹¹⁹ Arı, s. 149.

¹²⁰ Özsunay, s. 48.

¹²¹ Whish, European Competition Law, s. 68.

¹²² Arkan, s. 19 vd.

¹²³ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 114.

kısmen de olsa o işletmeyi kendi adına işletmeyenler, örneğin tacir haricindeki işletme çalışanları açısından bağımsız bir ekonomik faaliyette bulunduklarını söylemek mümkün değildir¹²⁴.

Bir diğer unsur, esnaf faaliyetlerini aşma unsurudur. Esnafı tacirden ayıran nokta, yürüttükleri faaliyetlerin çeşidi değil hacmidir. Ticari işletme işleten bir tacir ya da esnaf işletmesine sahip olan küçük bir esnaf, yukarıda belirtilen diğer unsurları taşıdığı takdirde teşebbüs sıfatına sahip olabilecektir¹²⁵.

b. Devlet-Kamu Kuruluşu ve Teşebbüs

Bu başlık altında ele alınacak husus, devletin ve kamu kuruluşlarının gerçekleştirdikleri faaliyetler dolayısı ile teşebbüs olarak değerlendirilip, rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler kapsamına alınıp alınamayacaklarına ilişkindir.

Öncelikle AB hukuku açısından değerlendirme yapılacak olursa, iki veya daha fazla teşebbüsün ulusal merciilerin talimatları ve kendilerine yönelik verilen kararlar doğrultusunda davranarak, rekabeti bozucu nitelikte faaliyetlerde yer almaları ABİDA m. 101 kapsamına girmeyecektir¹²⁶. Fransız-Japon Rulmanları kararında¹²⁷ Komisyon, Topluluk ile Japonya arasındaki ticari anlaşmalardan kaynaklanan faaliyetlerin Ortak (Dış) Ticaret Politikası dahilinde olması sebebiyle, ABİDA m.101 kapsamına dahil olmadığı; Japonya Hükümeti tarafından Japon sermayeli teşebbüslere dayatılan koşullardan kaynaklanan faaliyetlerin de bu madde kapsamında olmadığı; fakat iki halde de meydana gelecek olan her türlü ek anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere bu maddenin uygulanmasının mümkün olduğu; yalnızca Japon

¹²⁴ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 85.

¹²⁵ *Topçuoğlu*, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 116.

¹²⁶ *Esin*, Rekabet Hukuku, s. 44.

¹²⁷ Roulement à billes, OJ 1974, L 343, s. 19.

yetkili merciilerince Japonya’da yürürlükte olan mevzuat gereğince müsaade edilmiş anlaşma ve uyumlu eylemlerden kaynaklanan faaliyetlerin Japonya’da mevzuata aykırılık taşımasa dahi, bu halin 101. maddenin uygulanabilmesine engel olmadığı; zira teşebbüslerin anlaşma veya uyumlu eylem halinde olmaktan sakınma serbestisinin her daim bulunduğunu ve nihayet Japon ve Birlik teşebbüs birliklerinin, tek taraflı veya müşterek girdiği anlaşmalardan, uyumlu eylemlerden, kararlardan doğan eylemlerin ilgili madde dahilinde olmadığına yönelik tespitlerde bulunmuştur¹²⁸.

ABAD vermiş olduğu bazı kararlarda, kamu kuruluşlarını, genel ekonomik faaliyetlerle ilgili hizmetler ile görevlendirilen teşebbüsleri ve gelir sağlayan tekelleri, devletlerin dış ticaret organizasyonlarını ve ticari faaliyetler ile uğraşan mahalli idarelere ait birimleri teşebbüs olarak nitelendirmiştir¹²⁹. Alüminyum kararında¹³⁰ Alman ve İngiliz davalılar, Komisyon’un itirazda bulunduğu müşterek satın alma sisteminin devlet müdahalesi dahilinde olduğunu ve Antlaşmanın ilgili maddesi kapsamına girmemesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu anlaşmaların devletlerin taraf olduğu iş ve eylemlerden olmaması veya teşebbüslerin devletler tarafından bu anlaşmalara iştirakına zorlanmış olmaları gibi bir hal bulunmadığından, Komisyon söz konusu iddiayı reddetmiştir. Bu defa da davalılar, bahsi geçen devletlerin belirtilen anlaşmaları dış ticaret politikalarının bir parçası olarak gördükleri için desteklediklerini, bu sebeple ilgili maddeden muaf olmaları gerektiğini iddia etmişlerdir. Alman hükümetinin bu faaliyetleri desteklemediğine fakat anlaşmalara göz yumduğuna dayanan Komisyon, bu iddiayı hem İngiliz hem Alman tarafı için göz önünde bulundurmamıştır. Bununla birlikte kararında: “Komisyon, İngiliz Hükümetinin 1965’ten beri İngiliz kökenli teşebbüslerin Brandeis anlaşmalarına girmelerini desteklediğini kabul eder. Ancak, İngiliz devletinin teşviki ve desteği Topluluk

¹²⁸ Esin, Rekabet Hukuku, s. 45.

¹²⁹ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 86.

¹³⁰ Aluminum Imports from Eastern Europe, OJ 1992, L 92/1.

ticaretini etkileyen mutlak bir karar anlamına gelmemektedir. Ayrıca, İngiliz hükümetinin kendi milli çıkarları doğrultusunda aldığı kararların Topluluk içinde rekabeti engellemesi, İngiliz hükümetinin Topluluk hukukunu ihlal etmeyi istediği ya da denediği anlamına gelmez. Zira İngiliz hükümeti böyle bir ihlale göz yummuş olsa bile bu durum teşebbüslerin durumunu değiştirmez¹³¹” şeklinde ifade etmiştir¹³².

ABİDA m. 106’da kamu teşebbüsleri ve kendilerine özel haklar ve tekel hakları verilen teşekküllerle ilgili olarak üye devletlerin, bu Antlaşmanın kurallarına, maddelerde (özellikle m. 12. ve 101-109) öngörülenlere aykırı hiçbir önlem alamayacağı ve mevcut olanları da devam ettiremeyeceği düzenlenmiştir. Genel ekonomi yararına işleyen hizmetleri yönetmekle görevli ya da mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüslerin bu tür kurallar kendilerine verilen özel görevlerin yerine getirilmesine hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde bu Antlaşmanın kurallarına, özellikle rekabet kurallarına tabi tutulacağı, ticaretin gelişiminin topluluğun yararına aykırı olabilecek ölçüde etkilenmemesi gerektiği ve Komisyon’un, bu madde hükümlerinin uygulanmasını gözetip, gerektiğinde üye devletlere uygun yönergeler ya da kararlar yollayacağı düzenlemeleri de aynı madde içinde yer almıştır¹³³.

AB rekabet hukukunda devlet tüzel kişiliğinin teşebbüs olarak değerlendirilmediği görülmekte ise de, m. 106 çerçevesinde devletin faaliyetleri de rekabet hukuku kapsamına dahil edilmiş olup, üye devletlerin rekabeti bozucu ve ayrımcı nitelikte olan rekabet düzenlemeleri yapması mümkün değildir. Rekabete ilişkin düzenlemelere kamu teşebbüsleri de tabidir ve dolayısı ile m. 101’e aykırılık teşkil edebilir ve bir uyumlu eylemin faili haline gelebilirler. Üye devletlerin iç hukuklarında yer alan düzenlemelerine göre bir faaliyeti kamu veya özel hukuk

¹³¹ Aluminum Imports from Eastern Europe, OJ 1992 L 92/1, s. 39.

¹³² Esin, Rekabet Hukuku, s. 45 vd.

¹³³ Cengiz, s. 458 vd.

faaliyeti olarak nitelendirmiş olmaları mahkemelerin veya Komisyon'un m. 101 vd. açısından bir değerlendirmede bulunmasını engellemeyecektir¹³⁴.

Türk hukuku çerçevesinde konu ele alındığında ise, öncelikle Anayasa'nın 167. maddesinde "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" hükmüne yer verilerek; Türkiye'de rekabet düzeninin korunması, serbest rekabetin engellenmemesi ve piyasalarda doğabilecek bütün tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenmesi devletin vazifesi olarak görülmüştür. Bir diğer deyişle, devletin söz konusu görevinden bahisle, kamu tarafından da kartel kurulması veya kartel oluşumuna imkan verilmesi mümkün olmayacaktır.

RKHK çerçevesinde rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır; fakat RKHK m. 2'nin gerekçesinde: "Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir" ifadesine yer verilmiştir. Şu halde, genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevli kamu teşebbüslerine de rekabet kuralları uygulanacaktır. Bu teşebbüslerin faaliyetlerini yerine getirebilmesi, rekabetin sınırlanmasına göre daha üstün bir menfaat niteliğinde olabilecektir. Bu bağlamda genel ekonomik menfaate hizmet etme görevine sahip işletmelere rekabet kurallarının uygulanması

¹³⁴ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 89.

olanların bu görevlerini yerine getirmesini engellememelidir. Genel ekonomik menfaate hizmet etmekle görevli bir teşebbüste bütün tüketicilere eşit şekilde hizmet etme görevi, tekel olmanın sağladığı birtakım ayrıcalıklardan yararlanma, hizmetin doğrudan devlet tarafından yapılacak kadar önemli olması, yapılan hizmetin şartları ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisinin hükümet tarafından verilmiş olması gibi çeşitli koşullar mevcut bulunmaktadır. Ancak, bu koşullar sınırlı sayıda olmayıp, somut olaya göre değerlendirme yapılması yoluna gidilmelidir¹³⁵.

Görüldüğü üzere kamu teşebbüsleri de RKHK kapsamına girmektedir. Aksi halde, yani kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarına tabi olmaması durumunda, Türkiye’de kamuya ait teşebbüslerin sayısındaki çokluk dikkate alındığında, ekonominin yarısında tekelleşme ve kartelleşmenin önünün açılması sonucu doğacaktır¹³⁶. Ancak bu demek değildir ki, kamu teşebbüslerinin tümüne rekabet kuralları mutlak surette uygulanacaktır. Zira bazı durumlarda ekonomik faaliyetin yürütülmesindeki kamusal menfaat, rekabet kurallarının tatbiki suretiyle ortaya çıkacak faydadan daha üstün olabilecektir¹³⁷. Kamu teşebbüslerinin RKHK m. 4 kapsamına girmesi mümkün olmakla birlikte, ABİDA m. 106’da da ifade edildiği üzere, söz konusu durum şayet ilgili kuruluşun faaliyetlerini fiilen veya hukuken engellemekte ise, engellediği oranda bahsi geçen düzenlemelerin kapsamı dışında kalacaktır¹³⁸.

Ülkemizde kamu teşebbüsü niteliğine sahip kamu iktisadi teşebbüsleri önemli bir yere sahiptir. Kısaca KİT olarak adlandırılan bu kavram, 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 2 uyarınca, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarını ifade etmektedir. İktisadi devlet teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre

¹³⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 52.

¹³⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 50.

¹³⁷ Sanlı, s. 37.

¹³⁸ Aşçıoğlu Öz, G.: Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2002, s. 302.

faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür. (233 Sayılı KHK m. 2/2). Kamu iktisadi kuruluşları ise, sermayesinin tamamı devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür (233 Sayılı KHK m. 2/3). KİT'ler devletin ekonomide doğrudan faaliyet göstermesinin aracı olup, kamu teşebbüsü yapısı arz etmektedir¹³⁹. Zira bu kurumların kurulmasındaki amaç ekonomik faaliyet olup, aldıkları kararlarda da bağımsız olmaları durumunda kural olarak rekabet kurallarına tabi olabileceklerdir¹⁴⁰.

Devlet veya devleti temsil eden başbakanlık, bakanlık ve belediye gibi kamu kurumlarının rekabet hukuku düzenlemelerine aykırılık teşkil edecek kararlar alması ve uygulamalar içinde bulunması hali RKHK kapsamına girmeyecektir. Zira bu kurumlar kamu yetkilerini kullanmakta ve ekonomik bir faaliyet içerisinde bulunmamaktadırlar. Bu bağlamda RKHK anlamında teşebbüs sayılamayacaklardır¹⁴¹.

Sosyal, kültürel veya ideal amaçlı görevler üstlenmiş bulunan kamu teşebbüslerinin, ekonomik olarak kar getirmeyecek nitelikte olan söz konusu alanlardaki işlemleri yapabilmesi için, kazanç getirecek ekonomik faaliyetlerinde özel teşebbüslere nazaran korunmaları gerekmektedir. Böylelikle kazanç getiren bu alanlardan elde edilen gelirlerle, ekonomik açıdan bir kazanç sağlamayan diğer hizmetler de yürütülebilecektir. Aksi halde özel teşebbüsler, ekonomik anlamda kazanç getirmeyecek olan hizmetleri sağlama yükümlülüğü altında

¹³⁹ *Güzel*, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, s. 54.

¹⁴⁰ *İnan/Piker*, s. 11.

¹⁴¹ *Arı*, s. 151.

olmaksızın bu sektörlere girebilecek ve kamu teşebbüslerine göre rekabette avantajlı olabileceklerdir¹⁴².

C. TEŞEBBÜSLER ARASI BAĞLANTI/ORTAK BİR PLANIN VARLIĞI

1. Bir İrade Uyuşması Arayışı Olarak Ortak Bir Planın Varlığı

Doktrinde ve uygulamada uyumlu eylemden bahsedebilmek için ortak bir planın bulunması, hazırlanması ve uygulanmasının gerekli olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Gleiss'e göre teşebbüslerin ortak bir planı takip etmesi, karşılıklı uyumun esaslı bir ölçütüdür. Bu noktada önemli olan, katılımcıların bilinçli bir şekilde irade uyuşmasını amaçlamaları, ortak bir anlayışta buluşmaları ve bunu ortaklaşa gerçekleştirme doğrultusunda ilerlemeleridir¹⁴³.

Öncelikle Amerikan rekabet hukukunda ortak plan anlayışından söz etmek gerekirse, teşebbüsler arasında icap ve kabul şeklinde gerçekleşecek bir irade uyuşmasının sağlanması gerekmektedir. Bu aşamaların tamamlanmış olması anlaşmanın varlığı için şarttır ve somut olayda bu husus aranmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, zaman içerisinde Amerikan rekabet hukukunda anlaşmanın varlığının aranmasına ek olarak, ortak bir planın mevcut olması durumunda da gizli işbirliğinden bahsolunabileceği anlayışı ortaya çıkmıştır¹⁴⁴.

Amerikan rekabet hukukunda Interstate Circuit¹⁴⁵ kararında gizli işbirliğinden bahsedebilmek için, bir sözleşmenin ya da belirtilen şekilde bir anlaşmanın varlığının şart olmadığı, ortak bir planın mevcut olmasının yeterli olduğu ifade olunmuştur¹⁴⁶. Karara konu olan olayda, sinema işletmecilerinden biri, sinema filmi dağıtıcılarına göndermiş olduğu

¹⁴² *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 91.

¹⁴³ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 93 vd.

¹⁴⁴ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 94.

¹⁴⁵ *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

¹⁴⁶ *Akıncı*, s. 143.

mektuplarda, diğ er sinema işletmecileri ile yapacakları sözleşmelere minimum fiyatlar ve filmlerin aynı anda gösterimine ilişkin maddeler koymalarını istemiştir. Her dağıtıcı bu mektubun diğ erlerine de gittiğinden haberdardır ve buna göre hareket etme imkanına sahiptir. Ortak bir plan doğrultusunda hareket etme ve bağı kalma bilinci oluşmuştur. Bu doğrultuda rekabeti kısıtlayıcı şartların gerçekleşmiş bulunması, hukuka aykırı nitelikte bir komplonun mevcut olması için ön şart değıldir. Mühim olan, uyumlu eylem içerisinde bulunma niyetiyle hareket edilmesi ve teşebbüslerin ortak bir planı onaylayarak buna uygun davranışlar sergilemesidir¹⁴⁷.

Diekmann'a göre ortak plan anlayışı, gizli işbirliğinin çerçevesini genişletmektedir. Tekdüze bir planın düzenlenmesi ve takip edilmesi veya ortak bir fiil ve hareket taslağı üzerinde uyuşmak böylece bir irade uyuşması türüdür. Bu doğrultuda anlaşmanın özel bir şeklini teşkil etmektedir. Ancak, bu anlaşmadaki gibi açık ve net ifade edilmiş beyanlara değıl, sinsice ve örtülü biçimde sağlanan bir uyuma dayanmaktadır. Böylelikle Diekmann, Amerikan rekabet hukukunda uyumlu eylemlerin sübjektif temelini ortak plan anlayışı olarak değerlendirmektedir. Bir diğ er deyişle, işbirliğinin sübjektif unsuru olarak anlaşma ve ortak planın mevcudiyeti somut olayda aranmakta ve yeterli olmaktadır¹⁴⁸.

Avrupa Birliğı rekabet hukuku açısından konu değerlendirildiğinde ABAD, Suiker Unie ve Dyestuffs kararlarında uyumlu eylemleri tanımlarken, koordinasyon ve işbirliğinden bahsetmiş ve bunların varlığı için bahsedilen manada bir planın mevcut olmasının mecburi nitelik taşımadığını ifade etmiştir. ABAD, teşebbüslerin gelecekteki pazar politikalarını belirlerken, birbirlerinden bağımsız olarak hareket edip etmediğı  l t n  esas almaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Kahraman, s. 81.

¹⁴⁸  kizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 97 vd.

¹⁴⁹ Kahraman, s. 81 vd.

Bu kararlara binaen, AB rekabet hukuku çerçevesinde uyumlu eylemden söz edebilmek açısından ortak bir planın mevcudiyetinin yeterli olduğu ancak, zorunlu bir husus olarak görülmediğini söylemek mümkündür. Belirtmek gerekir ki, bu kararlar neticesinde doktrinde uyumlu eylemler, gevşek veya zayıf anlaşmalar şeklinde nitelendirilmiş; anlaşmalardaki kadar net ve açık olmayan bir irade uyuşmasının mevcut olduğundan bahsolenmiştir.¹⁵⁰ Bununla birlikte anlaşma olarak nitelendirmeyen veya anlaşmaların mevcut olup olmadığının ispatı noktasındaki birtakım zorluklarını azaltma gibi bir işlevi olmadığını savunan, uyumlu eylemi bağımsız bir kavram olarak ele alan Lane'e¹⁵¹ göre ise, anlaşma olarak nitelenemeyecek işbirliği halleri uyumlu eylemi meydana getirmektedir

Pre-Insulated Pipes¹⁵² kararında Komisyon, pazarda belirli eylemlerden kaçınarak veya eylemlerini bir hızda muhafaza ederek, teşebbüslerin kendi ticari davranışlarını kısıtlayan veya kısıtlayabilecek niteliğe sahip olan ortak bir plan doğrultusunda hareket etmelerini devam eden tek bir anlaşma olarak değerlendirmiştir. Böyle bir anlaşmanın, ortak karar verme mekanizması ve ortak bir planın üstlenilmesinden ibaret olacak şekilde iki unsur içerdiğini belirtmektedir¹⁵³. Yine aynı karar dahilinde, teşebbüslerin tüm hususlarda anlaşmış bulunması, anlaşma şartlarına zaman zaman aykırı davranışları ve hatta ara sıra karşılıklı rekabet içine girmeleri ortak plan çatısı altında oldukları müddetçe anlaşmanın kurulmadığı veya sona erdiği anlamına gelmeyecektir¹⁵⁴. Bu ifadeye binaen ve bu kapsam dahilinde ortak bir planın varlığının, anlaşmalar ile kıyaslandığında, çok daha gevşek bir uyuşmaya ve sübjektif bir bağa işaret ettiği çıkarımı yapılabilecektir¹⁵⁵. Uyumlu eylemin karşılıklı anlayış veya hemfikir olma

¹⁵⁰ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 100.

¹⁵¹ *Lane*, s. 52 vd.

¹⁵² Pre-Insulated Pipes, OJ 1999, L-24/1.

¹⁵³ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 99.

¹⁵⁴ *Kahraman*, s. 82.

¹⁵⁵ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 100.

hali veya işbirliğine dayanması nedeni ile anlaşmalara göre daha gevşek olduğu da ileri sürülmektedir¹⁵⁶.

Türk doktrininde ise Akıncı uyumlu eylemden söz edebilmek için temelinde aranan uyuşmanın oluşumunu kademelere ayırarak meseleyi ele almıştır:

“Taraflar arasında uyuşmanın varlığı, şüphesiz ki ilk önce, tarafların geleceğe yönelik istek ve arzularının varlığını gerektirir. Tarafların her şeyden önce belirli konularda tasavvurları ve düşünceleri bulunmalıdır. Bu tasavvur ve düşüncelerin karşı tarafa iletilmesi uyumun ikinci safhasını oluşturur. Açıklama safhası gerçekleşmeden önce düşünce ve tasavvurlar kişinin kendi iç aleminin bir parçasıdır ve dış dünya bakımından belirsizdir. Açıklama ile birlikte tarafların arzu ve istekleri nitelik kazanır. Uyumun oluşmasındaki bu ilk iki safha sonunda hala uyumun varlığından söz edilemez. Tarafların açıkladıkları istek ve arzulara benzerlik ortak menfaatlerin belirlenmesi, uyumun varlığı için gereklidir. Taraflar ilk iki safhada, tek başına davranmakta iseler de, son safha beraberliği gerektirir. Uyumun oluşmasında ilk iki safha hazırlık niteliğindedir ve uyumun oluşması için yeterli olmaz. Ancak, hazırlık evreleri olmaksızın, sadece üçüncü safhanın, uyumun oluşması için yeterli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Rakip firma yöneticilerinin piyasaya ilişkin konularda görüşlerini açıklamak için bir araya gelmeleri, üretim giderleri ve mal talebine ilişkin sorunları tartıştıktan sonra, fiyatın "x" olarak belirlenmesinin herkes için en uygun olacağını belirtmeleri durumunda her üç safhanın gerçekleştiğinden söz edilebilir”¹⁵⁷.

İkizler’in savunduğu ve bizim de katıldığımız görüşe göre, rekabet hukukundaki anlaşma kavramı, taraf iradelerinin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş olmasının gerekip

¹⁵⁶ Rodger, B.S./MacCulloch A.: Competition Law and Policy, 2nd Edition, United Kingdom 2001, s. 131.

¹⁵⁷ Akıncı, s. 147.

gerekmemesi noktasında medeni hukuktaki sözleşme kavramı ile eş anlamlı olmadığından, eylem ile ilgi kurulmaksızın uyumun varlığından bahsetmek, bunu gevşek bir irade uyuşmasına, karşılıklı anlayışa veya fikirlerin buluşmasına dayandırarak açıklamak mümkün değildir. Uyumlu eylemin rekabet hukukunda bir misyon edinebilmesi için, anlaşmaların ve kararların kapsamına girmeyen danışıklı ilişki durumlarına hasredilmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle uyumlu eylemin kapsamı, anlaşma ve kararlar haricindeki tüm rekabet ihlalleri olarak ifade edilebilir¹⁵⁸.

2. Bağlantının Özellikleri

Uyumlu eylemden söz edilirken ortaya çıkarılmak istenenin teşebbüsler arasındaki dayanışma veya işbirliğinin kendini doğrudan veya dolaylı bir bağlantı, bir irtibat olarak göstermesinin gerektiği genel itibariyle kabul edilmektedir¹⁵⁹.

Uyumlu eylemin objektif unsuru olarak, teşebbüsler arasında doğrudan veya dolaylı şekilde gerçekleşen bir bağlantının, temasın mevcut olması aranmaktadır. Objektif niteliği ise teşebbüslerin uyuşması hususu ile ilgilenmemesinden kaynaklanmaktadır. Teşebbüsler bağlantı neticesinde edinmiş oldukları bilgileri, karar alma sürecinde rekabet aleyhine kullandıklarından, bağlantı uyumlu eyleme veya paralel davranışlara sebebiyet verir. Bağlantı esnasında bilgi değişimleri veya vaatler, öneriler, tavsiyeler, fikir alışverişleri, ağız aramaları, niyet yoklamaları gibi çok çeşitli hususlar gündeme gelebilecektir ancak, bunların tümü karar alma sürecinde dikkate alınmayacak; teşebbüsler doğru olduğunu düşündükleri kısmını esas alacaklardır. Doğru olup olmadığı noktasında kesin surette emin olmak gerekli olmayıp, her bir

¹⁵⁸ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 104.

¹⁵⁹ *Goyder*, D. G.: EC Competition Law, 4th Edition, Oxford University Press, USA 2003, s. 101.

teşebbüsün bağlantı neticesinde elde edilmiş olan bilgi veya fikre göre hareket edeceğine ilişkin beklenti içinde olması kafidir¹⁶⁰.

Doktrinde Faull ve Nikpay¹⁶¹, uyumlu eylemden söz edebilmek için öncelikle bir bağlantının mevcut olmasını aramaktadır. Sonrasında ise uyuşmanın gerçekleşmesini şart koşmaktadır.

Akıncı¹⁶², uyuşmanın oluşum safhalarını ifade ederken, geleceğe yönelik istek ve arzuların bulunması ve söz konusu isteklere ilişkin düşüncelerin karşı tarafa iletilmesi, bir diğer deyişle bağlantının kurulmasından bahsetmektedir.

Divanın bağlantıya ilişkin ilk önemli kararı Suiker Unie kararı¹⁶³ olup, daha evvel de bahsi geçtiği üzere, Komisyon tarafından teşebbüslerin birtakım girişimlerinin ABİDA m. 101 ve 102 kapsamında rekabet düzenini bozucu nitelikte olduğuna ilişkin kararı temyiz üzerine ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD ise, uyumlu eylemin mevcut olduğunu kabul etmek için bir plan veya programın varlığının aranmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Bunun yerine mahkeme, uyumlu eylem kavramı için çok mühim bir yorum getirmiştir. Şöyle ki, her teşebbüsün ortak pazarda izlemeyi planladığı politikasını bağımsız şekilde belirlemesi gerekmektedir. Bu bağımsızlık teşebbüsleri, rakiplerinin var olan ve öngörülebilir hareketlerine akıllıca ayak uydurmak hakkından yoksun kılmayacaktır. Hal böyle olmakla birlikte bu durum, rakipler arasında amaç veya etkisi mevcut olan veya potansiyel bir rakibin pazar politikalarına nüfuz etmek veya benimsemeyi planladıkları politikalarının seyrinden

¹⁶⁰ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 110 vd.

¹⁶¹ *Faull J./ Nikpay A.*: The EC Law of Competition, Oxford University Press, USA 1999, s. 78.

¹⁶² *Akıncı*, s. 147.

¹⁶³ Cases 40/73, *Suiker Unie v. Comission (Sugar)*, ECR 1975, 1663.

böyle bir rakibi haberdar etmek olan herhangi bir doğrudan ya da dolaylı şekilde bağlantıya meydan verildiği manasına da gelmeyecektir¹⁶⁴.

Uyumlu eylemlerin bağlantı unsuru açısından önem taşıyan mefhumlar; bilgi değişimleri, tavsiyeler ve kamuya yönelik duyurulardır.

a. Bilgi Değişimleri

Bilgi değişimi kavramının rekabet hukukunda önemli bir yeri vardır. Tam rekabet piyasalarında rekabetten bahsedilmesi teorik açıdan mümkün olmadığından, rekabetin yoğun şekilde mevcut olduğu oligopol piyasalarda karlarını arttırmak arzusunda olan teşebbüsler, rekabet etmek yerine aralarında anlaşarak söz konusu amaçlarına ulaşmayı isteyebilmektedirler. Teşebbüslerin piyasa şartları ve teknolojinin sağlamış olduğu bilgi değişimi kolaylığından faydalanmak sureti ile, bu tip piyasalarda piyasa davranışlarını birbirlerine yaklaştırmaları mümkündür¹⁶⁵.

Bilgi değişimine ilişkin olarak Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz çeşitli düzenlemeler içermesi dolayısıyla önem taşımaktadır. Buna göre, “Teşebbüsler arasında bilgi değişimi birçok şekilde gerçekleşebilir. Bilgi, rakipler arasında doğrudan veya meslek kuruluşları gibi teşebbüs birlikleri, pazar araştırma kuruluşları ve benzeri üçüncü taraflar veya teşebbüslerin tedarikçi ya da dağıtım ağı yoluyla dolaylı olarak paylaşılabilir. Bilgi değişimi, bir anlaşmanın temel konusunu oluşturabileceği gibi, başka bir yatay anlaşmanın parçası da olabilir. Örneğin, bir üretim anlaşmasının tarafları anlaşmanın parçası olarak bazı maliyet bilgilerini birbirleriyle paylaşabilirler. Bu tür bilgi paylaşımları, yatay işbirliği anlaşmasının

¹⁶⁴ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 112 vd.

¹⁶⁵ *Şaylı*, Y.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 142.

bütünü dikkate alınarak değerlendirilir. Bilgi değişimi, teşebbüslerin örneğin kendilerini rakipleriyle kıyaslamalarına imkan sağlayarak etkinliklerini arttırabilir. Ancak, bilgi paylaşımı özellikle, teşebbüslerin, rakiplerinin pazar stratejileri hakkında bilgi sahibi olmalarını sağladığı durumlarda rekabetin kısıtlanmasına neden olabilir. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi; pazarın yoğunlaşma derecesi, şeffaflığı, istikrarı, karmaşıklığı ve pazardaki teşebbüslerin benzerliği gibi pazarın yapısına ilişkin unsurlar ile ilgili pazarı rakipler arası koordinasyona elverişli hale getirebilmesi nedeniyle paylaşılan bilginin niteliğine bağlıdır”.

Söz konusu Kılavuzda yer alan ifadeye göre “Rakipler arasında bilgi değişimi, fiyat veya miktar tespiti amacını taşıyan bir anlaşma niteliği taşıdığında kartel olarak kabul edilerek cezalandırılır. İlâveten tarafların, üzerinde uzlaşılan kurallara uyup uymadığının takibini sağlayarak kartelin işleyişini kolaylaştıran bilgi değişimleri de kartelin bir parçası olarak değerlendirilir”.

Kılavuz gereğince; “Normal şartlar altında teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da beklenen davranışlarına göre basiretli bir biçimde kendilerini uyarlaması ihlal olarak değerlendirilmemektedir. Ancak rakipler arasında, pazardaki olağan koşullardan farklı rekabet koşulları yaratma amaç veya etkisine sahip olan doğrudan ya da dolaylı her türlü iletişim, ihlal olarak değerlendirilmekte ve yasaklanmaktadır. Örneğin teşebbüsün, kendi uyguladığı veya uygulamayı düşündüğü politikayı rakibine açıklaması bu bağlamda değerlendirilebilir. Dolayısıyla bilgi değişimi, rekabete duyarlı bilgilerin değişimi ile pazardaki belirsizliği azaltıyor ve rekabeti kısıtlayıcı işbirliğini kolaylaştırıyorsa, ihlal teşkil edebilecektir”.

Kılavuza göre; “Bir teşebbüsün, rekabete duyarlı bilgilerini, gerçek anlamda kamuya açık şekilde, örneğin gazete aracılığı ile, tek taraflı olarak ifşa etmesi, genellikle ihlal teşkil etmez. Bununla birlikte, 4. madde kapsamında yapılacak değerlendirme açısından somut olayın

özellikleri belirleyici olacaktır. Örneğin, böyle bir duyuruyu takiben rakiplerin de rekabete duyarlı bilgileri benzer şekilde ifşa yoluna gitmesi, koordinasyona işaret edebilecektir”.

Görüldüğü üzere teşebbüsler arası bağlantının temel unsuru bilgi değişimidir¹⁶⁶. Bilgi değişimlerine ilişkin temel kriter teşebbüslerin rakiplerinin piyasada gelecekte izleyecekleri politikaları öğrenmeleri ve bu suretle piyasadaki belirsizliğin engellenmesidir¹⁶⁷. Rakip teşebbüslerin rekabete dair kararlarında etki doğuracak özellikteki ticari bilgilerini birbirlerine açıklamak suretiyle değiştirmeleri bilgi değişimlerini ifade etmektedir¹⁶⁸.

Uyumlu eylemlerin tespiti noktasında mühim olan, teşebbüsler arasındaki bilgi değişimini sağlayan doğrudan veya dolaylı bağlantının meydana çıkarılması olmakla birlikte, söz konusu iletişimin sağlanabilmesi için, pozitif bir iletişim kurma niyeti olması veya diğerinin bu bilgiyi edineceği bilincine sahip şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Rakip teşebbüslerin, ticari kararlarını alırken bu bilgiyi dikkate alacaklarını ve benzer tavırlar sergileyeceklerini öngörerek kendisinin ne şekilde davranacağını evvelden bildirmek uyumlu eylem teşkil etmektedir. Tesadüfi şekilde gerçekleşen bir bilgi aktarımı olmaması gerekmektedir¹⁶⁹.

Teşebbüslerin gerçekleştirdikleri toplantılar, telefon konuşmaları, teleks mesajları veya mektuplar gibi yazışmalar ile doğrudan bilgi değişiminde bulunmaları imkanı olduğu gibi, teşebbüs birlikleri aracılığıyla veya fiyat duyuruları yoluyla dolaylı şekilde bilgi değişiminde bulunmaları mümkündür¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Yüksel, s. 50.

¹⁶⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 305.

¹⁶⁸ Cengiz, s. 190.

¹⁶⁹ Kahraman, s. 95.

¹⁷⁰ Yüksel, s. 52.

Bahsi geçen Kılavuz kapsamında “Bir teşebbüsün posta, e-posta, telefon görüşmeleri, toplantılar gibi vasıtalarla rekabete duyarlı bilgilerini, bunları açıkça veya zımnen kabul eden rakiplerine tek taraflı olarak açıklaması ile çok sayıda teşebbüsün, amaçları ve planları hakkında birbirlerini bilgilendirmesi arasında fark bulunmamaktadır. Örneğin, bir teşebbüsün fiyatlama politikasının rakiplere açıklandığı bir toplantıya yalnızca katılmış olmak bile, fiyatları artırmak üzere bir uzlaşmaya varılmamış olsa dahi, Kanunun 4. maddesi kapsamına girebilecektir. Bir teşebbüse, rakibi tarafından herhangi bir şekilde rekabete duyarlı bir bilgi gönderildiğinde, ilgili teşebbüs böyle bir bilgiyi almak istemediğine dair net bir karşılık vermiyor ise, teşebbüsün bu bilgiyi kabul ettiği ve pazardaki davranışlarını buna göre değiştirdiği varsayılacaktır. Bir teşebbüsün, rekabete duyarlı bilgilerini, gerçek anlamda kamuya açık şekilde, örneğin gazete vasıtasıyla, tek taraflı olarak ifşa etmesi, genellikle ihlal teşkil etmez. Bununla birlikte, 4. madde kapsamında yapılacak değerlendirme açısından somut olayın özellikleri belirleyici olacaktır. Örneğin, böyle bir duyuruyu takiben rakiplerin de rekabete duyarlı bilgileri benzer şekilde ifşa yoluna gitmesi, koordinasyona işaret edebilir” ifadesine yer verilmiştir.

Bilgi akışı normal şartlar altında dolaylı şekilde ve birçok aşamadan meydana gelen bir süreç iken, bir teşebbüsten diğerine doğrudan sağlanması pazarın rekabetçi koşullarında görülemeyecek bir olgu olup işbirliği görünümü doğurmaktadır. United States v. Container Corp. davasında¹⁷¹, Amerika’nın güney doğusunda satılan karton kutuların takriben %90’ını temin eden on sekiz teşebbüsün davranışları değerlendirilmiştir. Dava dahilindeki teşebbüsler, düzenli şekilde gerçekleşme de birbirleri ile iletişim halindedirler. Giriş engellerinin düşük ve ürünün homojen olduğu söz konusu piyasada, teşebbüsler telefon görüşmeleri yapmak suretiyle belirli müşterilere vermiş oldukları fiyatları birbirlerine açıklamaktadırlar. Söz konusu bilgilere başka şekilde ulaşmak imkanı da bulunmamaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi,

¹⁷¹ Container Corp v. Unites States, 393 U.S. 333, 355 (1969).

davalılardan her birinin ileride aynı bilgiyi diğerinden almak umudu ile bir diğer deyişle, karşılıklılık bilinci ile hareket ettiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda mahkeme, satış fiyatlarına yönelik bilgi değişiminden yola çıkarak, teşebbüsler arasında gizli bir anlaşmanın mevcut olduğu neticesine varmıştır¹⁷².

AB rekabet hukukunda teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi, üye devletler arasındaki rekabeti önleme, kısıtlama veya bozma amacına veya etkisine sahip bir anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı oluşturduğu takdirde, ABİDA'nın bahsi geçen davranışları yasaklayan m. 101/1 kapsamında ele alınmaktadır. Bununla beraber, ABİDA m.101/3 kapsamında ifade edilen koşulları karşılayan bir bilgi değişimi, m. 101/1'de öngörülen yasaklamadan muaf tutulabilecektir¹⁷³. Konu Komisyon tarafından ilk kez “İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Duyurusu¹⁷⁴” kapsamında ele alınmış ve bilgi alışverişine yönelik her anlaşmanın ABİDA m. 101 hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. İlaveten “Rekabet Politikasına İlişkin Yedinci Rapor” çerçevesinde, hangi şartlar altında bilgi alışverişinin belirtilen maddeye aykırı olacağı ifade edilmiştir. Bilginin türü ve bilgi alışverişinin gerçekleştiği pazarın yapısına göre bir ayırım yapılmış; istatistiksel ve toplam rakamlardan oluşan veya geçmişe yönelik bilgi alışverişini konu edinen anlaşmalar m. 101 hükmüne aykırılık teşkil etmezken, bilhassa oligopolistik pazarlarda artan pazar şeffaflığının rekabetin yoğunluğunu azaltacağından bahisle, bilgi alışverişinin hukuka aykırı olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılabilmesi mümkün görülmüştür¹⁷⁵.

¹⁷² Kahraman, s. 95 vd.

¹⁷³ Pişmaf, Ş.: İktisadi ve Hukuki Açidan Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi No. 115, Ankara 2012, s. 43.

¹⁷⁴ Comission Notice On Cooperation Agreements Oj 1968 C75/3. Bu duyurunun yerini alan rehber için bkz. Comission's Guidelines On Horizontal Agreements OJ 2001 C 3/2, 2001 4CMLR 819.

¹⁷⁵ Yüksel, s. 51.

Değinilmesi gereken bir diğer düzenleme, 2010 senesinin Ekim ayında OECD Rekabet Komitesinin rakip teşebbüsler arası bilgi değişimlerini rekabet hukuku açısından incelemiş olduğu ve nihayetinde yayımladığı rapordur¹⁷⁶. İlk olarak rapor çerçevesinde bilgi değişimine ilişkin olarak doğrudan ve dolaylı bilgi aktarımı şeklinde ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Rapora göre rakipler arası veri ve bilgi değişiminin, doğrudan bir diğer deyişle yatay ilişki aracılığı ile gerçekleştirilmesi, en bariz bilgi değişimi yöntemidir. Rakipler arasında bu şekilde doğrudan bir bilgi değişimi olmasa dahi, dolaylı bilgi paylaşımının da rekabet hukuku kapsamında incelenebilmesinin mümkün olduğu yine rapor kapsamında belirtilmiştir. Rekabet Kurulu kararlarında da ifade olunduğu üzere, bilgi değişiminin gerçekten de doğrudan taraflar arasında, üçüncü taraflar vasıtasıyla veya kamuya açık paylaşım uygulamaları olmak üzere üç şekilde gerçekleştiği görülmektedir¹⁷⁷.

OECD, rekabet otoritelerinin bilgi alışverişine yönelik olarak göz önünde bulundurdıkları hususları da belirtmiştir. Bilgi değişimini gerçekleştiren teşebbüslerin faaliyette bulundukları piyasanın yapısı, değişimi yapılan bilginin türünün ne olduğu ve niteliği (konusu, ayrıntı düzeyi, paylaşımın sıklığı, aleniyeti gibi), bilginin ilişkilendirildiği mal veya hizmetin cinsi, piyasanın başlangıçtaki şeffaflık oranı, değişimin var olan şeffaflık üzerinde etkili olup olmayacağı, piyasadaki şeffaflık oranı sebebiyle danışıklı ilişkinin sürdürülebilir olup olmadığı rekabet otoritelerinin değerlendirmelerinde esas aldıkları unsurlar olmaktadır¹⁷⁸. OECD'ye göre, hangi tür bilgi değişimlerinin rekabeti ihlal edeceğinin, hangilerinin rekabete bir etki doğurmayacağının ya da rekabet düzeyini arttıran etkiler doğuracağının tespitinde, somut olaya göre iktisadi bir incelemenin yapılması daha doğru olmakla birlikte, rekabet

¹⁷⁶ Information Exchange between Competitors under Competition Law, October 2010 Policy Roundtables OECD.

¹⁷⁷ Gürkaynak, G.: Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Çimento İşveren Dergisi, C. 27 S. 1, İstanbul 2013, s. 58.

¹⁷⁸ Aslan, F. E. : Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı, Rekabet Dergisi C. 13 S. 3, Ankara 2012, s. 7.

otoritelerinin, teşebbüslerin hangi tip hareketlerden sakınmaları gerektiğini evvelden bilmelerine imkan verecek düzenlemelerin meydana getirilebilmesi için amaç noktasında rekabete aykırılık kavramından, güvenli limanlardan faydalanabilmesi mümkün olacaktır¹⁷⁹.

Konuya ilişkin olarak önemli kararlardan biri, rekabetin sınırlanmasının odağında bilgi değişiminin bulunduğu Fatty Acids (Yağ Asidi) kararıdır¹⁸⁰. Karara konu olan olaya bakıldığında, ilgili pazarda, pazarın yaklaşık %60'ını ellerinde tutmakta olan üç büyük firma ve kırk kadar küçük firma bulunmaktadır. %30'un üzerinde bir pazar payı ile pazarın lideri konumundaki Unilever, 1979 yılında, yağ asidi pazarında bir kapasite fazlalığı bulunduğundan bahisle, üretimi düşürmeye karar vermiş; bu dönemde Unilever'in ön ayak olması neticesinde, üç büyük firma arasında geçmiş ve geleceğe ilişkin toptan satış tutarları hakkında bilgi değişimi başlamıştır. Nihayetinde her üç firma da üretimi düşürmüş; en fazla düşüşü Unilever gerçekleştirmiştir. Unilever'in pazar payı diğerlerine kıyasla azalmış ve fakat üç büyük firmanın toplam pazar payında bir yükselme gerçekleşmiştir. Dolayısıyla pazardaki kapasite fazlalığını ortadan kaldırma gereği duyan üç büyük firma, buna yönelik olarak küçük firmaları pazar dışına itmeyi en iyi yöntem olarak görmüştür. Karşılıklı olarak elde edilen bilgiler dikkatlice analiz edilmekte, söz konusu üç firmanın birbirlerinin müşterilerini çekmesi hırsızlık olarak görülmekte ve bunun yerine diğer üreticilerin müşterilerini elde etmeye yönelik faaliyetlere girilmektedir. Bu doğrultuda elde edilen bilgiler, sektörün yeniden yapılanmasında, pazar paylarının korunması ve istikrar kazanması için kullanılmaktadır. Komisyon Yağ asidi olayında, doğrudan doğruya pazar paylaşımına dair bir anlaşmanın mevcut

¹⁷⁹ Aslan, F. E., s. 13.

¹⁸⁰ Fatty Acids, OJ 1987, L3/17.

olduğunu ortaya koyamamakla beraber, teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişimini rekabeti sınırlayıcı olarak değerlendirmiştir¹⁸¹.

Değnilmesi gerekli olan bir diğer dava, bilgi değişiminin tek başına uyumlu eyleme neden olabileceğinin belirtildiği UK Tractors davasıdır¹⁸². Söz konusu karar, Birleşik Krallık'ta (BK) faaliyet gösteren traktör üreticileri ve ithalatçıları arasında kurulan bir bilgi değişimi anlaşmasına ilişkindir. Komisyon, söz konusu anlaşmanın muafiyet talebini reddetmiştir. Giriş engelleri yüksek olan yoğunlaşmış piyasadaki satış ölçülerine dair ayrıntılı bilgi alışverişinin, şeffaflık oranını yükseltmek suretiyle, teşebbüslerin rekabete yönelik isteklerini yok edeceği ve piyasaya katılmak arzusunda olan teşebbüslere dikkat çekilerek, yanıtlanmasına olanak sağlayacak niteliği ile giriş engeli oluşturacak olması bu karara gerekçe gösterilmiştir¹⁸³.

Daha evvel de bahsi geçen Dyestuffs¹⁸⁴ ve Woodpulp¹⁸⁵ kararlarına bu başlık altında da değinmek gerekmektedir. Öncelikle Dyestuffs davasına bakıldığında, fiyatlarında aynı dönemlerde ve benzer oranlar olacak şekilde artışa giden teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar verilmiştir. Fiyat artışından evvel toplantı yapılmış olup, bazı üreticiler bu toplantı esnasında fiyatta artışa gideceklerini rakiplerine iletmişlerdir. Komisyon fiyat duyurularını, aynı ürünlerin fiyatlarındaki yükselmeleri ve benzeşen miktarlarda tatbik edilmesini, üretimi sağlayanların yavru ortaklık ve bu ortaklığın temsilcilerine ilettikleri talimatlarda aynı ifadelerin yer almasını ve teşebbüsler arasında bir toplantının gerçekleştirilmesini kanıt olarak sunarak, Dyestuffs üreticilerinin uyumlu eylem içerisinde olduklarına hükmetmiştir¹⁸⁶. Kararda uyumlu eylemin tanımına yer verilmiş; akabinde

¹⁸¹ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 118 vd.

¹⁸² UK Agricultural Tractor Registration Exchange O.J. (1992) L68/19.

¹⁸³ *Pişmaf*, s. 47 vd.

¹⁸⁴ Cases 48/69, ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

¹⁸⁵ Case 89/85, Ahlström & Ors v. Commission, ECR 1988, 5193.

¹⁸⁶ *Yüksel*, s. 36.

teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını dikkate alarak hareket etmelerinin mümkün olduğu; fakat söz konusu davranışlara dair belirsizlikleri ortadan kaldırmak suretiyle işbirliği yaparak hareket etmenin yasaklanmış olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca salt paralel davranışların varlığının uyumlu eylem oluşturmadığı, paralel davranışın piyasanın olağan şartlarını yansıtmaması halinde uyumlu eylemin varlığına ilişkin kuvvetli bir delil oluşturacağı, ihlalin gerçekleştiği neticesine varabilmek adına piyasadaki faaliyetlerin ayrıntılı şekilde incelenmesi ve kanıtlara bir bütün halinde bakılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir.

Woodpulp kararında ise ABAD, Komisyonun üç aylık dönemlerle fiyat duyuru yönteminin m. 101'in ihlali olduğuna veya bu tür bir yöntemin uyumlu eylem noktasında daha önceki aşamada duyurulan fiyatların kanıt oluşturduğuna ilişkin iddiasını reddetmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, Suiker Unie kararına da atıfta bulunarak, her bir iktisadi aktörün uygulamaya koymayı planladığı politikayı rakiplerinden bağımsız olarak belirlemesi gerektiğine dikkat çekmiş ancak somut olayda kullanıcılara yönelik olarak önceden gerçekleştirilen fiyat duyurularını, "rakiplerin gelecek tutumları ile ilgili belirsizlikleri azaltmayan bir pazar davranışı" olarak yorumlamıştır. Zira ABAD'a göre gelecek fiyatını duyuran bir teşebbüsün, o an itibarıyla rakiplerinin gelecekte nasıl davranış sergileyeceklerinden emin olmasının imkanı yoktur. Bu açıdan pazardaki üç aylık fiyat duyurularını, m. 101/1'in bizzatı bir ihlali olarak değerlendirmedeğini ifade etmiştir. Bahsi geçen duyuruların, tarafların "duyurulan fiyatlar üzerinde uyumlu eylemde bulundukları" iddiasına esas oluşturup oluşturmayacağı hususunda bir değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme tarafından atanan uzmanlar yapmış oldukları inceleme neticesinde, bu duyuruların uzun bir geçmişe dayandığını ve alıcılar tarafından talep edildiğini belirtmiş ve Komisyonun iddiasının aksine, pazarın doğasından kaynaklanan bir şeffaflık bulunduğu yönünde görüş beyan etmişlerdir. Bu görüşleri benimseyen ABAD, duyurulan fiyatlar konusunda gözlenen paralel

davranışın tek açıklamasının uyumlu eylem olmadığını, pazardaki fiyat duyurusu sisteminin alıcılar ve satıcılar tarafından duyulan ihtiyaç üzerine ticari riskleri gidermeye yönelik olarak geliştirilen akılcı bir tepki olduğunu belirtmiştir¹⁸⁷.

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz kapsamında yer alan ifade gereğince “Rekabete duyarlı bilgi değişimi, pazardaki şeffaflığı yapay olarak artırarak, teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu kolaylaştırıp, rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilir. Bu durum farklı şekillerde meydana gelebilir. İlk olarak bilgi değişimi, pazardaki belirsizliklere ilişkin olarak teşebbüslerin ortak ve uyumlu beklentilere sahip olmasına yol açabilir. Böylece teşebbüsler, aralarında açık bir anlaşma olmaksızın, rekabetçi davranışlarını koordine etmek üzere ortak bir anlayışa varabilirler. Bu yolla bilgi değişimi pazarda işbirlikçi sonuca neden olabilir. Teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına ilişkin planlarına yönelik bilgi değişimi, bu tür bir anlayış birliği için en uygun yoldur”. Bir başka deyişle, bilgi değişimleri, danişıklı ilişkilerin konusunu oluşturabilir. Bilgi değişimi dolayısıyla teşebbüslerin birbirlerinin pazarda izlemeyi düşündükleri politikalarından haberdar olmaları ve bu suretle karşılıklı etkileşime girmeleri uyumlu eylemlere neden olabilecektir. Anlaşmalardan farklı olarak uyumlu eylemlerde bir irade uyuşmasının ortaya konulması beklenmeyeceğinden, bilgi değişimi teşebbüslerin yakınlaştığının göstergesi olacaktır. Gerekli olan bağlantının mevcut olması, paralel davranışları doğuran bir yakınlaşma sürecinin yaşanmış olması gereklidir. Dolayısıyla salt bilgi değişimi bağlantının oluşması için yeterli olacaktır. Bu doğrultuda bilgi değişimi neticesinde işbirliğinin meydana gelmesi ve piyasaya aksetmesi beklenir duruma gelecektir¹⁸⁸.

¹⁸⁷ *Pişmaf*, s. 53 vd.

¹⁸⁸ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 123.

Kılavuz gereğince; “Piyasada rekabeti kısıtlama amacıyla yapılan her türlü bilgi değişiminin etkisine bakılmaksızın rekabeti kısıtladığı kabul edilir. Bilgi değişiminin rekabeti kısıtlama amacı olup olmadığının değerlendirilmesinde, bilgi değişiminin meydana geldiği hukuki ve iktisadi çerçeve dikkate alınacaktır. Bu kapsamda, bilgi değişiminin, doğası gereği rekabetin kısıtlanmasına yol açıp açmayacağı değerlendirilecektir. Geleceğe yönelik planlara ilişkin bir bilgi değişiminin amaç yönünden rekabeti kısıtlama ihtimali, mevcut verilerin değişimine kıyasla daha fazladır. Bu çerçevede rakiplerin, gelecekte uygulamayı planladıkları fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgileri aralarında değişmesi, genellikle fiyat ya da miktar tespiti amacı taşıdığı için, normal koşullar altında kartel olarak değerlendirilir. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olası etkileri, her somut olayın kendine has özellikleri bağlamında ele alınacaktır. Bu değerlendirme bilgi değişiminin mevcut ve olası etkileri ile bilgi değişiminin bulunmadığı durumdaki rekabet koşullarının karşılaştırılması yoluyla yapılır. Bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkisinin değerlendirilmesinde, ilgili pazarın özellikleri ile bilgi değişiminin nitelikleri dikkate alınır. Bazı pazarlar özellikleri itibariyle, teşebbüsler arası koordinasyonun sağlanmasını ya da mevcut bir koordinasyonun sürdürülmesini kolaylaştırabilir. Bu tür pazarlarda bilgi değişimi bu özelliklerin bulunmadığı pazarlara kıyasla rekabeti kısıtlayıcı etkilerin daha fazla olmasına neden olur. Bununla birlikte bilgi değişimi, pazarda şeffaflığı artırma, pazarın karmaşıklığını ve teşebbüsler arası farklılıkları azaltma ve pazarı istikrarlı hale getirme gibi etkilerle değişim öncesi işbirliğinin zor olduğu pazarlarda dahi koordinasyonu mümkün kılabilir. Bu nedenle bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilerini değerlendirirken, bilgi değişimi öncesindeki pazar özellikleri ile bilgi değişiminin bu özellikleri nasıl değiştirdiğini dikkate almak önem taşımaktadır. İlaveten bilgi değişimi sisteminin amacı, sisteme erişim ve katılım koşulları gibi unsurların değerlendirilmesi gereklidir. Ayrıca bilgi değişiminin sıklığının, değiştirilen bilgi türünün

(kamuya açık veya gizli, toplu veya detaylı, geçmiş veya güncel bilgi) ve bilginin fiyat, miktar ya da hizmet koşullarının tespiti bakımından öneminin incelenmesi gerekmektedir”. Bilgi değişiminin rekabeti sınırlamaya yönelik etkisinin incelenmesinde çeşitli unsurlar mevcut olmakla birlikte, pazarın özellikleri büyük önem taşımaktadır.

Komisyonun bilgi değişimine ilişkin kararlarında, gizli rekabetin engellenmesi görüşüne dayanıldığı görülmekle birlikte, sonraki kararlarında kolaylaştırıcı araçlar görüşünün esas alındığı söylenebilir. Bu görüş ise, teşebbüslerin pazar ilişkilerinde ve faaliyetlerinde kullandığı veya başvurduğu birtakım yöntemlerin danışıklılığı kolaylaştırdığı ve bu sebeple bunlara müdahale edilebileceği temeline dayanmaktadır. Kolaylaştırıcı araç olarak bilgi değişimi, danışıklı ilişkiler kurmaya veya var olanları koruyup sürdürmeye hizmet eder. Örnek vermek gerekirse, fiyat tespitine veya belirli bir pazar davranışına uygun hareket edilip edilmediği, günlük veya haftalık satış faturalarının ya da mal sevkiyatını gösteren dökümanların değişimi suretiyle kontrol edilebilir. Söz konusu bilgiler ne derece güncel, hızlı ve detaylı ise danışıklı ilişkiden sapmaların tespit edilmesi ve bunlara tepki verilmesi o kadar kolaylaşacaktır. Ayrıca normal şartlar altında öğrenilmesi güç, masraflı olan ve zaman alan, rakiplerin fiyat, işlem ve maliyetleri gibi bilgilere bilgi değişimi ile kolay ve hızlı şekilde ulaşılması, bilhassa oligopol piyasalarda paralel politikalar izlenmesine sebep olur. Kolaylaştırıcı araçlar ise asıl olarak paralel politikalar izlenmesine müsait olan oligopol piyasalarda, bir de bunu daha da kolaylaştıracak yol ve yöntemler uygulanmak suretiyle rekabetin bütünüyle işlenemez hale getirilmesini önlemeyi hedeflemektedir. Kolaylaştırıcı araçlar görüşü, özellikle oligopol piyasalardaki davranışları konu almakta ve Komisyon kolaylaştırıcı araçlardan söz ettiği

kararlarında bunları uyumu eylemlerle ilişkilendirmekte, uyumlu eylemin kapsamı dahilinde görmektedir¹⁸⁹.

RKHK açısından konuya yaklaşıldığında, ABİDA m. 101 ile paralel olarak m. 4'ün sistemsal boyutu, söz konusu düzenlemeyi uygularken Kurul'un üç kademeli bir tespitte bulunmasını gerekli kılmaktadır. İlk olarak Kurul önündeki olayda m. 4 kapsamında düzenlenen danışıklı ilişkilerden hangisinin mevcut olduğunu saptar. Akabinde Kurul, saptanan halin içeriğinin ne olduğunu tespit eder. En nihayetinde de, bu içeriğin rekabeti sınırlayıp sınırlamadığını belirtir. ABİDA m. 101 açısından da bu durum geçerlidir. Bilgi değişimlerine yönelik bir incelemede de bu sıranın olduğu gibi uygulanması lazım gelmektedir. Teşebbüsler arasında tek taraflı olarak veya karşılıklı şekilde bir bilgi değişiminin varlığı tespit edildiği takdirde, ilk olarak bilgi değişimine dair ilgili teşebbüslerin arasında iradelerinin uyuşması suretiyle gerçekleşen bir anlaşmanın bulunup bulunmadığı soruşturulur. Bir anlaşmanın mevcut olması halinde, bilgi değişimi ile rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığı yahut kısıtlanmasının mümkün olup olmadığı tespit edilir. Bu hal dayanak gösterilerek ihlale ilişkin per se ya da rule of reason kurallarına göre bir neticeye ulaşılır. Örnek olarak, bilgi değişiminin konusunu tatbik edilecek fiyatlar oluşturduğu takdirde per se bir ihlal vardır¹⁹⁰. Hal böyle olmakla birlikte, rekabet otoriteleri bilgi paylaşımını per se yasak olarak değerlendirmemektedir. Uygulamada bilgi değişimi ele alınırken ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. İlki bilgi değişiminin per se yasak ihlaller ve karteller için zemin oluşturan kolaylaştırıcı eylem niteliğinde olmasıdır. Bu halde paylaşım rekabet otoritelerince yasaklanabilecektir. İkinci ise yalnızca bilgi değişiminin mevcut olmasıdır. Yani bilgi değişiminin kolaylaştırıcı eylem niteliğinde olmadığı durumlar ayrıca incelenmektedir. Rekabet otoritelerinin uygulamasına bakıldığında, paylaşımın per se

¹⁸⁹ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 123 vd.

¹⁹⁰ *İnan*, N.: Uzlaşma-Bilgi Değişimi, Rekabet Forumu Dergisi, S. 78, Ankara Kasım 2013, s. 5.

bir ihlalin kolaylaştırıcı eylemi niteliğinde olmadığı durumlarda, bilgi değişiminin rule of reason analizine tabi tutulması lazım gelmektedir. Bu analizin neticesinde ihlal sonucuna varıldığı takdirde, bilgi değişiminin yasaklanması veya değişime koşullu izin verilmesi gündeme gelebilecektir. Özetle irtibat sebebiyle pazarda normalde var olmayan koşullar ortaya çıkmış ise, pazar şartları elverişliyse ve değiştirilen bilgi niteliği dolayısıyla rekabete duyarlı ise, paylaşımın rekabeti sınırlama potansiyeline sahip olduğu belirtilebilecektir. İrtibat dolayısıyla pazarda normalde mevcut bulunmayan şartların ortaya çıkıp çıkmadığı tespit edilirken, değişimin olmadığı durum ile mevcut durumun karşılaştırılması gerekmektedir¹⁹¹.

Teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişiminin tek başına bir rekabet ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmaya açık olmakla birlikte, Avrupa Birliği rekabet hukukunda Komisyon ve mahkemelerin ve Türk rekabet hukukunda ise Rekabet Kurulu'nun uygulamalarında kural olarak bizzatihi bilgi değişimini anlaşma veya uyumlu eylem kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bunun için, teşebbüsler arası rekabeti sınırlandırmaya yönelik bilgi alışverişini gerçekleştirmek doğrultusunda bir anlaşma sağlandığına dair bir kanıt bulunmasına gerek yoktur. ABAD, T-Mobile¹⁹² davasında teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve bunlardan birinin ileride izleyeceği politikalarını rakiplerine duyurduğu bir toplantının bile rekabeti sınırlama hedefine yönelik bir uyumlu eylem şeklinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir¹⁹³. Kurul da on iki bankanın uyumlu eylem ve/veya anlaşma içerisinde bulunduğuna hükmettiği kararında¹⁹⁴ T-Mobile kararına atıfta bulunmuş; bir teşebbüsün gelecekteki pazar politikalarını açıkladığı bir bilgiyi edinen bir diğer teşebbüsün, bahsi geçen bilgileri kendi ticari

¹⁹¹ Aslan, F. E., s. 7.

¹⁹² Case C-8/08, T-Mobile Netherlands BV and Others v RAD van bestuur van der Nederlands Mededingingsautoeriteit.

¹⁹³ Karacehennem N./Ardıyok Ş.: Tek Başına Bilgi Değişimi İhlal Olabilir mi? (söyleşi), Rekabet Forumu Dergisi, S. 76, Ankara Eylül 2013, s. 4.

¹⁹⁴ 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar, s. 25.

politikalarında dikkate almamasının mümkün olmadığını, belirtilen nitelikte bir ileti alan teşebbüsün uyumlu eylemin tarafı olmayacağını derhal ve açıkça karşı tarafa bildirmemesi halinde, rekabetin ihlalinde zımni iradesinin mevcut olduğunun kabul edileceğini belirtmiştir.

Bir anlaşmanın varlığının kanıtlanamadığı durumlarda, uyumlu eylem gündeme gelebilecektir. Bilgi paylaşımının akabinde tarafların piyasadaki hareketlerinde paralellik görülmekte ise, AB hukuku çerçevesinde bilgi değişimi ile piyasa hareketleri arasında bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Söz konusu karar kapsamında da, bilgi alışverişi ile paralel piyasa faaliyetleri arasında illiyet bağının olduğuna ilişkin karine kabul edilmelidir. Haklarında soruşturma yürütülmekte olan taraflar, bu bağın var olmadığını ispatla yükümlüdürler. Netice itibariyle, anlaşma veya uyumlu eylemin mevcut olup olmadığının tespitine göre karar verilecektir¹⁹⁵.

b. Toplantılar

Çeşitli sebepler dolayısıyla bir arada bulunan ve doğrudan belli konular ile alakalı olarak toplantılar gerçekleştiren teşebbüslerin hareketlerinde istikrarın tespit edilmesi halinde uyumlu eylem gündeme gelecektir. Teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerinde söz konusu olan paralelliğin uyumlu eylem çerçevesinde değerlendirilebilmesi, taraflar arasında bir bağlantının bulunmasına bağlıdır. Bu bağlamda bağlantı için bir tutanağın veya bir bilgi paylaşımının dayanak gösterilmesi gerekli olmamakta; rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin her ne suretle olursa olsun bir araya gelmeleri ve özel toplantılar tertip etmeleri bağlantının varlığına yönelik olarak yeterli bir sebep oluşturmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹⁵ *İnan*, s. 5.

¹⁹⁶ *Topçuoğlu*, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 202.

Konuya ilişkin olarak, ABAD'ın Pioneer¹⁹⁷ kararına değinilmesi gerekmektedir. Kararın konusu şöyledir: Japon menşeli Pioneer firmasının Fransa (MDF), Almanya (Melchers) ve İngiltere'de (Shriro) üç dağıtıcısı bulunmaktadır. Pioneer'e ait ürünler diğer iki ülkeye kıyasla daha yüksek fiyatlarla satışa sunulmaktadır. Bu sebep dolayısıyla Almanya ve İngiltere'den Fransa'ya Pioneer ürünleri getirilmektedir. MDF söz konusu halden şikayetçi olmuş; akabinde Pioneer, üç dağıtıcısı ile bir toplantı gerçekleştirmiştir. Toplantıda görüşülen konuyu belirten herhangi bir anlaşma yapılmamış veya tutanak tutulmamıştır. Toplantının ardından İngiltere ve Almanya'da faaliyet gösteren dağıtıcılar, bahsi geçen ürünü Fransa'ya ithal eden toptancılara mal vermeyi kabul etmemişlerdir. Toptancıların Komisyon'a taşıdığı bu durum karşısında Komisyon, kanıt noksanlığı sebebine binaen iddiayı reddetmiştir. Sonrasında olay ABAD'ın önüne gelmiş ve ABAD, her ne kadar klasik manada bir kanıta rastlanmasa da, gerçekleştirilen toplantıdan yola çıkarak uyumlu eylem halinin bulunduğunu kabul etmiştir¹⁹⁸.

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'a göre; "Bir teşebbüsün posta, e-posta, telefon görüşmeleri, toplantılar gibi vasıtalarla rekabete duyarlı bilgilerini, bunları açıkça veya zımnen kabul eden rakiplerine tek taraflı olarak açıklaması ile çok sayıda teşebbüsün, amaçları ve planları hakkında birbirlerini bilgilendirmesi arasında fark bulunmamaktadır". Örnek olarak bir teşebbüsün fiyatları artırmak üzere bir uzlaşmaya varılmamış olduğu halde dahi, fiyatlama politikasının rakiplere açıklandığı bir toplantıya yalnızca katılmış olması bile, RKHK m. 4 kapsamına dahil edilebilecektir.

Daha evvel de bahsi geçen ünlü T-Mobile¹⁹⁹ kararında, bir teşebbüsün gelecekte izleyeceği politikalarını rakip teşebbüslere duyurduğu söz konusu teşebbüsler arasında

¹⁹⁷ Cases 100/80, Musique Diffusion Française v. Commission, ECR 1983, 1825.

¹⁹⁸ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 202 vd.

¹⁹⁹Case 8/08 T-Mobile Netherlands BV and Others v. RAD van bestuur van der Nederlands Mededingingsautoeriteit.

gerçekleşen tek bir toplantının dahi, rekabeti sınırlama hedefi olan bir uyumlu eylem olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir²⁰⁰.

Pazarda yapay bir şeffaflık sağlamaya yardımcı olan ve bu durum dolayısıyla işbirliğini kolaylaştıran toplantılara ilişkin olarak Rekabet Kurumu'nun da belirttiği üzere işbirliği ve yapılan toplantılar, teşebbüsler arasındaki bağımsız karar alma gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır²⁰¹.

c. Tavsiyeler

Bilgi değişimlerinde teşebbüsler, kendi politikaları ile ilgili bir bilgiyi karşı tarafa aktarmaktadırlar. Bu bilgi, mevcut satış veya üretim miktarlarını veya teşebbüsün gelecekteki pazar politikalarını gösteriyor olabilir. Tavsiyelere gelindiğinde ise, teşebbüslerden birinin veya üçüncü bir kişinin bir başka teşebbüsün politikalarına dair görüş ve düşünceleri ön plana çıkmaktadır. Tavsiyelerin bağlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte tavsiyeler, belirli bir politikanın uygulanmasının fayda sağlayacağı hususunda karşı tarafa yapılan bir beyan olarak nitelendirilebilecektir. Uyumlu eylemler açısından değerlendirildiğinde, tavsiyelerin karşılıklı veya tek bir odaktan gerçekleşmesi mümkün olmaktadır. Uyumlu eyleme sebebiyet verebilecek tavsiyelerin, doğrudan doğruya bir başkasının pazar politikasına nüfuz etmeye yönelik olduğunu ve satış fiyatlarının ilgiliye bağımsız şekilde hareket etme olanağı tanımayacak seviyede belirlenmesinin rekabet hukuku çerçevesinde aykırılık oluşturacağı ifade edilebilecektir²⁰².

²⁰⁰ *Karacehennem/Ardıyok*, s. 4.

²⁰¹ *Kahraman*, s. 97.

²⁰² *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 125 vd.

Kurul vermiş olduğu Reklamcılar Derneği kararında²⁰³, tavsiye niteliğinde taban fiyat listelerinin yayımlanmasını incelemiş ve RKHK m. 4'ün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararda Reklamcılar Derneği taban fiyat listesi, reklam ajanslarının rakiplerinden bağımsız şekilde müşterileri ile yaptıkları anlaşmalar doğrultusunda değişen oranlarda indirimler yapılarak uygulandığından, fiili olarak bir uyumlu eylemden bahsetmenin zor görüldüğü belirtilmiştir. Fakat karar kapsamında yer alan ifadeye göre, bahsi geçen listenin gerek ajanslar gerekse de reklam verenler tarafından üzerinden pazarlık yapılabilecek bir kriter olarak algılanması, Reklamcılar Derneği'nin yayınlamış olduğu taban fiyat listesinin, bağlayıcılığı olmasa dahi, piyasa fiyatların ne yönde oluşması gerektiği yönünde bir sinyal gönderme görevini yüklenme potansiyeli taşıdığını göstermektedir. Bu bağlamda bahsi geçen listenin yürürlükte kaldığı süre zarfında, fiyatların listenin belirlediği skala etrafında yoğunlaşmak suretiyle, uyumlu eyleme sebebiyet verme ihtimalinin geçerli olmaya devam edeceği belirtilmiştir²⁰⁴.

AB rekabet hukuku mevzuatı kapsamındaki 2790/1999 sayılı ve 22.12.1999 tarihli Komisyon Tüzüğü'ne²⁰⁵ göre, teşebbüslerin baskı veya teşvikleri ile desteklenmeyen satış fiyatı tavsiyeleri, satış fiyatlarının bağımsız belirlenmesi ilkesine aykırı görülmemiştir. Komisyonun Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'unda²⁰⁶ ise, grup muafiyetinin dışında kalan ağır rekabet sınırlamalarının yeniden satış fiyatının tespitine yönelik, amaç ve etki açısından doğrudan veya dolaylı şekilde sabit fiyatın veya minimum fiyatın tespiti olan anlaşma ya da uyumlu eylemler olduğu belirtilmiştir²⁰⁷.

²⁰³ Reklamcılar Derneği, 25.07.2002 tarih ve 02-45/530-219 sayılı karar.

²⁰⁴ *Kahraman*, s. 98.

²⁰⁵ Commission Regulation (EC) NO.2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of 81/III of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices OJ 1999 L 336/21 m. 4/a.

²⁰⁶ Commision Notice-Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2000 C 291/1.

²⁰⁷ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 126 vd.

Rekabet Kurulu’nun 2002 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde de tavsiyelere ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, bir malı satmak üzere alanların kendi satış fiyatını belirlemesinin engellenmesi yasaklanmıştır. İlgili Tebliğin m. 4/a çerçevesinde yer alan düzenlemesi gereğince, taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkün olacaktır. 2015 yılında kabul edilen Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’da yeniden satış fiyatı belirlenmesine yönelik birtakım açıklamalar mevcuttur. Buna göre Tebliğ m. 4/a; “ Madde, alıcı teşebbüsün kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesine ilişkindir. Alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi kesinlikle yasaktır. Ancak, sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi şartıyla sağlayıcının, alıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya alıcıya satış fiyatını tavsiye etmesinin mümkündür. Alıcıya bildirilen azami veya tavsiye nitelikteki satış fiyatlarının asgari veya sabit fiyata dönüşmemesi için, söz konusu fiyatların azami veya tavsiye niteliğinde olduğunun yayınlanan fiyat listelerinde ya da ürünün üzerinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir”. Yine söz konusu Kılavuz kapsamında yer alan açıklamalara göre; “Sağlayıcı teşebbüsler akdetmiş oldukları dikey anlaşmalara açık hüküm koymak suretiyle alıcının satış fiyatını doğrudan belirlemelerinin yanı sıra, aynı ihlali değişik uygulamalar vasıtasıyla dolaylı yollarla da gerçekleştirebilmektedirler. Alıcının kar marjının belirlenmesi, tavsiye fiyat niteliğinde ilan edilmiş bir fiyat seviyesinden alıcının uygulayabileceği indirim oranının en üst seviyesinin belirlenmesi, alıcıya tavsiye edilen fiyatlara uyduğu oranda kendisine ilave indirimler uygulanması ya da bu fiyatlara uymaması durumunda teslimatların geciktirilmesi, askıya alınması veya anlaşmanın sona erdirilmesi şeklinde alıcının tehdit edilmesi ya da fiilen bu tür cezai yaptırımların uygulanması yeniden satış fiyatının dolaylı yoldan belirlenmesine

örnek olarak verilebilir. Bu tür yeniden satış fiyatının dolaylı yoldan belirlenmesi uygulamaları da ilgili Tebliğin m. 4/a kapsamındadır”.

Dikey ilişkilerde fiyat hususunda yapılan tavsiyeler, yeniden satıcıların buna uyması durumunda pazarda paralel fiyat uygulamalarına neden olacaktır. Bu bağlamda üretici veya sağlayıcı tarafından yapılan tavsiyelere uyulması neticesinde, yeniden satıcılar düzeyinde bir uyumlu eylem doğması mümkün olabilecektir. Bir başka durum da dikey seviyede gerçekleşen tavsiyelerin, üreticilerin birbirlerinin fiyat uygulamalarını takip edebilmesini mümkün kılmasıdır. Bu tip uygulamalar pazar şeffaflığını artıracak; yatay işbirliğinin doğmasını kolaylaştıracaktır²⁰⁸.

Uyumlu eylemlerde teşebbüsler, rekabetin sınırlanması sonucunu doğurabilecek bir pazar davranışını uygularken, diğer teşebbüslerin de aynı pazar davranışını uygulayacağı beklentisi içerisinde olduklarıdır. Zira aksi durumda teşebbüslerin kendi başlarına girişmiş oldukları pazar politikalarının etkili olma ihtimali düşük olmakta veya hiç böyle bir ihtimal bulunmamaktadır. Bu noktada teşebbüsler işbirliğine ihtiyaç duyarlar. Bu doğrultuda uyumlu eylemlere sebebiyet veren tavsiyeler hususunda teşebbüsler bir tavsiyeye uyarken, diğer teşebbüslerin de bu tavsiyeye uyacaklarını göz önünde bulundurarak davranış sergilerler. Bilhassa bir odaktan birden fazla teşebbüse yöneltilmiş bulunan tavsiyeler, ortak bir beklentinin doğmasına sebep olarak, ayrıca bir anlaşmanın varlığına gereksinim duyulmaksızın, pazarda paralel davranışlara yol açabilecektir²⁰⁹.

d. Kamuya Yönelik Duyurular

²⁰⁸ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 128.

²⁰⁹ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 128.

Kamuya yönelik duyurular aracılığıyla teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki piyasa stratejileri hakkında bilgi edinebilmeleri mümkündür. Temel olarak yine teşebbüsler arası bilgi değişimi gerçekleşmektedir²¹⁰. Bununla birlikte kamuya yönelik duyurular ile bilgi değişimleri arasındaki başlıca fark, ilişkinin pazarın karşı tarafını da bünyesine dahil edecek şekilde genel olması ve duyuru muhatabının sadece rakip teşebbüslerden ibaret olmayıp, pazarın kendisi veya pazarın tarafları olmasıdır. Kamuya yönelik duyurularda söz konusu bilgi sadece rakiplere değil, aynı zamanda toptancılara, yeniden satıcılara, alıcılara ve hatta tüketicilere kadar aktarılmış olacaktır²¹¹.

Belirtildiği üzere kamuya yönelik duyuruların konusu gelecekteki pazar politikalarına ilişkindir. Bu duyuruları gerçekleştirirken teşebbüslerin güttükleri amacın, pazarda uygulamayı planladıkları politikayı rakiplerine karşı önceden açığa vurmak olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, teşebbüslerin bu duyuruları gerçekleştirirken koordinasyon amacı olmaksızın yeni pazar uygulamasına dair kamuyu bilgilendirmeyi amaçlamış olmaları da mümkündür²¹².

Kamuya yönelik duyuruların konusunun gelecekteki pazar politikaları olması, kural olarak bir teşebbüsün söz konusu bu politikalarını değiştirmesinin her zaman mümkün olması anlamına gelecektir ancak, kamuya yönelik gerçekleştirilen bir duyuru neticesinde herkes tarafından bilinmekte olan bir politikadan caymak, salt rakiplere gerçekleştirilen bir bilgilendirmeden caymaktan daha zor olacaktır. Bu yüzden kamuya yönelik duyuruların bir anlaşma zemini hazırlayacak biçimde kullanılmaya elverişsiz olduğu söylenebilecektir. Bir teşebbüsün duyurduğu politika ve planlardan vazgeçmesi, o teşebbüsün ticari itibarını

²¹⁰ *Pişmaf*, s. 3.

²¹¹ *Kahraman*, s. 99.

²¹² *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 130.

zedeledebilecektir. Dolayısıyla bir politikanın kamuya duyurulması, gerçekleştirilmesinin ciddiye taşıdığı hallerde gündeme gelebilecek ve diğer bilgi değişimleri ile kıyaslandığında uyuşma zemini hazırlamaya elverişsiz nitelikte olduğu söylenebilecektir²¹³.

ABAD, Dyestuffs kararında²¹⁴, teşebbüslerin karşılıklı şekilde, çok yakın zaman aralıklarında, fiyat duyurularında benzer miktarda artışta bulunmalarının rastlantısal olmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Çok sayıda teşebbüsün yer aldığı ve farklı fiyat özelliklerinin mevcut olduğu bir pazar söz konusu olduğundandır ki; bahsi geçen duyurulardaki artış oranlarının birbirlerine bu derece yakın olması oldukça zordur. Karar kapsamında bu şekilde aynı zaman aralığında yapılan benzer fiyat duyurularının mevcut olmasının işbirliğine işaret ettiği vurgulanmıştır. Fiyat duyuruları pazarı yapay şekilde şeffaflaştırır. Teşebbüslerin fiyat artışları da dahil olmak üzere gelecek pazar politikalarındaki belirsizlikleri ve bağımsız davranış değişikliklerine ilişkin riskleri ortadan kaldırır ve bağımsız hareketi engeller. Pazardaki diğer aktörlere teşebbüsün gelecekteki fiyat politikalarını açıklar ve davranışların birlikte düzenlenmesini kolaylaştırmak suretiyle, oligopol pazarlarda gizli işbirliğinin oluşmasına zemin hazırlar²¹⁵.

Kural olarak, önceden duyuruların tek başına bağlantı teşkil edebilmesi için, ilk duyuruyu birtakım başka duyuruların izlemesi, duyurular arasında zaman açısından bir yakınlık olması, içeriklerinin birbirleri ile aynı veya büyük oranda benzer olması önem arz edecektir²¹⁶. Bir politikanın uygulanacağı veya uygulanmasının planlandığı zamandan çok daha önce duyurunun gerçekleştirilmesi de uyumlu eylem teşkil edebilecektir. Duyurunun erken yapılp yapılmadığı noktasında belirleyici olan husus ise, duyuruda bulunanların duyuruları ile buna

²¹³ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 131.

²¹⁴ Cases 48/69, ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

²¹⁵ *Kahraman*, s. 99 vd.

²¹⁶ *Kahraman*, s. 100.

uygun yeni pazar davranışları arasında, rakip teşebbüslerin tepkilerini uygulamaya geçmeden evvel görebilecekleri kadar bir zaman aralığı bırakmalarıdır²¹⁷.

Wood Pulp kararında²¹⁸ kamuya yönelik duyurulara ilişkin olarak ABAD birtakım açıklamalara yer vermiştir. Komisyon fiyat duyuruları aracılığı ile teşebbüslerin m. 101'i ihlal ettiğini ileri sürmektedir ve piyasada yapay nitelikte bir şeffaflık oluşturulduğu kanaatindedir. Teşebbüsler, birbirlerinin fiyat politikalarına ilişkin hızlı bir biçimde bilgi edinebilmektedirler. ABAD, kamuya yönelik duyuruları, ihlal noktasında tek başına yeterli bulmamış; fiyat duyurusunda bulunan teşebbüslerin, duyuruda bulunduğu sırada, diğer teşebbüslerin gelecekteki planlarına ilişkin bir düşüncelerinin mevcut olmadığını ve diğer teşebbüsler açısından da duyuruya rağmen pazardaki belirsizliğin sürdüğünü belirtmiştir. Bu çerçevede salt fiyat duyurularının varlığı, teşebbüslerin gelecekteki piyasa stratejileri bakımından piyasada söz konusu olan belirsizliği azaltmamaktadır.

ABAD fiyat duyurularında ekonomik bir menfaatin de bulunduğunu ve bu doğrultuda üreticiler ve müşteriler arasında uzun dönemli ilişkilerin mevcut olduğu bir pazarda, üretici, satıcı ve alıcılar açısından fiyat duyuruları vasıtasıyla ticari risklerin azaltılmasında makul görülebilecek bir menfaat olduğu görüşündedir. Kamuya yönelik duyurular aracılığı ile bir pazar şeffaflığı meydana gelmiş olsa bile, ABAD'a göre bu şeffaflık pazarın mutad işleyişi dahilindedir²¹⁹.

Gazete kararında²²⁰ Kurul, uyumlu eylem noktasında teşebbüslerin kamuya yönelik duyurular gerçekleştirmelerini tek başına değerlendirmemiştir. Teşebbüslerin fiyat tespitine

²¹⁷ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 132.

²¹⁸ Wood Pulp 89/85, Ahlström v Comission, ECR 1993, I-1307.

²¹⁹ *Kahraman*, s. 101.

²²⁰ Gazete Kararı, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar.

ilişkin olarak, bahsi geçen duyuruların yanı sıra birtakım toplantı ve görüşmelerde bulunduğunu ve yetkililerin kişisel notları ve diğer belgelerinin de incelenmesi neticesinde uyumlu eylemin mevcut olduğu kanısına varıldığını belirtmiştir.

D. PARALEL DAVRANIŞLARIN VARLIĞI

Paralel davranışlar, pazarda görülen her türlü paralelliği kapsamakta olduğundan uyumlu eylemlerden çok daha geniş bir kavramdır. Aşağıda detaylı olarak değinileceği üzere, paralelliğin bilinçli olarak gerçekleşmiş olduğu anlamına gelen bilinçli paralel davranışlar, bilhassa oligopol piyasalarda görülmekte olup, rekabetin uyumlu eylemler vasıtası ile sınırlanması noktasında önemli bir yere sahiptir.

1. Oligopolistik Karşılıklı Bağımlılıktan Kaynaklanan Bilinçli Paralel Davranışlar

a. Oligopol Piyasa ve Oligopolistik Bağımlılık

Oligopol piyasa, piyasa politikaları tespit edilirken birbirlerinin aldıkları kararlardan ve hareketlerinden etkilenebilecek derecede az sayıda olan satıcının sonsuz sayıdaki alıcı ile karşı karşıya geldiği piyasadır²²¹.

Oligopolistik piyasalarda birbirleri ile etkileşime girebilecek derecede az satıcı mevcuttur. Bu tip piyasalarda, teşebbüslerin üretim oranları veya fiyat konusuna ilişkin karar alma müddetleri, tam rekabet veya monopol piyasalardan bütünüyle farklı niteliktedir. Kısaca karşılaştırılacak olur ise, tam rekabette piyasa fiyatı belirli nitelikte olduğundan, satıcıların kendi fiyatlandırmalarını yapmaları gibi bir husus söz konusu olmayıp, piyasa fiyatı üzerinden

²²¹ Cengiz, s. 165.

istedikleri ölçüde satış yapabileceklerdir. Monopol piyasalarda ise monopolcü, gerek kendi satış fiyatına ve gerekse üretim oranına dilediği şekilde karar verebilmektedir. Oligopol piyasalarda ise, satıcının sayısı az olduğundan, bir satıcının fiyat ve üretim oranına dair stratejik kararları rakiplerini yakinen ilgilendirecektir²²². Tekel piyasalarda hakim teşebbüsün sahip olduğu gücü kötüye kullanması haricinde rekabet söz konusu olmayacaktır. Tam rekabet piyasalarında ise, çok sayıda teşebbüsün bulunması sebebiyle teşebbüslerin birbirlerini etkilemesi mümkün değildir. Bu yüzden ki, paralel davranışlar ve uyumlu eylemler açısından oligopol piyasalar üzerinde durmak gerecektir²²³. Bu çerçevede rekabet düzenlemeleri temel itibarıyla, diğer piyasa türlerinden ziyade, oligopol piyasalardaki rekabetin korunması amacına yöneliktir²²⁴.

Oligopolistik piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aldıkları kararlar, rakip teşebbüslerin kararlarını etkilemekte olup, her bir teşebbüsün karı yalnızca kendi tutumuna ve hareketine bağlı değildir. Söz konusu tutum ve hareket karşısında rakip teşebbüslerin verecekleri tepkilere de bağlı bulunmaktadır. İşte meydana gelen bu bağımlılık neticesinde, oligopolistik piyasalarda paralel davranışlar oluşabilmektedir²²⁵. Oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasada izleyecekleri politikalarının, rakip teşebbüslerin piyasa politikalarına bağlı bulunduğu ayırdında olmaları oligopolistik bağımlılık şeklinde adlandırılmaktadır. Söz konusu bağımlılık dolayısıyla, anlaşma mevcut bulunmaksızın da paralel davranışlar doğabilmektedir²²⁶.

²²² Çelen, s. 2.

²²³ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 195.

²²⁴ Töre, N.: Rekabet ve Piyasalar, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara 1998, s. 41.

²²⁵ Çelen, s. 9.

²²⁶ Jones A./Sufrin B.: EC Competition Law Text, Cases and Materials, Oxford University Press, USA 2001, s. 636.

Oligopolün dar ve geniş olarak ikiye ayrılması, uyumlu eylemler açısından önem taşımaktadır. Az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu, rakiplerin birbirlerinin davranışlarına karşı duyarlı olduğu oligopoller dar; bu sayılanlar haricinde kalanlar ise geniş oligopoller olarak adlandırılmaktadır. Geniş oligopollerde teşebbüslerin karşılıklı bağımlılıkları, dar oligopoller ile kıyaslandığında daha düşüktür. Dolayısıyla oligopolistik bağımlılık temel olarak dar oligopollerde gündeme gelmektedir. Bununla birlikte geniş ve dar oligopolün birbirinden ayrılmasına ilişkin olarak, üzerinde mutabakata varılmış bir ölçüt mevcut değildir²²⁷.

Az sayıda rakibin olduğu piyasalarda, teşebbüslerden birinin pazar politikasında yaptığı değişiklik, diğer teşebbüsleri önemli derecede etkileyebilmektedir. Zira söz konusu politika başarılı olduğu takdirde, diğer teşebbüsler bu durum nedeniyle büyük bir kayıp yaşayacaklardır. Böyle bir kaybın olması ihtimali, rakip teşebbüsleri tepki vermek mecburiyetinde bırakacaktır. Diğer yandan rakip sayısındaki bu azlık, pazar politikalarının karşılıklı olarak gözlemlenmesinde kolaylık sağlayacaktır. Bu doğrultuda az miktarda rakip bulunduran piyasalar, bireysel gerçekleştirilen strateji değişikliklerinden yüksek oranda etkileneceğinden, teşebbüslerin kararlarının birbirlerine bağımlı olması sonucu doğabilecektir²²⁸.

Görüldüğü üzere oligopolistik karşılıklı bağımlılık, teşebbüslerin oligopol pazarlarının yapısı sebebiyle, artan oranda birbirlerinin farkında oldukları ve izleyecekleri politikalarda bu hususu önemli ölçüde göz önünde bulundurdıkları anlamına gelmektedir. Oligopol piyasalarda faaliyette bulunan teşebbüsler için temel zorluk, rakip teşebbüslerin davranışları konusuna ilişkin belirsizliğin mevcut olmasıdır. Zira bu durum oligopol piyasalarda paralel davranışları doğurmaktadır. Bir olay dahilinde ele alınacak temel sorun ise, söz konusu paralel davranışların gerçekten pazarın yapısı gereği meydana gelen karşılıklı bağımlılıktan mı yoksa teşebbüsler

²²⁷ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 13.

²²⁸ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 141.

arası bir uyumlu eylem halinin bulunmasından mı kaynaklanmış olduğunun saptanmasıdır²²⁹. Bir diğer deyişle az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu bu tür piyasalarda, teşebbüslerin birbirlerine karşı bağımsızlığı sözde olabilecek ve piyasadaki politikalarını belirlerken diğer teşebbüslerin tepkilerini dikkate almaları gerekeceğinden dolaydır ki, piyasada kendiliğinden paralel davranışlar doğabilecektir²³⁰. Az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu oligopol piyasalarda söz konusu olan bilinçli paralellik, teşebbüslerin paylarını önemli ölçüde etkileyecek ve bunlara karşı birtakım tedbirler alınmasına neden olacaktır²³¹. İşte bu piyasalarda söz konusu olan paralel davranışlar ile uyumlu eylemleri birbirinden ayırmak gerekecektir.

Oligopole özgü paralelliklerde teşebbüslerin rekabetçi olmayan uygulamaları bütünüyle fikir düzeyinde gerçekleşmekte ve birbirlerinden bağımsız şekilde akıl yürütmelerinin sonucu olmaktadır. Doktrindeki hakim görüş gereğince de, az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu bilhassa dar oligopol piyasalarda, pazarın yapısından kaynaklanan şeffaflık ve bağımlılık sebebine binaen, paralel davranışların doğması her ne kadar istenmese de, yasak kapsamında da değerlendirilemeyecektir²³².

Oysa danışıklı ilişkilerin tümünde, teşebbüslerin bir araya geldiği bir tartışma, görüşme veya uyuşma zemininde alt yapısı oluşturulan birbirine bağımlı davranışlar mevcuttur. Belirtildiği üzere oligopole özgü paralelliklerde karşılıklı bağımlılık pazarın yapısından kaynaklanmaktadır. Teşebbüsler bir araya gelmese dahi, pazarın yapısı paralel davranışlar doğurmaya elverişlidir. Dolayısıyla oligopol piyasalarda (özellikle dar oligopol piyasalarda) faaliyette bulunan teşebbüsler, benzer verilerden yola çıkarak aralarında bir yakınlaşma bulunmaksızın benzer neticelere varabilmektedirler. Bu yüzden oligopole özgü paralellikleri

²²⁹ Tekdemir, s. 4.

²³⁰ Sanlı, s. 81.

²³¹ Posner A. R.: Antitrust Law, An Economic Perspective, The University of Chicago Press, USA 1984, s. 46.

²³² İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 143.

bir danışıklı ilişki türü veya uyumlu eylem kapsamında değerlendirmek mümkün olmayacaktır²³³.

ABAD vermiş olduğu birçok kararda teşebbüslerin, rakiplerinin halihazırdaki ya da ilerideki hareketlerine akıllıca uyum sağlamalarının uyumlu eylem olmadığını belirterek, oligopolistik pazarlarda ortaya çıkan bilinçli paralellikleri uyumlu eylem olarak nitelendirmemiştir²³⁴.

Rekabet Kurulu da Maya²³⁵ kararında oligopolün teşebbüslerin davranışları üzerinde paralelleştirici etkisi olduğunu belirtmiş; oligopole özgü paralellikleri uyumlu eylem kapsamında değerlendirmemiştir. Kararda “Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler. Bu tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Zira, teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerinin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. Oligopolistik bağımlılık olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir. Söz konusu pazarın homojen bir ürünün alınıp satıldığı bir pazar olması, pazarda haberleşmenin kolay olması ve teşebbüslerin birbirlerine yakın güçte olmaları oligopolistik bağımlılığı ve dolayısıyla paralel davranışları daha da artırmaktadır. Ancak, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin paralel davranışları aralarında kurmuş oldukları

²³³ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 143.

²³⁴ *Çelen*, s. 54.

²³⁵ Fırıncılar Federasyonu/Maya Üreticileri, 27.06.2000 tarih ve .00-24/255-138 sayılı karar.

doğrudan veya dolaylı iletişim ile sağlamaları halinde tarafların uyumlu eylem halinde olduklarından söz edilebilir” ifadesine yer verilmiştir²³⁶.

a. Bilinçli Paralel Davranışlar

Bilinçli paralellik kavramından anlaşılması gereken, teşebbüslerin verdikleri karar ve sergiledikleri davranışlarını bilinçli şekilde yeknesaklaştırmalarıdır. Oligopol piyasalarda teşebbüsler arasında piyasa yapısından kaynaklanmakta olan doğal bir etkileşim mevcuttur. Bir teşebbüsün izlediği piyasa politikalarına karşı, diğer teşebbüsler benzer şekilde ya da aynı doğrultuda veya daha çeşitli davranışlarla tepki vereceklerdir. Bu doğrultuda teşebbüslerin bilinçli olarak davranışlarını birbirlerine yaklaştırmaları bilinçli paralellik olarak ifade edilebilecektir²³⁷. Bir diğer deyişle oligopolistik bağımlılık neticesinde teşebbüslerin davranışlarında meydana gelen paralellikler, teşebbüslerin piyasa şartlarının yön verdiği bilinçli tercihlerinin bir sonucunu teşkil etmekte olup, bu sebeple bilinçli paralellik olarak nitelendirilmektedir²³⁸.

Bilinçli paralellik kavramı rekabetin uyumlu eylemler ile sınırlanması hususunda çok kritik bir role sahiptir. Aynı piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin benzer davranışları neticesinde rekabet kısıtlanmıştır ancak, tarafların önceden uyuştuklarına dair hiçbir delil mevcut değildir. Çok sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu tam rekabet piyasası için normal olan bu durum, oligopol piyasası açısından, rekabetin kısıtlanması kapsamında değerlendirilebilecektir²³⁹.

²³⁶ İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 145.

²³⁷ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 197.

²³⁸ Stevens, s. 47.

²³⁹ Akıncı, s. 170.

Bilinçli paralel davranışlar ile uyumlu eylem ilişkisi hususunda Türk hukukunda çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bilinçli paralellik kavramı ilk olarak Amerikan hukukunda olduğu gibi, oligopolistik bağımlılık bilinci altında gerçekleşen paralel davranışlar olarak karşılığını bulmaktadır. İkinci olarak teşebbüslerin paralellik bilinci taşıdığı tüm durumları ifade edecek şekilde kullanıp, Amerikan hukukundaki anlamından ayrılmaktadır. Nitekim Aslan²⁴⁰ şu ifadelere yer vermiştir: “İşletmelerin pazar davranışları bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilerek sınırlanmış olmalıdır. Buradaki bilinçlilik, taraflar arasında anlaşmanın varlığını kabul edemediğimiz durumları ifade etmektedir”. “Buradaki bilinçlilik daha çok işletmeler arasında bir bağlantının varlığı ile gösterilmektedir”. “Oligopolistik pazarlarda ise arada hiçbir bağlantı olmadan pazar yapısı gereği paralellik sağlanabilmektedir”. Kanaatimizce oligopol piyasalarda piyasa yapısı gereği teşebbüsler benzer veya aynı davranışları sergileyecek olmakla birlikte, bu görüşün her hal ve koşulda oligopol piyasalarda uygulanması teşebbüsler için birtakım riskli sonuçlar ihtiva edebilecektir. Üçüncü bir görüş ise bilinçliliği uyumlu eylemin bir özelliği olarak ifade etmektedir. Bilinçlilik, Boya ve Şeker Karteli kararlarında uyumlu eylemler için kullanılan “bilinçli şekilde veya bilerek” gerçekleşme durumunu ifade etmektedir. Bu sebeptendir ki bu görüş gereği, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan davranışlar için bilinçlilikten bahsedilemeyecektir. Doktrinde İkizler²⁴¹ bu hususa ilişkin olarak, oligopol piyasalarda faaliyette bulunan teşebbüslerin pazar üzerinde birbirine benzer veya birbiri ile aynı davranışlar sergilemesine paralel davranış denilebileceğini ve paralel davranışların içerisinde de sadece bilinçli paralel davranışların rekabet kurallarını ihlal edeceği ve uyumlu eyleme sebebiyet vereceğini, RKHK m.4 ve ABİDA m. 101’in taraflar arasında bilinçli şekilde gerçekleşen rekabetin risklerini ortadan kaldırmaya yönelik işbirliklerini

²⁴⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 159 vd.

²⁴¹ İkizler, M.: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2001, s. 252 vd.

yasakladığını, söz konusu paralel davranışlarda ise böyle bir işbirliği bilincinin var olmadığını ifade etmektedir. Rekabet Kurulu da Süt²⁴² kararında bilinçli paralelliği uyumlu eylemin bir unsuru olarak ifade etmiştir. Görüşlere bakıldığında görülmektedir ki, Türk hukukunda bilinçli paralellikten bahsedilirken her daim kastedilen oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralellikler değildir. Bu kavram uyumlu eylemlerdeki paralellikleri de ifade edebilmektedir. Diğer taraftan sadece uyumlu eylemlerdeki paralelliklere özgülenerek, paralel davranışın oligopolistik bağımlılığa dayanmadığını belirtmek için de kullanılabilir. Her koşulda paralelliğin bilinçli şekilde gerçekleştiği anlamını taşıyan bilinçli paralellik kavramı için bizim de katıldığımız bir sınıflandırma, paralel davranışların paralellik bilinci bulunan ve bulunmayan şeklinde ikiye ayrılması, oligopole özgü paralellikler ve uyumlu eylemlerin bilinçli paralel davranışlar başlığı altında hukuka aykırı olup olmamasına göre toplanmasıdır. Zira söz konusu iki kavram arasındaki fark, uyumlu eylemlerde bilinçliliğin bağlantıya, oligopole özgü paralelliklerde ise oligopolistik bağımlılığa dayanmasıdır²⁴³.

Oligopol piyasalarda zaten az sayıda teşebbüs faaliyette bulunmaktadır. Dolayısıyla piyasa yapısına binaen, rakip teşebbüslerin izleyecekleri politika ve planlara göre tepki gösterilecektir. Örneğin, üç teşebbüsün faaliyette bulunduğu oligopol bir piyasada, teşebbüslerden birinin, diğerleri ile herhangi bir temasta veya anlaşmada bulunmaksızın ancak; diğer teşebbüslerin de aynı biçimde ortak menfaatler doğrultusunda davranacağına ilişkin bir beklenti içine girerek fiyatlarında artışa gitmesi veya talebin arttığı bir dönemde üretim miktarında değişiklik yapmaması veya diğer teşebbüslerin davranışlarına paralel şekilde fiyatlarını artırması veya üretim miktarında değişiklik yapmayarak fiyatların artmasına sebebiyet verdiği durumda kural olarak bir uyumdan bahsedilemeyecektir²⁴⁴. Bu çerçevede

²⁴² Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

²⁴³ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 135 vd.

²⁴⁴ *Akıncı*, s. 149.

kanaatimizce bilinçli paralelliğin hukuka aykırı kabul edilerek, aynı veya benzer davranışlarda bulunma haline her durumda uyumlu eylem nitelemesi yapılması, oligopol piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler için riskli neticelere sebep olacaktır. Nitekim davranışlardaki benzerlik piyasa koşullarından da kaynaklanabilir. Unutulmamalıdır ki, uyumlu eylemin söz konusu olduğu hallerde, asgari düzeyde olsa dahi bir temas mevcut bulunmalıdır. Bu temaslar neticesinde meydana gelen uyum rekabetin sınırlanması veya engellenmesi sonucunu doğurur.

Süt²⁴⁵ kararında Rekabet Kurulu bilinçli paralelliği uyumlu eylemin bir unsuru olarak değerlendirmiş ancak; Maya²⁴⁶ kararı ve Gazete²⁴⁷ kararında, oligopol piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleşen bilinçli paralellik halinin, bir bağlantıya dayanmadığı müddetçe uyumlu eylem teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

Aksi görüşte olan Posner²⁴⁸, bu tür paralelliklerin oligopol piyasaların karakteristik bir özelliği olmadığını, kartellerde olduğu üzere, teşebbüslerin özgür iradeleri ile bu tür davranışlar sergilediklerini savunmaktadır. Teşebbüslerin özgür iradeleri ile tercihte bulunarak gizli uyuma sebebiyet verdiklerini ve bu şekilde rekabeti sınırladıklarını belirterek, oligopol piyasalarda faaliyette bulunan teşebbüslerin, örneğin rakiplerinin fiyatlarını takip etmek yerine marjinal maliyete yakın bir fiyat tespit etmek suretiyle, daha yüksek miktarda mal satma çabası içerisinde girmesinin de rasyonel bir davranış olacağını ifade etmiştir. Posner'in bu görüşü yalnızca ekonomik verilerden yola çıktığı ve ekonomi biliminde halihazırda tam olarak açıklığa kavuşturulmamış birtakım kavramların bulunduğu ve buna binaen spekülasyonlara müsait olması gerekçesi ile eleştirilmiştir²⁴⁹.

²⁴⁵ Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

²⁴⁶ Maya, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar.

²⁴⁷ Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar.

²⁴⁸ Posner, A. R.: Oligopoly and the Antitrust Laws, A Suggested Approach, Stanford Law Rev., 21/1969, s. 1562 vd.

²⁴⁹ Akıncı, s. 156.

Akıncı²⁵⁰ ise rekabeti kısıtlama anlaşmalarından çok farklılık arz etmediğini belirttiği bilinçli paralellik durumlarına ilişkin olarak, oligopolistik bağımlılığın mutlak bir kural getirmeyip, süreç içerisinde gözlenen belirli davranışları açıklamaya çalıştığını ifade etmiştir. Bu tip davranışların rasyonel bir seçenek olduğunu ve tarafların iradeleri neticesinde ortaya çıktığını, bunun ise uyum şartının gerçekleşmesi için yeterli olduğunu savunmuştur.

Kanaatimizce oligopole özgü paralellikler piyasanın yapısından kaynaklanmakta olup, uyumlu eylem ve diğer danışıklı ilişkilerden farklılık arz etmektedir. Nitekim Bleecham²⁵¹, oligopole özgü paralelliklere ilişkin olarak Sherman Kanunu çerçevesinde bir işbirliğinden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Uyumlu eylem halinde açıklanmamış bir uyum isteği mevcut olup, oligopol piyasadan kaynaklanan bilinçli paralellik halinde bu isteğin bulunmadığını ifade etmiştir²⁵². Turner²⁵³ ise, oligopole özgü paralelliklerde teşebbüsler arasında bir anlaşmanın bulunduğunu savunmakla birlikte, meselenin bu anlaşmanın rekabet hukukuna aykırı nitelikte olup olmadığının tespiti olduğu görüşünde olup, oligopolistik bağımlılık neticesinde meydana gelen paralel davranışları ihlal olarak değerlendirmemektedir.

ABAD Woodpulp kararında²⁵⁴, uyumlu eylem halinin mevcut olabilmesi için paralel davranışların bulunmasının yeterli olmadığını belirterek, paralel davranışların teşebbüsler arasında doğrudan veya dolaylı şekilde gerçekleşecek temasa dayalı bir koordinasyon veya işbirliği neticesinde meydana gelmiş olması durumunda uyumlu eylemden bahsedileceğini

²⁵⁰ Akıncı, s. 156 vd.

²⁵¹ Bleecham, M.: Conscious Parallelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Sherman Laws, New York Law School Law Rev., 24/1979, s. 895 vd.

²⁵³ Turner, D. F.: The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Rev., 1962, s. 665 vd.

²⁵⁴ Cases 89/85 etc., Ahlstrom Oy. V. Commission (Woodpulp II), ECR 1993, I 1307.

ifade etmiştir. ABAD bu dava ile, oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem kapsamı içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ortaya koymuştur²⁵⁵.

ABAD, oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların uyumlu eylem kapsamında yer almayacağını ifade ettiği Suiker Unie²⁵⁶ kararında, konuya ilişkin olarak şu ilkeyi kabul etmiştir²⁵⁷:

“Bu (her bir ekonomik operatörün ortak pazarda benimsemeyi düşündüğü politikaya ilişkin) bağımsızlık gereksinimi ekonomik operatörleri rakiplerinin mevcut veya beklenen davranışlarına kendilerini akıllıca adapte etme hakkından mahrum etmemektedir; ancak amacı veya etkisi, fiili ya da potansiyel rakibin piyasadaki davranışını etkilemek veya rakibine ilgili piyasada uygulamaya konmak üzere aralarında daha önce kararlaştırdıkları ya da kararlaştırmayı düşündükleri bir hareket tarzını açıklamak olan, ilgili teşebbüsler arasındaki doğrudan ya da dolaylı herhangi bir bağlantıyı kesinlikle yasaklamaktadır²⁵⁸”.

Doktrinde Yüksel²⁵⁹, ABAD’ın bilinçli paralellik veya oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem kavramı dahilinde yasaklanmasına yönelik bir tutumunun hiç olmadığını belirtmiştir. ABAD’ın vermiş olduğu birçok kararda, teşebbüslerin, rakiplerinin hareketlerine akıllıca uyum sağlamasının yasak kabul edilemeyeceği yönündeki değerlendirmesinin, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan rasyonel piyasa hareketlerine dikkat çekmekte olduğunu ve söz konusu hareketlerin uyumlu eylem kapsamında ele alınamayacağını ortaya koyduğunu ifade etmektedir.

²⁵⁵ Soames T.: An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?, E.C.L.R., No: 1/1996, s. 29.

²⁵⁶ Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar), ECR 1975, 1663.

²⁵⁷ Cengiz, s. 233.

²⁵⁸ Cengiz, s. 237.

²⁵⁹ Yüksel, s. 48.

2. Uyumlu Eylem Kapsamının Genişlemesi

a. Eylem Kavramı

RKHK m. 4 kapsamında teşebbüsler arası uyumlu eylemlerden bahsedilmektedir. Burada teşebbüsler arası veya teşebbüslerin eylemlerinden söz edildiği görülmektedir. “Uyumlu eylemler” ifadesi ABİDA m. 101’de yer alan “concerted practices” ile aynı anlamı taşımaktadır. Keza işbirliği tanımından çıkan eylem ifadesi ABİDA m. 101 çerçevesinde de belirtilmiş olup, Sherman Kanunu m. 1 kapsamında yasaklanan işbirliği, ABİDA m. 101 kapsamında yer alan uyumlu eylemden farklılık arz eden bir kavram değildir. Türk hukukunda eylem kavramı ile temel olarak uygulama veya davranışın kastedildiğini söylemek mümkündür²⁶⁰. Çalışmamızda eylem veya davranış arasında bir fark bulunmadığından hareketle, ikisi birbirinin yerine kullanılmıştır.

Doktrinde hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında bir şekilde sağlanan uyum ve bu uyumu izleyen bir pazar davranışı veya eylemin varlığı ile doğar. Bu görüşe göre uyumlu eylem kapsamında yasaklanan uyum olmayıp, davranış veya eylemdir. Teşebbüslerin uyumu sonucunda meydana gelen eylemler rekabet hukukunun ihlali olup, bu ihlalin gerçekleşebilmesi için uyum ve eylemin varlığı gereklidir. Salt paralel davranışlarda olduğu üzere, eylem mevcut olup, bu eylemin temelinde bir uyum yoksa ihlalden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte bir diğer görüş ise, uyumlu eylemden söz edebilmek için teşebbüsler arasında uyumun varlığını yeterli görmekte, ihlalin uyumla doğduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş gereği uyumu eylem izleyebilir ancak, ihlalden bahsedebilmek için eylemi beklemeye gerek olmayıp, uyumun tespiti yeterlidir²⁶¹. Doktrinde

²⁶⁰ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 148.

²⁶¹ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 146.

İkizler'in ileri sürdüğü ve bizim de katıldığımız görüşün bir sonucu olarak, uyumlu eylemlerin bağlantı ve bu bağlantıya dayanan paralel davranışlardan oluşmasından hareketle, uyumlu eylemden bahsedebilmek için eylem unsuru zorunludur. Ayrıca uyum ve eylem aşamalarını zamansal olarak ayırmak pek mümkün değildir. Dolayısıyla uyumun meydana gelmesi ve varlığının tespiti, eylemlerin yapıldığı zamana denk gelmektedir. Eylemin rekabete aykırı niteliği uyum ile, uyumun mevcut olup olmadığı ise eylem ile anlaşılacaktır²⁶².

Uyumlu eylem kavramına ilişkin olarak teşebbüsler arası veya teşebbüslere ait eylemler, uygulamalar, davranışlardan bahsedilmekte olduğu belirtilmişti. Teşebbüslerin eylemleri ise çok çeşitli olabilmekte, örneğin teşebbüsün birtakım eylemleri bünyesindeki iç ilişkisi ile ilgili olmakta ve rekabet açısından bir önem taşımamaktadır. Uyumlu eylemler açısından esas önemli olan pazar davranışlarıdır. Bu noktada ilk akla gelen ise, doğrudan doğruya rekabetin sınırlanması neticesini doğuracak fiyat artışı, arzın reddi gibi eylemlerdir. Bununla birlikte, teşebbüslerin pazara yansıyan her davranışı eylem unsurunu karşılamayacaktır. Önemli olan husus, pazarda ortaya çıkan ve bir teşebbüse bağlanabilen bir eylemin varlığı olup, bu uygulamaların doğrudan doğruya rekabet üzerinde etkili olması gerekmemektedir. Nitekim ABAD vermiş olduğu bir kararında²⁶³, kamuya yönelik duyuruları pazar davranışı olarak nitelendirmiştir. Belirtmek gerekir ki, uyumlu eylemlerin rekabeti ihlal edici niteliği, bu eylemlerin rekabeti sınırlaması veya sınırlayıcı bir etki doğurması halinde mevcuttur. Bu doğrultuda RKHK m. 4 ve ABİDA m. 101 kapsamında yer alan rekabet sınırlamaları, rekabeti sınırlayıcı etkisi olan pazar davranışları olarak değerlendirilebilir²⁶⁴.

²⁶² *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 147.

²⁶³ Polypropylene, OJ 1986, L 230/1.

²⁶⁴ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 148 vd.

b. Eylem-Bilgi Değişimi İlişkisi ve Uyumlu Eylem Kavramının Geniş Yorumlanması

Bilgi değişimleri ilk etapta doğrudan doğruya rekabeti sınırlayıcı olarak değerlendirilen teşebbüs davranışlarından olmamakla birlikte, bu davranışların doğumuna neden olabilmektedir. Bilgi değişimleri pazara yansımayıp, teşebbüslerin kendi aralarında gerçekleşir. Bilgi değişimi neticesinde elde edilen bilgilerin kullanılması ise, pazarda rekabeti sınırlayıcı etki gösterebilir²⁶⁵.

Bilgi değişimlerine ve uyumlu eylemler ile ilişkisine çalışmamızda daha evvel detaylı şekilde yer verilmiş olduğundan burada yalnızca ilave edilmesi gereken hususlar ele alınacaktır.

Bilgi değişiminin gerçekleştiği an itibariyle rekabetin de sınırlanmış olacağı ve bu doğrultuda bilgi değişiminin bizatihi olarak rekabeti sınırlayıcı olduğuna yönelik birtakım görüşler de bulunmakla birlikte, ABAD, uyumlu eylemlerdeki bağımsız karar alamama durumunun gerçekleşmesine diğer bir teşebbüsten sağlanan bilgilerin sebep olduğu hallerde, bir pazar davranışı, uygulaması ya da eyleminin gerçekleştiği hususundan değil ancak; araştırmasından yola çıkarak rekabet ihlalinin mevcut olduğu sonucuna varmaktadır. Bir diğer deyişle ABAD, söz konusu duruma ilişkin eylem noktasından ziyade, rekabetin sınırlanması amacı üzerinden hareket etmektedir. Bilgi değişiminin bulunduğu tespit edildikten sonra, söz konusu bilgi değişiminin içeriği rekabeti sınırlayabilecek niteliğe sahip ise, teşebbüslerin rekabeti sınırlama amacı ile hareket ettikleri mümkün görülebilecektir. Bu halde rekabetin sınırlanması amacı tespit edildiği için pazar üzerinde bir eylemin gerçekleşmesini beklemeye gerek olmamakla birlikte, daha evvel belirttiğimiz uyumlu eylemin varlığı için uyum ve uyumu takip eden bir eylemin olması gerektiği görüşünden vazgeçildiği sonucu da çıkartılmamalıdır.

²⁶⁵ *İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler*, s. 151.

Sadece ABİDA m. 101 kapsamında yer alan rekabeti sınırlama amacının gerçekleşmiş olduğundan bahisle ihlalin varlığına hükmedilerek, henüz bir uygulama görülmemiş olsa dahi, rekabeti sınırlandırma amacı olan bir uyumlu eylemin bulunduğundan söz edilebilmektedir²⁶⁶.

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz kapsamında bilgi değişiminin rekabetçi pazarların ortak bir özelliği olduğu ve bu açıdan çeşitli etkinlik kazanımları sağlayabileceğini vurgulanmakla birlikte, bazı hallerde rekabetin kısıtlanması neticesini doğurabileceği belirtilmektedir. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkileri bir yandan ilgili pazarın özelliklerine, diğer yandan ise değiştirilen bilginin niteliğine bağlı olarak değişkenlik gösterebilmektedir. Bununla beraber, rakipler arası bilgi değişimi, bilhassa fiyatları veya miktarları belirlemeye yönelik bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı teşkil edebilecektir. Bu tür bir durumda bilgi değişimi, kartel olarak kabul edilecek ve kartel gibi yaptırıma tabi tutulacaktır²⁶⁷.

Anlaşmalardan kaçmak isteyen teşebbüslerin, başka yollar bulmak suretiyle rekabetin korunmasına dair düzenlemeleri dolanmasının önlenmesi, uyumlu eylemlerin düzenleniş amacı olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda ve bu geniş bakış açısı ile mahkemeler tarafından uyumlu eylem kavramı, rekabeti sınırlandıran her danışıklı durumu kapsayabilir görülmektedir. Rekabetin sınırlandırıldığının tespit edildiği her halde, bu ihlalin oturtulabileceği bir hukuki zemin bulunması gerekmekte ve bu ihtiyacı da danışıklı ilişkilerden uyumlu eylemler karşılamaktadır. Uyumlu eylemler bu çerçevede her türlü rekabete aykırılığı kapsayabilecek bir bünyeye sahip görülmektedir. O halde uyumlu eylemler, kanunların açık ve anlaşılır olması gerekmesinin bir sonucu olarak, hukuki açıdan belirli sınır ve kalıplar dahilinde yer almalıdır. Diğer taraftan belirlenen bu sınırlar farklı ve hatta gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan yeni ihlal türlerini de

²⁶⁶ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 152.

²⁶⁷ *Pişmaf*, s. 56.

yeni yasal düzenlemelere gerek duyulmaksızın kapsayabilecek kadar yumuşak tutulmalıdır. Dolayısıyla teşebbüsler arası bilgi değişiminin söz konusu olduğu hallerde, bu bilgilerin rekabeti sınırlayacak eylemlere sebep olacağı ciddi olarak öngörülebiliyorsa, bu takdirde rekabetin sınırlandırılmasını beklemeye lüzum olmayacaktır. Uyumlu eylemlerde, pazar davranışlarının fiili olarak gerçekleşmesini beklemeye lüzum görülmeyen bu hal kural olmayıp, uyumlu eylemler içerisinde istisnai bir durum oluşturmaktadır²⁶⁸.

E. REKABETİN SINIRLANMASI

1. Rekabetin Sınırlanması Kavramı

RKHK m. 4'te belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir. ABİDA m. 101'de ise, üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemlerin yasak olduğu ifade edilmiştir.

RKHK'nın daha geniş bir kapsamı bulunmakta olup, rekabeti kısıtlama amacı bulunan ya da böyle bir etki doğuran uyumlu eylemlere ek olarak, rekabetin kısıtlanması etkisini meydana getirebilecek niteliğe sahip olan uyumlu eylemler de yasaklanmıştır. Dolayısıyla potansiyel olarak rekabeti kısıtlama olasılığı olan uyumlu eylemler de RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilecektir.

²⁶⁸ *İkizler*, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, s. 153.

Söz konusu düzenlemelerdeki farka değindikten sonra, bu düzenlemelerde yer alan “engelleme”, “kısıtlama” ve “bozma” terimlerinin ne anlam ifade ettiğine değinmek gereklidir. “Engelleme” terimini, rekabet faaliyetlerini ortadan kaldıran en ağır rekabete aykırılık hali olarak tanımlayabiliriz. Örneğin rakip teşebbüsler arasındaki piyasa paylaşımları veya satıcıların ihracatı yasaklaması gibi halihazırda ya da potansiyel rekabet faaliyetlerini yok etmeyi bünyesinde barındırır. “Kısıtlama” terimi, rekabet faaliyetlerinin tamamen ortadan kaldırılmayıp, kapsamlarının daraltılması şeklinde ifade edilebilir. “Bozma” terimi ise, en geniş kapsamı bünyesinde barındırmakta olup, rekabet koşullarında taraflar lehine meydana getirilen yapay bir değişikliği ifade etmektedir. Örnek olarak, tarafların yerel üretimlerine ihracatlarını subvanse edebilmeleri için toplanacak özel bir vergi yüklenmesi veya hem yerli hem yabancı işletmeler için öngörölmüş bir verginin sadece yerli işletmecilere geri ödemesinin yapılması sayılabilir²⁶⁹.

ABAD, kararlarında söz konusu kavramları birbirinden ayırt ederek ele almamıştır. Genel itibariyle doktrin de, rekabetin kısıtlanması, bozulması ve engellenmesi kavramlarını, aralarında doğurdukları hukuki sonuç açısından bir fark olmamasına rağmen, yalnızca kavramsal açıdan ayrı ayrı anlamlandırmaya çalışmış; belirli işbirliği türlerini bu suretle vasıflandırma yoluna gitmiştir²⁷⁰. Çalışmamızda bu üç kavram ayırım gözetmeksizin birbirinin yerine kullanılmıştır.

2. Amaç ve Etki Açısından Rekabetin Sınırlanması

Teşebbüsler arasında gerçekleşen bir anlaşma, uyumlu eylem veya bir teşebbüs birliği kararının bahsi geçen hükümler kapsamına dahil edilebilmesi için, rekabeti önleyici kısıtlayıcı

²⁶⁹ Kahraman, s. 53 vd.

²⁷⁰ Efem, G.: Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Bakımından Roma Antlaşması m. 85’e Kavramsal Bir Yaklaşım, Ankara 1993, s. 74 vd.

veya bozucu vasıfta bir amacı olmalı veya bu tür bir etki yani sonuç doğurabilecek bir niteliğe sahip olmalı ya da böyle bir sonuç doğurmalıdır²⁷¹.

Belirtmek gerekir ki, rekabetin bozulması veya böyle bir amacın mevcut olması yeterli olup, hem rekabetin bozulduğu hem de böyle bir amaç doğrultusunda hareket edildiğinin ortaya konması gerekmemektedir. Her ne kadar bu iki hal arasında zamansal açıdan bir sıralama söz konusu olmasa da, işin niteliği gereği öncelikle amaç açısından bir incelemeye gidilmesi, şayet bu inceleme sonuç vermezse teşebbüslerin gerçekleştirdiği faaliyetlerin rekabeti sınırlandırıp sınırlandırmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Amaç açısından bir ihlal tespit edildiği takdirde, söz konusu ilişkinin teşebbüs faaliyetleri üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek olmamaktadır. Özetle, amaç açısından aykırılığın tespit edildiği durumlarda, bu amacın varlığının yanı sıra böyle bir etki doğurup doğurmadığı, etki açısından aykırılığın tespit edildiği hallerde ise, tarafların böyle bir amaç doğrultusunda hareket edip etmediğine bakılması gerekmemektedir.

Anlaşma ve kararlarda rekabeti sınırlayıcı amacın tespiti kolay olmakla birlikte, bu amacın teşebbüsler arasındaki anlaşma veya kararda özellikle belirtilmesi şart değildir. Böyle bir niyetin mevcut olduğunun olayın şartlarından anlaşılabilir olması yeterlidir²⁷². Uyumlu eylemler açısından ise, paralel davranışların rekabeti kısıtlamaya yönelik amacı tarafların davranışlarından ve uyumlu şekilde sergiledikleri hareketlerin arka planından anlaşılabilir²⁷³. Dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı bir amacın olup olmadığı hususu, teşebbüslerin görünürdeki davranışları ile sınırlı şekilde ele alınmamalıdır. Aynı mal veya hizmet piyasasındaki üç teşebbüsten ikisinin, diğerini piyasadan çekilmeye mecbur etmek adına

²⁷¹ Tekinalp/Tekinalp, s. 400.

²⁷² Bael /Bellis, s. 36 vd.

²⁷³ Braun W. D. /Ritter I/ Rawlinson F.: EC Competition Law A Practitioner's Guide, Second Edition, Kluwer Law International, The Netherlands 2000, s. 92 vd.

paralel davranışlar sergilemesi ya da eş zamanlı fiyat kırması halinde, yalnızca söz konusu iki tarafla sınırlı bir rekabet mücadelesinin mevcut olduğu neticesine ulaşılabilir. Bununla birlikte tarafların, üçüncü işletmeyi piyasadan silmek olan yegane amaçlarının ortaya çıkarılabilmesi, ancak görünüşteki davranışların arka planını araştırmakla mümkün olacaktır²⁷⁴. Rekabeti sınırlayıcı amacı bulunmayan teşebbüsler arası faaliyetler, pazar üzerinde rekabetin sınırlandırılması etkisini veya sonucunu doğuruyorsa, etkisi açısından rekabet ihlaline yol açması dolayısıyla değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

ABAD'ın Consten/Grundig²⁷⁵ kararı, ABİDA m. 101/1'in kapsadığı amaç ve etki kavramları açısından önem taşımaktadır: Alman Grundig şirketi, Fransız Consten şirketine kendi ürünü olan elektronik malların Fransa'da tek satıcılık hakkını vermiştir. Söz konusu iki şirket arasındaki anlaşma gereği, Consten belirtilen ürünleri belirli bir oranda almaya, satış sonrası hizmetleri sunmaya ve rakiplerin benzeşen mallarını satmamaya ve bu malları Fransa'dan ihraç etmemeye mecbur durumdadır. Benzer düzenlemeler, Grundig'in diğer bayileri ile akdettiği sözleşmelerde de yer almaktadır. Ayrıca Grundig, Consten'e GINT markasını lisansını da devretmiştir. Bahsi geçen lisans, Consten'e söz konusu ürünlerin Fransa'da satışına mani olmak hakkını da vermektedir. UNEF ünvanlı bir firma, daha ucuz olan bu ürünleri Almanya'dan Fransa'ya ithal edince, Consten'in açtığı markanın ihlal edildiği davası ile karşılaşmıştır. Akabinde Komisyon nezdinde Grundig ile Consten arasındaki sözleşmenin ABİDA m. 101 hükmüne aykırı olduğu şikayetinde bulunmuştur. Komisyon UNEF'e hak vermiş ve sorun ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD ise, sözleşmenin ABİDA m. 101'e aykırı olduğuna hükmetmiştir. ABAD bu kararında, Consten'in yüklendiği ihracat yapmama yasağının per se hukuka aykırı olduğunu ve Grundig'in kurduğu sistemin, bu

²⁷⁴ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 134.

²⁷⁵ Case 56-58/64, Consten and Grundig Verkaufs-GmbH v. Commission, ECR 1966, 322.

firmanın çeşitli ülkelerdeki dağıtıcıları arasında yani aynı markayı taşıyan ürünler açısından, rekabeti bertaraf ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca ABAD bu kararda şu ifadeye yer vermiştir: “Anlaşma, Grundig ürünleri için Fransız pazarını bu şekilde tefrik etmeyi ve çok ünlü bir markanın ürünleri için, suni bir şekilde Topluluk içinde, ayrı ulusal pazarlar edinmeyi amaçladığı için, dolayısıyla, ortak pazarda rekabeti bozar niteliktedir”. Bu kararın bir diğer sonucu ise, rekabete aykırı amacın bulunması durumunda, rekabeti sınırlayıcı etkinin mevcut olup olmadığının incelenmesinin gerekli olmadığıdır. Kararda bu hususa ilişkin olarak yer alan ifade “Bir defa bir sözleşmenin amacının rekabeti önlediği veya kısıtladığı ya da bozduğu belirlendi mi artık onun somut etkilerini dikkate almaya gerek yoktur” şeklindedir²⁷⁶.

AB rekabet hukuku çerçevesinde konuya ilişkin olarak “De Minimis” ilkesine de değinmek gerekir. Bu ilke, rekabeti engelleyeci, bozucu veya kısıtlayıcı niteliğe sahip ve eş zamanlı birlik ülkeleri arasındaki ticarete de etkisi olan bir anlaşmanın, söz konusu etkisinin küçük olması durumunda, ABİDA m. 101/1 hükmünün tatbik edilmemesini ifade eder. Bir diğer deyişle, rekabete aykırılık teşkil eden anlaşmanın, üye ülkeler arasındaki ticarete hoş görülmeyecek derecede etki etmesi halinde, ABİDA m. 101/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁷⁷. Söz konusu ilkenin ABİDA m. 101 kapsamında ifade edilen hem amaç hem de etki bakımından rekabeti bozucu nitelikteki ilişkilere uygulanmakta olduğu doktrinde ifade edilmekle beraber²⁷⁸, ABAD vermiş olduğu Expedia²⁷⁹ kararında rekabeti kısıtlayıcı amacın bulunması durumunda de minimis kuralının uygulanamayacağını belirtmiştir. Expedia kararı kapsamında, amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların her durumda rekabeti önemli ölçüde etkileyeceği ve bu sebeple de minimis kuralı dahilinde değerlendirilmelerinin mümkün

²⁷⁶ Tekinalp/Tekinalp, s. 405.

²⁷⁷ Tekinalp/Tekinalp, s. 419.

²⁷⁸ Laurila, M.: The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, ECLR 1993, s. 98.

²⁷⁹ Case 226/11, Expedia Inc v. Autorite de la Concurrence, ECR 2012.

olmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu kararı takiben, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların de minimis kuralı kapsamına girmeyeceği hususu De Minimis Bildirimi ve beraberinde çıkan Kılavuz²⁸⁰ ile hüküm altına alınmıştır²⁸¹.

Türk rekabet hukukunda de minimis kuralı halihazırda mevzuatta mevcut olmamakla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 1. maddesinde yer almaktadır. De minimis kuralının Türk rekabet hukukunda kabul edilmesi durumunda Rekabet Kurulu, kıstaslarını öncesinde tespit etmek koşuluyla birtakım anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını soruşturmalarına konu yapmayabilecektir. AB'de rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar de minimis kuralından faydalanmadığından ki; şayet Türkiye'de de minimis açısından paralel bir uygulama başlatılacak olursa, rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının önemi aynı oranda artacaktır²⁸².

Amaç ve etkiye ilişkin olarak mevcut Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında; Kurul bir kararında²⁸³ rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir etkinin varlığını yeterli görmüş, ilaveten rekabeti sınırlama amacının bulunup bulunmadığının incelenmesine lüzum olmadığını belirtmiştir. Danıştay'ın konuya ilişkin görüşü²⁸⁴ de, belli bir piyasada meydana gelen danışıklıkların rekabeti engellemeye, bozmaya veya sınırlamaya yönelik bir amacı bulunmasa dahi, bu tür etkileri meydana getirmesinin veya meydana getirme olasılığını bünyesinde barındırmasının, hukuka aykırı olarak kabul edilmeleri için yeterli olduğu şeklindedir²⁸⁵.

²⁸⁰ Guidance on Restrictions of Competition "By Object" for the Purpose of Defining which Agreements may Benefit from the De Minimis Notice.

²⁸¹ *Gürkaynak, G./Yaşar, A. G.:* "Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç"ı Yeniden Değerlendirmek: "Groupement Des Cartes Bancaires V Commission" Kararı Işığında Yeni Bir Gün, Rekabet Dergisi C. 16 S. 1, Ankara 2015, s. 58.

²⁸² *Gürkaynak/Yaşar*, s. 88.

²⁸³ AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri K. Bimş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. ve diğerleri, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar.

²⁸⁴ Danıştay 10. Daire; E.: 2001/1405, K.:2003/4903, Danıştay Kararları Dergisi S. 5.

²⁸⁵ *Şaylı*, s. 61.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI İLİŞKİLER VE MADDİ REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

I. UYUMLU EYLEMLERİN ANLAŞMA VE KARARLAR İLE İLİŞKİSİ

Uyumlu eylemler, ABİDA m. 101 ve RKHK m. 4 kapsamında anlaşmalar ve kararlar ile birlikte düzenlenmiştir. Öncelikle, teşebbüslerin anlaşma ve kararlar vasıtası ile rekabeti sınırlamaları veya engellemelerinin önüne geçilmek istenmiştir. Teşebbüslerin rekabet hükümlerini dolanma niteliği taşıyan tüm eylemlerini engellemek amaçlı ise uyumlu eylemler düzenlenmiştir. Dolayısıyla uyumlu eylemler, anlaşma ve kararlar haricinde kalan rekabete aykırı nitelikteki tüm halleri kapsayacak derecede geniştir. Bir anlaşma veya karara dayanan rekabet sınırlamaları ise uyumlu eylem olarak nitelendirilmeyecektir. Uyumlu eylemlerde ortak davranışlar, bir anlaşma veya karara dayanmaksızın uygulamaya geçirilmiş bulunmaktadır¹.

Bu üç kavramın arasındaki ilişkinin ve farklarının tespiti rekabet hukuku uygulaması açısından büyük önem taşımaktadır.

¹ İkizler, M.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara 2005, s. 171.

A. ANLAŞMALARIN UYUMLU EYLEMLER İLE İLİŞKİSİ

Anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki sınırın tespit edilmesi, anlaşma kavramı ile yakından ilgilidir. Bu sebeple, uyumlu eylem kavramı ile ilişkisi ve ondan farklılaştığı noktaları belirlemek için, öncelikle anlaşma kavramının içini doldurmak gerekmektedir.

1. Anlaşma Kavramı

Anlaşma kavramını, rekabet hukuku açısından ele almadan evvel genel hukuk itibarıyla değerlendirmek gerekir. Amerikan hukukunda söz konusu kavram, bazı durumlarda sözleşme yerine kullanılmış; bazı hallerde ise bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli olan şartlardan biri olarak görülmüştür². Avrupa sözleşme hukukunda ise, sözleşmenin bir unsuru, sözleşmenin içeriğinde mevcut bulunan bir şart olarak değerlendirildiği gibi, aynı zamanda sözleşme kavramı ile eş anlamlı olarak ve hatta sözleşmeyi de kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmıştır³. Türk hukukunda ise, TBK 1. maddesinde, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları suretiyle sözleşmenin kurulacağına hükmedilmiştir. Doktrinde ise sözleşme ile ilgili yapılan tanımlar arasında farklar bulunmakta; sözleşme kavramını tanımlanırken anlaşma terimini kullananlar olduğu gibi, anlaşma kavramı yerine birbirine uygun irade açıklamaları veya hukuki muamele şeklinde ifadeleri kullananlar da bulunmaktadır. Hem sözleşme ile anlaşmanın eş anlamlı kullanıldığı, hem de anlaşmanın sözleşmenin bir unsuru olarak değerlendirildiğini görmek mümkündür⁴.

Avrupa Birliği uygulamasında ise, anlaşma kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu, yalnızca sözleşmeleri mi yoksa bağlayıcı nitelikte olmayan her türdeki irade

² Corley, R. N./Robert, W. J.: Principles of Business Law, Eleventh Edition, USA 1979, “ 200.

³ Kötz, H./Flessner, A.: European Contract Law, Oxford University Press, USA 1997, s. 3, 46, 80,124, 154.

⁴ Arı, Z.: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s. 31.

uyuşmalarını mı anlamak gerektiği tartışılmıştır. Neticede ise, söz konusu kavramın bağlayıcı niteliği olmayan her tür irade uyuşmasını kapsadığına ilişkin olarak savunulan görüş ağırlık kazanmıştır⁵.

Rekabet hukuku çerçevesinde anlaşma kavramı, oldukça geniş bir anlam ifade etmektedir. Yalnızca kaynak ABİDA değil; birçok ülkenin rekabet hukuku düzenlemeleri tarafından da bu şekilde benimsenmiştir. RKHK’da anlaşmaların kurulması, şekli gibi hususlara ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununa birlikte RKHK m. 4’ün gerekçesinde: “Bu kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma veya uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir” ifadesine yer verilerek, konuya ilişkin açıklama yapılmıştır⁶.

Pratikte sözleşme ve anlaşma kavramlarının birbirlerinin yerine ikame edilmesi mümkün görülse de; gerek Anglo-amerikan hukukunda gerekse Kıta Avrupası hukukunda

⁵ *Whish*, R.: *European Competition Law*, United Kingdom 2001, s. 191 vd.

⁶ *Ari*, s. 32.

sözleşme daha dar kapsamlıdır⁷. İfade edildiği üzere, rekabet hukukunda anlaşma geniş bir kavram olup, sözleşme kavramını da kapsamaktadır.

2. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Arasındaki İlişki

Danışıklı bir ilişkinin anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarından hangisinin kapsamında ele alınacağı hususu, söz konusu iki kavram arasındaki ilişki ve dolayısıyla farkın tespit edilmesine bağlıdır.

Boya ve Şeker karteli kararlarında uyumlu eylemler tanımlanırken, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen işbirliği halleri olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle ABAD, söz konusu iki kavramı ayırmıştır. Bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeme hali çeşitli şekillerde yorumlanabilir. İlk olarak, uyumlu eylemlerin anlaşmalar ile kıyaslandığında, daha gevşek bir danışıklılık çeşidi olduğu anlamı çıkarılabilir. İkinci olarak, uyumlu eylemlerin anlaşmalar kadar ciddi bir bağlayıcılık niteliği olmadığı şeklinde de yorumlanabilir. Nitekim daha gevşek bir uyuşma şekli olması, daha zayıf bir bağlılığı bünyesinde barındırdığı anlamına gelmektedir. Bir diğer açıdan ise, uyumlu eylemlerin zamansal olarak anlaşmalardan daha önce meydana geldiği de ileri sürülebilecek; bu doğrultuda bağlantı ile gerçekleştirilen yakınlaşma, daha sıkı bir hale dönünce anlaşma olarak nitelendirilebilecektir. Bir başka açıdan söz konusu ifade, anlaşmaya dayanmıyor olmak veya uyumun temelinde bir anlaşmanın mevcut bulunmaması şeklinde de anlaşılabilir; bir anlaşmanın bulunduğu kabul edilemeyeceği hallerde uyumlu eylemden söz edilebilecektir⁸. İfade edilen bu görüşler, doktrinde bütünüyle ya da kısmi olarak savunulmuştur.

⁷ Sanlı, K. C.: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 76.

⁸ İkizler, s. 172.

Doktrinde Aslan⁹, işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığının kanıtlanamadığı ya da aralarında bir anlaşmanın bulunmadığı durumda, kendi bağımsız hareketleri yerine ikame edilen ve aralarında pratik bir işbirliği meydana getiren davranışları da, rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurduğu takdirde yasak olarak ifade etmiştir. Yine Aslan¹⁰, anlaşmalar ve uyumlu eylemlerin farklı kavramlar olduğunu belirtmiştir. Anlaşmadan bahsedilebilmesi için, taraflar arasında hukuki anlamda bağlayıcı niteliği bulunmasa dahi karşılıklı bir irade açıklamasının mevcut olduğunu, uyumlu eylemlerde ise böyle bir irade açıklamasının bulunmadığını ifade etmiştir. Sarıh bir irade açıklaması aşaması bulunmamakla birlikte, teşebbüsler arasında bir temasın, bir haberin veya bilgi akışının olduğunu ve bunların karşılıklı olmasa dahi, taraflar arasında bazı piyasa stratejilerine ilişkin bilgilere ulaşılmasını, şeffaflaşmasını sağladığını belirtmiştir. Yani, taraflar arasında bir bağlantı vardır ve fakat bu bağlantı irade açıklaması aşamasına ulaşmamıştır.

Topçuoğlu¹¹, anlaşmalardaki karşılıklı irade uyuşmasının, uyumlu eylemler ile kıyaslandığında daha yoğun olduğuna ilişkin görüşlerin, söz konusu iki kavramın birbirinden ayrılmasını sağlayacak bir ölçüt olmadığı kanaatindedir. Bu görüş gereğince, taraflar arasındaki bağlantının, irade açıklaması aşamasına ulaşmadığını araştırmak, anlaşma ve uyumlu eylem ayrımı noktasında faydasızdır. Zira uyumlu eylemin varlığı, piyasadaki emarelerden yola çıkılarak, iz sürülerek ortaya çıkarılabilecektir.

Yine Aslan'ın savunduğu görüşe göre¹², hukuken geçerli olması ya da olmaması farketmeksizin, bir anlaşma taahhüt ve tasarruf şeklinde iki kademedен meydana gelmektedir.

⁹ Aslan, İ. Y.: Rekabet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2007, s. 155.

¹⁰ Aslan, s. 157.

¹¹ Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 7, Ankara 2001, s. 209.

¹² Aslan, s. 160.

Uyumlu eylemlerde ise taahhüt aşaması bulunmamaktadır. Uyumlu eylemlerde, rakip teşebbüslerin birbirlerinin piyasa davranışlarından haberdar olmaları için bazı hazırlık hareketleri bulunmakta, bu aşama ise karşılıklı bir uyumu ihtiva etmemektedir. Topçuoğlu¹³ ise, bu görüşün aksi olarak, uyumlu eylemlerde taahhüt aşamasının mevcut olabileceğini, mühim olanın tarafların kendilerini taahhütleri ile ne derece bağlı hissettikleri olduğu görüşündedir. Bu görüş doğrultusunda, şayet taraflar kendilerini taahhütlerine hukuken bağlı görüyorlarsa bir anlaşmanın varlığından söz edilebilecektir. Şayet taahhütlere uygun hareket edilmesi tarafların keyfi davranışları ile ilişkili ise, bu halde uyumlu eylemden bahsedilebilecektir.

AB rekabet hukukunda, anlaşma ve uyumlu eylemler farklı terimler olmakla birlikte, zaman zaman birbirlerinin devamı özelliğinde de olabilmektedirler. Bir uyumlu eylemin, rekabeti bozucu amaç taşıyan bir anlaşmanın devamını teşkil etmesi mümkündür. Ayrıca bu kavramlar, tek başlarına da bir olayın konusunu oluşturabilirler. Önemli olan nokta, bir anlaşmanın varlığının tespit edilmesi halinde ihlalden söz edilebilirken; bir uyumlu eylemin mevcut olduğunun belirlenmesi halinde, müşterek amacın ispatına dek, ancak ihlal iddiası gündeme gelebileceğidir¹⁴.

ABAD, Boya ve Şeker karteli kararlarında, uyumlu eylemleri anlaşmalardan ayırmıştır. Bu kararlarda uyumlu eylemleri anlaşma aşamasına varmayan bir eşgüdüm şekli olarak vurgulayan ABAD, söz konusu kararlar neticesinde anlaşmalar ile uyumlu eylemler arasındaki ilişkinin ortaya konulmasını hedeflememiştir. Dolayısıyla, bu noktada bahsi geçen kararlar dayanak olarak gösterilmeye uygun olmamakla birlikte; bu durum birçok kararda da vurgulanan, uyumlu eylemlerin rekabet kurallarını dolanma amacı taşıyan işbirliği hallerini

¹³ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 210.

¹⁴ Esin, A.: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s. 33.

kapsadığı gerçeğini değiştirmeyecektir¹⁵. Doktrinde İkizler¹⁶, uyumlu eylemlerin kapsamını, temelinde bir anlaşma ya da kararın bulunmadığı işbirliği durumları şeklinde ifade etmiştir.

Belirtmek gerekir ki, henüz eylem aşamasına geçmemiş bir uzlaşmanın uyumlu eylem şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmayacağından, anlaşma ve uyumlu eylemlerin birbirinden ayrılması hususu icrasına başlanmış irade uyuşmaları için önem arz etmektedir. O halde, doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş¹⁷ olarak, uyumlu eylem, icrasına başlanmış uyuşmaları; anlaşma ise, her iki durumu da kapsamaktadır. İcrası başlamış olan irade uyuşmalarının ise, uyumlu eylem veya anlaşma kavramlarından hangisi olduğunun tespiti oldukça zordur. Bilhassa anlaşma kavramına ilişkin yorumun geniş olması, bu kavramlar arasındaki sınırları belirsizleştirmektedir. Bu konuyu ele almadan evvel, bu iki kavramın birbirinden ayrılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin hususa değinmek lazımdır. Her ne kadar yukarıda söz konusu iki kavramın muhtevası ve birbirlerinden ayırt edilebilmesine yönelik sınırlara yer verilmiş olsa da, doktrinde bir görüş¹⁸, RKHK m. 4'ün uygulanabilmesi için, bu iki kavramın ayırdının gerekli olmadığını bir başka deyişle bu ayrımın pratik açıdan bir önemi olmayıp, sadece teorik olarak fayda sağlayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, iki veya daha fazla teşebbüsün danışıklı ilişkiler kurarak rekabeti kısıtlaması, 4. maddenin tatbiki açısından yeterli olmaktadır. Danışıklılığın, uyumlu eylemden mi, karardan mı, anlaşmadan mı kaynaklandığının hükmün uygulanması açısından bir fark yaratmadığını savunmaktadır. Buna dayanak olarak da, farklı kavramlar olmakla birlikte, temelde aynı davranışın yattığı ve doğurduğu sonuçlar bakımından da ciddi bir farklılık bulunmadığı gösterilmektedir. Anlaşma haricinde uyumlu eylem kavramının neden düzenlenmiş olduğuna ilişkin olarak ise,

¹⁵ İkizler, s. 174.

¹⁶ İkizler, s. 174.

¹⁷ İkizler, s. 174.

¹⁸ Sanlı, s. 86.

anlaşmanın ispat edilemediği hallerde rekabetin kısıtlanması amacına tarafların zımnî yollarla ulaşmalarının engellenmesi olduğu görüşü belirtilmiştir. Bu görüşe paralel nitelikte olan ABAD kararlarına bakıldığında, değinilmesi gereken Polypropylene¹⁹ davaları önem taşımaktadır. 1977 yılından evvel, Avrupa polipropilen piyasasında faaliyette bulunan on şirket mevcuttu. 1977 yılında polipropilen imalatı için gerek duyulan patentlerin sona ermesiyle yedi yeni üretici daha bu piyasaya girmiştir. Bu sebeple, piyasada atıl kapasite meydana gelmiş; endüstride sabit maliyetlerin yüksek olması nedeniyle firmalar zarar etmeye başlamışlardır. Komisyon, söz konusu problemlerle yüz yüze gelen üreticilerin, 1977-1983 yılları arasında düzenli olarak gerçekleştirilen gizli toplantılara katıldıklarını ortaya çıkarmıştır. Bu toplantılarda, katılımcıların yıllık üretim hedefleri ve kotalar belirleyerek pazarı paylaştıkları ve hedef fiyatlar tespit ettikleri anlaşılmıştır. Ayrıca firmaların, sistemin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla güderek, dağıtımına dair detaylı bilgilerin karşılıklı olarak verilmesi, yerel toplantılar düzenlenmesi gibi faaliyetler içerisinde bulundukları ortaya çıkarılmıştır. Bununla birlikte, her üretici, her zaman sağlanan anlaşmaların içerisinde yer almamış; toplantılarda üzerinde mutabakata varılan davranışları sergilememişlerdir. Komisyon kararında, toplantıların, tartışmaların, bilgi alışverişinin tek bir ihlal olduğunu, bazı ihlallerin anlaşma, bazılarının uyumlu eylem olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmiş ancak; ihlali, temel itibarıyla anlaşmadan oluşan tek bir ihlal olarak nitelendirmiştir. Komisyon bu yaklaşımını, uyumlu eylemlerin 101. madde kapsamında aynı etki ve neticeleri doğurmasına dayanarak açıklamıştır. Üreticilerin, Komisyon'un ihlali ayrı ayrı şekilde belirtmesinin gerekli olduğuna yönelik eleştirilerini kabul etmeyen İlk Derece Mahkemesi şu görüşe yer vermiştir: "İhlal, anlaşma olarak nitelendirilebilecek bulgular ile uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecek olan bulguları aynı anda bünyesinde barındırdığına göre, Komisyon'un söz konusu tek ihlali

¹⁹ Polypropylene, OJ 1986, L 230/1, 1988 4 CMLR 347, CMR 10782 and 10851.

anlaşma ve uyumlu eylem olarak tespit etmesi hukuka uygundur. Bu şekilde ikili bir nitelendirmede bulunan karmaşık yapıli ihlallerde, elde edilen bulguların bir bütün olarak aynı anda hem anlaşma hem de uyumlu eylem kavramlarını oluşturması beklenmez. Burada esasen, bazıları anlaşma bazıları ise uyumlu eylem olarak nitelendirilen bulgulardan meydana gelen karmaşık bir bütün söz konusudur ki; ABİDA m. 101 kapsamında bu şekildeki karmaşık yapıli ihlal halleri için özel bir kategori öngörölmemiştir”. İlk Derece Mahkemesi’ne göre, 101. maddenin bütünü ile ihlal edildiğı hallerde, Komisyon’un ihlali oluşturan davranışlardan her birini anlaşma ya da uyumlu eylem şeklinde ayrıma tabi tutmasına lüzum bulunmamaktadır. Bunu yerine, delilleri bir bütün halinde ele alarak, söz konusu hususu, anlaşma veya uyumlu eylemden oluşan tek bir ihlal olarak değerlendirebilecektir²⁰.

Bu hususu daha iyi değerlendirebilmek adına Komisyon’un Carton Board²¹ ve Garphite Electrodes²² kararlarında kullanılan ifadelere değinmek gerekmektedir: “Özellikle uzun süreli, karmaşık yapıli ihlal hallerinde, Komisyon’un anlaşma veya uyumlu eylem gibi kesin nitelendirmelerde bulunması gerekli değildir. İhlalin her iki yasak kavramının unsurlarını eş zamanlı olarak barındırıyor olma ihtimali karşısında, böyle bir ayırım yapmak esasen mümkün veya gerçekçi de olmayabilir. İhlale ilişkin bulgular, tek başlarına ele alındıklarında, anlaşma ve uyumlu eylem kavramına daha uygun düşecek olsa da, tek bir genel amacı olduğu açıkça belli olan ortak ve süregelen bir girişimin, alt bölümlere ayrılması suni olacaktır”.

Belirtmek gerekir ki; anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki yapısal ayrılıklar dikkate alınmayarak, teşebbüsler arasındaki rekabet ihlallerini anlaşma ve/veya uyumlu eylem şeklinde nitelendirme yoluna giden Komisyon ve Avrupa İlk Derece Mahkemesi’nin bu tutumu, ABAD

²⁰ Şaylı, Y.: Avrupa Topluluğı ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 36 vd.

²¹ Carton Board, OJ 1994, L 243/1, 1994 5 CMLR 547, prg. 128.

²² Graphite Electrodes, OJ 2002, L 100/1, 2002 5 CMLR 17, prg 101.

tarafından da benimsenmiştir. ABAD, vermiş olduğu Anic kararında²³, ABİDA m. 101'in, uyumlu eylemleri, teşebbüsler arası anlaşmaları ve teşebbüs birliği kararlarını birbirinden ayırdığını belirtmiştir. Divan'a göre, söz konusu kavramlara ayrı ayrı yer verilmiş olmasındaki amaç, farklı şekillerde meydana gelebilen işbirlikleri ve danışıklı ilişkileri madde kapsamına dahil edebilmektir. Bununla birlikte, madde metninde yapılmış olan bu ayırım, aynı rekabete aykırı amacı taşıyan ve ayrı ayrı değerlendirildiklerinde anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı şeklinde nitelendirilebilmesi mümkün bulunan bu davranış şekillerinin ABİDA m. 101'e aykırı tek bir ihlalin farklı görünümelerini meydana getirmelerine engel oluşturmamaktadır. Bu nedenle, İlk Derece Mahkemesi'nin, teşebbüsler arasındaki değişik davranış şekillerini, tek ve kompleks yapıli bir ihlalin, bir kısmı anlaşmaya, bir kısmı uyumlu eyleme karşılık gelen belirtileri şeklinde olduğuna kanaat getirmesi ABAD tarafından hukuka uygun görülmüştür²⁴.

Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararlarına bakıldığında, anlaşmadan söz edebilmek için mühim olanın tarafların iradelerinin birbirlerine uygun nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Kurul bir kararında²⁵ gerçekleştirilen soruşturma kapsamında, gerek program ve tarife katalogları ile gerekse reklam verenlere yapılan tekliflerle tek bir fiyat tarifesi ve aynı indirim oranlarının ilan edilmesi ve uygulanmasının, bunların yanı sıra reklam yerlerinin paketler halinde satışının, tarafların reklam yerlerinin aynı şartlarla pazarlanması ve satışına yönelik ortak iradelerinin, diğer bir deyişle taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını gösterdiğini kabul etmiştir. Kurul ünlü Süt kararında²⁶ ise, taraflar arasında bir anlaşmanın

²³ Case 49/92 etc., Anic v. Commission, ECR 11999, 4125, 4 2001 CMLR 17, prg. 112-114, 131-132.

²⁴ Canbolat, İ. U.: Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 137.

²⁵ AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri K. BİMAŞ Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. ve Diğerleri, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar.

²⁶ Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

varlığının kabul edilebilmesi için, sebebinin ne olduğu önem taşımaksızın, tarafların kendilerini bu anlaşma ile bağlı hissetmelerinin yeterli olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca AB rekabet hukuku açısından Komisyon'un da bir anlaşmadan bahsedebilmek için, teşebbüslerden birinin diğeri ile arasındaki ilişkilerinde eylem serbesitini sınırlamış olmasını yeterli bulduğunu belirtmiştir. Kurul'a göre, RKHK m. 4 anlamında bir uyumlu eylemden bahsedebilmek için, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın olduğu ispatlanamıyorsa, aralarında bir anlaşma bulunmamasına rağmen, pratik bir işbirliği meydana getiren hareketler mevcutsa, bu durumun rekabeti engelleyici etki doğurması tabii olup; Kanun kapsamında yasaktır. Ayrıca Kurul'un 1. Çimento kararında²⁷, uyumlu eylem ve anlaşma kavramları arasındaki farklara, aynı amaca hizmet etmeleri dolayısıyla pratikte çok büyük bir önem atfetmediğini görmekteyiz²⁸. Kurul, on iki bankanın anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde olduğuna dair vermiş olduğu kararda da²⁹, uyumlu eylemin anlaşmanın varlığının tespitinde bir araç olarak kabul edilebileceğinden hareketle, yakın tarihli kararlarında olduğu üzere, anlaşma ve uyumlu eylemi de kapsar şekilde "uzlaşma" kavramını tercih ettiği ve iki kavram arasında bir ayrıma gitmediği görülmektedir.

Yukarıda ifade edilen görüşlerde, uyumlu eylemler ve anlaşmalar arasında doğrudukları sonuçlar açısından pratikte bir farkın bulunmaması da dayanak olarak gösterilmiştir³⁰. RKHK'nın ilgili hükümleri ele alındığında, ilk bakışta hukuki sonuçları açısından farklılık taşıdıkları söylenebilir. Zira RKHK m. 56'da, 4. maddeye aykırı nitelikte olan anlaşma ve kararlar için geçersizlik yaptırımı düzenlenmiş ve fakat uyumlu eylemden bahsedilmemiştir. Ayrıca RKHK m. 58/2'de "Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın

²⁷ 1. Çimento Kararı, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.

²⁸ Şaylı, s. 37 vd.

²⁹ 08.03. 2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar.

³⁰ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 209 vd.

ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir” düzenlemesine yer verilerek, ortaya çıkabilecek zararların tazmini hususunda karar ve anlaşmalardan ayrıca bahsetmiştir. Konuya ilişkin olarak doktrinde Topçuoğlu³¹, Kanunda belirtilen ilgili hükümlerin, anlaşma ve uyumlu eylemin doğuracağı hukuki neticeler bakımından bir fark yaratmayacağını savunmuştur. Bu görüşe göre, geçersizlik yaptırımı hukuki işlemler için gündeme gelir. Uyumlu eylem ise, niteliği gereği geçersizlik yaptırımına tabi olamaz. Ayrıca bu görüş, m. 56 çerçevesinde kastedilenin anlaşma değil sözleşme olduğu iddiasından hareketle, söz konusu iki kavramın doğuracağı hukuki sonuçlar açısından bir fark bulunmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Yine aynı görüş doğrultusunda, m. 58/2’de yer alan anlaşma ve karar ifadelerinden, tarafların kasti şekilde davranmış olduğu ve bu noktada düzenlemenin lafzı ile ruhunu bağdaştırmak imkanı bulunmadığı için, örtülü kanun boşluğunun mevcut olduğunun kabul edilmesinin lazım geldiği savunulmuş; bu hüküm dahilinde de, iki kavramın hukuki sonuçları açısından bir fark yaratmayacağı belirtilmiştir³².

Kanaatimizce de, söz konusu iki kavram ortaya çıkış şekilleri ve yoğunlukları açısından çeşitli farklılıklara sahip olsalar da, bilhassa karmaşık ihlallerde bu kavramları keskin şekilde birbirlerinden ayırt etmek pek mümkün olmamaktadır. Somut bir olaydaki danışıklı ilişkinin anlaşma veya uyumlu eylem şeklinde nitelendirilmesi, hukuki anlamda ortaya çıkacak sonuçlar bakımından bir farklılık yaratmayacaktır. Dolayısıyla uygulamada kabul gören ve doktrinde de ifade edilen bu görüşe katılarak, bu ayrımın pratik açıdan çok büyük önem taşımadığını söyleyebiliriz. Bu iki kavram arasındaki en temel fark, uyumlu eylemin icra edilmeye başlanmış uyuşmaları kapsamasıdır. Anlaşmalar ise, her iki hali de bünyesine almaktadır.

³¹ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 209 vd.

³² Şaylı, s. 40.

Türk hukukunda, söz konusu iki kavram ispat yükü bakımından da birbirinden farklılaşmaktadır. RKHK m. 59 gereğince, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların varlığını iddia eden, bu hususu ispat etmekle mükelleftir. Oysa, uyumlu eylem iddiasını ileri süren kimse, teşebbüsler arasındaki işbirliğini, uyumlu davranma planlarını ispatlamak mecburiyetinde olmayıp; yalnızca uyumlu eylem şüphesini haklı gösterecek emareleri, paralel piyasa davranışlarının mevcut olduğunu göstermekle yetinebilecektir. Kanunun 4. maddesinde öngörülen uyumlu eylem karinesi ile de ispat kolaylığı sağlanmıştır. RKHK m. 59 ve m. 4'te yer alan ilgili hükümler, sadece uyumlu eylemler için öngörülmüştür³³.

B. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARININ UYUMLU EYLEMLER İLE İLİŞKİSİ

1. Teşebbüs Birliği ve Teşebbüs Birliği Kararı Kavramı

, Anlaşmalar ve uyumlu eylemlerde olduğu üzere, rekabete aykırı teşebbüs birliği kararları da RKHK m. 4 ve ABİDA m. 101 kapsamına alınmıştır. Sherman Kanunu'nda söz konusu kavramdan söz edilmemekle birlikte, Amerikan hukukunda rekabete aykırılık teşkil eden teşebbüs birliği kararlarının yasak olduğu konusunda görüş birliği bulunmakta ve bu şekilde değerlendirilmektedir³⁴.

ABİDA m. 101 çerçevesinde sadece teşebbüs birliklerinin kararları düzenlenmiştir. RKHK m. 4'te ise, teşebbüs birliklerinin kararlarının yanı sıra eylemleri de düzenleme kapsamına alınmıştır. Şayet alınmış bir karar mevcut değil ancak; rekabeti sınırlayıcı

³³ Şaylı, s. 39.

³⁴ Areeda P./Kaplow L.: Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Fifth Edition, USA 1997, s. 165.

eylemlerde bulunulmakta ise, söz konusu eylemler içerisinde olan teşebbüs birliği üyelerinin bu davranışları RKHK m. 4 çerçevesinde değerlendirilecektir³⁵.

RKHK m. 4'ün gerekçesinde: “Çoğu zaman teşebbüsler ortak sorunlarıyla ilgilenmek üzere aralarında tüzel kişiliği olan veya tüzel kişiliği olmayan birlikler oluştururlar. Bu birlikler zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazançlar elde etmelerine hizmet edici kararlar alabilirler. Bu gibi kararlar da rekabet sistemine aykırıdır ve yasaklanmıştır” ifadesine yer verilerek, teşebbüs birliği kararlarının düzenlenme amacı ortaya konulmuştur.

Teşebbüs birliği kararları, bir teşebbüs birliğinin varlığı ve bu teşebbüse isnat edilebilen bir kararın veya eylemin mevcut olması şeklinde temelde iki unsurdan ibarettir. Aşağıda sırasıyla bu iki husus incelenecektir.

ABİDA çerçevesinde teşebbüs birliği kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, RKHK m. 3'te teşebbüs birliğinin tanımı “Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz veya tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler” şeklinde yapılmıştır. Doktrinde Topçuoğlu'nun yaptığı tanıma göre ise, teşebbüs birlikleri, hukuki ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız olan, teşebbüs niteliğine sahip, genel itibari ile üyeler arasındaki menfaatlerin muhafazası amacını taşıyan, hukuki bir ilişkiye dayanan, iradi şekilde veya kanunla kurulmuş her türlü kişi topluluğunu kapsamaktadır³⁶.

³⁵ Arı, s. 71.

³⁶ Topçuoğlu, M.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 50. S. 4, Ankara 2001, s. 164.

Kanun kapsamında yer verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, birlik olarak nitelendirilmek için tüzel kişiliğin bulunması şart değildir. Bu esas, AB rekabet hukuku açısından da aynen geçerlidir. Önemli olan husus, “teşebbüslerin oluşturduğu birlik” olmasıdır. Bu birlik ise, dernek, oda, birlik, kurul, komite, cemiyet, federasyon, konfederasyon gibi çeşitli şekillerde adlandırılabilir.

Teşebbüs birliği niteliği için tüzel kişilik şartının bulunmaması, tüzel kişiliği olmayan hangi oluşumların birlik olarak değerlendirileceği sorusunu gündeme getirir. Çünkü danışıklılık, teşebbüslerin bir şekilde bir araya gelmelerini gerektirmektedir. Dolayısıyla, teşebbüslerin bir araya geldiği, düzenli zaman aralıkları dahilinde toplantılar gerçekleştirdiği, belirli tarihlerde buluştuğu hallerde, söz konusu ilişkinin varlığına binaen bir birlikten bahsedilip bahsedilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Kanundaki teşebbüs birliği tanımından hareketle, birliğin amacının belirli olması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, konuya ilişkin olarak ilk dikkat edilmesi gereken husus, müşterek bir amacın mevcut olup olmadığıdır³⁷. İlaveten bu müşterek amaç doğrultusunda sürekli veya sürekli olmasa dahi, süreklilik niyeti ile bir araya gelinmesi gerekmektedir. Şayet süreklilik arz etmeyecek şekilde gerçekleşen birliktelikler mevcut ise, bu husus uyumlu eylemler açısından değerlendirilebilecektir³⁸.

Birlik niteliğinin belirlenmesine ilişkin olarak, yukarıda belirtilen yaklaşımdan bir sonuç alınamadığı hallerde, doktrinde İkizler’e³⁹ göre, birlikteliğin rekabeti sınırlayan iradesinin, karar niteliğinde olup olmadığına bakılması gerekecektir. Ancak bu görüş, sonuçtan

³⁷ İkizler, s. 226.

³⁸ Sanlı, s. 38.

³⁹ İkizler, s. 227.

hareket etmekte; rekabet sınırlamasının bir karara dayandığı hallerde, söz konusu kararın bir birlik iradesine dayandığına hükmedilebilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır.

Tanımdan yola çıkarak ele alınacak diğer bir önemli husus, teşebbüs birliklerinin üyelerinin esas olarak teşebbüsler⁴⁰ olduğudur. Bağlı teşebbüslerden meydana gelen holding gibi yapılanmalar ise, bu bakımdan teşebbüs birliği olarak kabul edilmeyecektir⁴¹. Belirtmek gerekir ki, birliğin üyelerini teşebbüsler oluşturabileceği gibi, teşebbüs birlikleri de oluşturabilecektir⁴². Birliğin yalnızca teşebbüslerden oluşması da gerekmemektedir. Önemli olan nokta teşebbüslerin üyesi olduğu birliklerin rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri olmaktır. Söz konusu durumu ve sonucu, birliğin teşebbüs niteliği bulunmayan üyelere de sahip olması değiştirmemektedir⁴³.

Teşebbüs birliği kavramına ilişkin olarak açıklanması lazım gelen bir diğer mevzu, rekabet hukuku açısından teşebbüs birliğinin kanun gereği kurulmuş olması ve dolayısıyla birlik üyeliğinin de kanunen zorunlu tutulması ile teşebbüslerin hür iradeleri ile kurulup, üyeliğin ihtiyari şekilde gerçekleşmesi arasında bir fark bulunmadığıdır. Birliğe zorunlu üyelik, söz konusu birlik üyesini, birlik karar ve eylemlerinin sorumluluğundan kurtarmayacaktır. Zira bu birliklerin rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerde bulunması birliğin kuruluş amacına aykırılık teşkil edecektir⁴⁴.

Teşebbüs birliği kararlarının ikinci temel unsuru teşebbüse isnat edilebilen bir kararın mevcut olmasıdır. Genel itibariyle karar, çok taraflı hukuki bir muamele olup, birden çok kimsenin, kendilerine oy hakkı tanıyan bir hukuki ilişki dahilinde, bu hakkı kullanarak

⁴⁰ Çalışmamız kapsamında teşebbüs kavramına daha evvel yer verilmişti. Bkz. 2. Bölüm.

⁴¹ *Sanlı*, s. 38.

⁴² *Korah, V.:* An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Hart Publishing Ninth Edition, USA 2007, s. 43.

⁴³ *İkizler*, s. 229.

⁴⁴ *İkizler*, s. 230 vd.

yaptıkları anlaşmadır. İrade beyanlarının karşılıklı değil, aynı yöne doğru olduğu kararların vücut bulabilmesi için irade beyanlarının bütününe aynı yönde olması şart olmamakta, çoğunluğun iradesi yeterli olmaktadır. Kararın en önemli özelliği ise, lehinde irade açıklamasında bulunmayan taraflar için dahi bağlayıcı niteliğinin olabilmesi ve onlar için de sorumluluk doğurabilmesinin mümkün olmasıdır⁴⁵.

Teşebbüs birliği kararları, yetkili organların kararları, iç işleyişe dair tüzükler, üyelik şartlarına ilişkin esaslar ya da eylem planları olarak sıralanabilir. Karar kavramının içeriğine, birliğin esas sözleşmesi, üyeler üzerinde bağlayıcı olan kararlar ve bağlayıcı olmayan tavsiye kararları, esas sözleşmeye uygun şekilde üyelerin davranışlarını koordine etmeyi amaçlayan her türlü birlik davranışlarını dahil etmek mümkündür⁴⁶.

Bu noktada doktrindeki görüş ayrılığını belirtmek gerekmektedir. RKHK, teşebbüs birliklerini tanımlarken tüzel kişiliği olan veya olmayan ayrımı gözetmemiştir. Doktrinde Topçuoğlu⁴⁷, tüzel kişiliğe sahip olmayan teşebbüs birliklerinin karar almasının mümkün olmadığı ve şayet bir karar alınmışsa, bunun yoklukla malul olduğu görüşündedir. Aslan⁴⁸ ise, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliklerinin almış oldukları kararların da rekabet hukuku kapsamında olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre, tüzel kişilikten yoksun birliklerin dava ve icra edilmeleri mümkün olmamakla beraber, bu halde birliği oluşturan işletmelerin sorumluluğu gündeme geleceğinden, mevcut durum söz konusu birlikleri rekabet hukuku kapsamı dışında değerlendirmek için yeterli sebep oluşturmamaktadır. Biz de, kararı alan birliğin tüzel kişiliğinin bulunup bulunmamasının RKHK açısından bir önem taşımadığını ve tüzel kişiliği

⁴⁵ Arı, s. 69.

⁴⁶ Arı, s. 70.

⁴⁷ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 186.

⁴⁸ Aslan, s. 187.

bulunmayan teşebbüs birliklerinin almış oldukları kararların rekabet düzenlemeleri kapsamına gireceği görüşüne katılmaktayız.

Rekabet Kurulu, BİAK⁴⁹ kararında karar kavramını, medeni hukukta karşılık gelen anlamı ile örtüşecek şekilde; “Karar, çok taraflı bir hukuki muameledir ve birden fazla kimsenin içinde bulundukları hukuki ilişkinin kendilerine tanıdığı oy hakkını kullanarak anlaşmaya varmalarıdır” olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte Kurul, birlik kararları için hukuki açıdan geçerli olma şartı aramamaktadır. Mühim olan birlik kararlarının da, kararı sözleşmeden ayıran özellikleri taşımasıdır. Tüzel kişiliğinin olup olmaması önem arz etmeksizin, kararlarda birliğin üyelerine oy hakkı veren bir ilişki mevcuttur. BİAK kararında soruşturulan birliğin tüzel kişiliğinin olmaması, teşebbüs birliği olarak nitelendirilmesine engel olmamıştır.

AB rekabet hukukunda da aynı esas geçerli olup, Compagnie Maritime Belge Transports⁵⁰ kararında, tüzel kişiliğe sahip olmamanın teşebbüs birliği olarak nitelendirilmeyi engellemeyeceği açıkça belirtilmiştir⁵¹.

2. Kararların Bağlayıcılığı ve Birlik Tavsiyeleri

Teşebbüs birliği kararlarının en önemli niteliklerinden biri bağlayıcı olmalarıdır. Kararın bağlayıcı özelliğe sahip olması, oy kullanmayanlar veya muhalif oy kullananları da kapsar şekilde, bütün üyeler için ortak ve tek olması anlamına gelecektir. Böylelikle birlik olmanın getirdiği güç, rekabeti sınırlama amacı taşıyabilecek veya bu etkiyi doğurabilecektir. Bununla birlikte, birlik kararının hukukten bağlayıcı olması şartı bulunmamaktadır. Birlik üyeleri üzerinde fiilen bağlayıcı etkisinin olması yeterlidir. Bu halde ise, karara uymamanın

⁴⁹ BİAK, 04.03.1999 tarih ve 99-13/99-40 sayılı karar.

⁵⁰ Cases C-395, 396/96P , Compaigne Maritime Belge Transports and others v. Comission, ECR 2000, I-1365.

⁵¹ *İkizler*, s. 233.

yaptırımı hukuki olmayacak; hukuk dışı birtakım yaptırımlar gündeme gelecektir. İktisadi, sosyal, ahlaki yaptırımlar, birlik üyelerini hukuken bağlayıcı olmayan kararlara uymaya zorlayacaktır. Bu çerçevede teşebbüs birliği kararlarını, teşebbüs birliklerinin üyelerini hukuken veya fiilen bağlayan kararları olarak da tanımlayabiliriz⁵².

Teşebbüs birliklerinin yetkili organlarının, yasa ve tüzükleri doğrultusunda almış oldukları bağlayıcı kararların, RKHK m. 4'ü ihlal ettiğine ilişkin görüş birliği mevcuttur⁵³.

Teşebbüs birliklerinin almış oldukları kararların tümü bağlayıcı niteliğe sahip değildir. Üyelerin uyup uymamak noktasında serbest olduğu bağlayıcı olmayan birlik kararlarına örnek olarak, üyeleri belirli politikaları izlemeye özendiren, bu tür politikaları üyelere tavsiye eden veya tam aksine bunların izlenmesi için uyarılarda bulunan kararlar verilebilir. Genellikle de bağlayıcı kararların karşısında ve onun zıt anlamını ifade etmek üzere tavsiye kararlarından bahsedilmektedir⁵⁴.

Bağlayıcı niteliği olmayan kararlar arasında bilhassa birlik tavsiyelerinin birlik kararı olarak kabul edilip edilmeyeceği ve birlik kararı olarak kabul edildiği takdirde rekabete aykırı nitelikte değerlendirilerek, teşebbüs birliğinin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bu konu uyumlu eylemler ile ilişki olduğundan çalışmamız dahilinde önem taşımaktadır. Zira birlik tavsiyelerinin birlik kararı olduğu kabul edilirse, rekabete aykırılık nedeniyle teşebbüs birliği de sorumlu olacaktır. Aksi halde söz konusu tavsiyelerin anlaşma veya uyumlu eylem olarak değerlendirilmesi mümkün olacak; rekabete aykırılıktan dolayı teşebbüsler sorumlu olacaktır.

⁵² İkizler, s. 234.

⁵³ Özsunay, E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 63; Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 186; Topçuoğlu, Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, s. 152 vd.

⁵⁴ İkizler, s. 234.

Komisyon Fire Insurance kararında⁵⁵, birlik ürünü olmayı kararın varlığı için yeterli görmüştür. Bu karar gereğince, tavsiye niteliğinde olan kararlar da teşebbüs birliği kararları kapsamındadır. Komisyon’a göre, birlik düzenlemeleri gereğince tavsiye kararının yetkili organ tarafından alınmış olması ve kararın birliğin resmi politikası olarak birlik üyelerine yöneticiler tarafından gerektiği gibi bildirilmiş olması şartları gerçekleşmişse, birlik tarafından kararın tavsiye şeklinde nitelendirilmesi önem taşımayacak; bir teşebbüs birliği kararından bahsedilecektir. Görüldüğü üzere, usulüne uygun şekilde alınmış ve üyelere bildirilmiş her birlik kararı, tavsiye kararı şeklinde nitelendirilmiş olsa bile teşebbüs birliği kararı olabilecektir⁵⁶.

ABAD’ın IAZ International Belgium N. V.⁵⁷ kararına konu olan olayda, Belçika Şehir Şebeke Suyu İşletmecileri Birliği, Belçika Bulaşık Makinesi İmalatçılar Birliği’nden uygunluk belgesi edinmemiş; bulaşık makinelerinin şehir suyuna bağlanmaması tavsiyesinde bulunmuştur. Adalet Divanı, Komisyon’un görüşüne uyarak, söz konusu tavsiyenin rekabeti kısıtlamaya yönelik olduğuna karar vermiştir⁵⁸

Fedetab⁵⁹ davasında, Belçika ve Lüksemburg sigara üreticileri birliği tarafından üyelerine verilen tavsiyelerin, teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilmesine ilişkin sorun ortaya çıkmıştır. Adalet Divanı davalı birliğin, tavsiyelerin hukuken bağlayıcı olmadığı ve bu nedenle karar olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı iddiasını, üyelerin tavsiyelere uyma sadakatinin bulunduğunu belirterek reddetmiştir⁶⁰.

⁵⁵ Fire Insurance, OJ 1985 L 35/20.

⁵⁶ *İkizler*, s. 234.

⁵⁷ Case 96/82, IAZ International Belgium v. Commission, ECR 1984, 3 CMLR 276.

⁵⁸ *Akıncı*, A: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 5, Ankara 2001, s. 183.

⁵⁹ Cases 209-215/78, 218/78, von Landewyck Sarl et al. v. Commission, ECR 1981, 3 CMLR 134, ECR 1980, 3250.

⁶⁰ *Akıncı*, s. 183.

Kararlar değerlendirilirken amaç ve etki bakımından farklı neticelere varılması gerektiğini savunan Topçuoğlu'na⁶¹ göre, kararlar tavsiye niteliğinde dahi olsa, rekabete aykırı bir etki ortaya çıktığı takdirde, söz konusu karar RKHK m. 4 kapsamına girecektir. Yazarın savunduğu görüşe göre, tavsiye veya teklif niteliğindeki kararlar uygulanmadığı müddetçe yasaklanmamalıdır. Bir kararın tavsiye niteliğinde olması ve bu doğrultuda bağlayıcı olmaması, karar olarak değerlendirilmesini engellemektedir. Her iki karar türünü aynı kalıp içerisine sokmak kavramların taşıdıkları anlamları kaybetmesine sebep olabilir. Bu tür kararların RKHK anlamında geçersiz oldukları da ileri sürülemez. Birlik tavsiyelerine uyulması halinde, bu karara uygun hareket eden teşebbüsler arasında uyumlu eylemin varlığını kabul etmek gerekecektir. Somut olay açısından bakıldığında, mecburi ya da adetten sayılan, bununla birlikte tavsiye şeklinde üçüncü kişilere sunulan kararların mevcut olması durumunda, kanuna karşı hile halinden bahsedilmesi mümkün olabilecektir. Tavsiye niteliğine sahip kararların, yasal açıdan olmasa bile, ahlaki ve sosyal açılardan bağlayıcı olarak algılanabileceğine yönelik görüş ise abartılmaktadır. RKHK'nın uyumlu eylemlerin ispat yükü ile ilgili düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda, uyumlu eylemin ispatının güç olduğu yönündeki görüşe katılmanın imkanı yoktur.

Aslan⁶² ise, birlik tavsiyelerinin nitelendirilmesi hususunda önemli olanın, üyelerin bu kararlar kendilerini bağlı hissedip hissetmemeleri olduğunu; şayet böyle hissederek karara uyuyorlarsa, bunun bağlayıcı bir kararın mevcut olduğu anlamına geleceğini; bu netice için ise teşebbüslerin tümünün karara uymasının gerekmediğini; rekabetin sınırlanmasına yetecek kadarının uyması halinde bir birlik kararından söz edilebileceği görüşündedir. Topçuoğlu'nun belirtilen görüşlerine yönelik olarak ise birtakım eleştirilerde bulunmuştur. Yazara göre,

⁶¹ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 188 vd.

⁶² Aslan, s. 179 vd.

Topçuoğlu'nun görüşünün kabulü mümkün değildir. Kanun açık bir şekilde işletme birliği kararından söz etmektedir. Bunlar arasında bağlayıcı kararlar ve tavsiye kararları ayrımı yapmamaktadır. Kanun açısından hukuki nitelikten ziyade fiili nitelik önem taşımaktadır. Eğer birliğin söz konusu kararı yüzünden rekabet kısıtlanıyor ise, bahsi geçen kararın tavsiye veya bağlayıcı karar adı altında alınmış olması önem arz etmemektedir. Karar ister tavsiye, ister bağlayıcı karar olsun; rekabeti sınırlayıcı etkiler gösteriyorsa, bu bir işletme birliği kararı olacak ve yasaklanacaktır. Tavsiye kararları sebebiyle sadece kısıtlayıcı uygulamaya dahil olanların uyumlu eylemlerden mesul tutulmasına imkan yoktur. Zira, bu kısıtlamanın nedeni işletme birliği kararıdır. Ayrıca uyumlu eylem, ispat yükü bakımından işletmelere külfet getirirken, Kurul'u kısmen de olsa ispat yükünden kurtarmaktadır. Bu şekilde ispat yüküne dair genel kurala istisna getiren hükmün dar yorumlanması gerekmektedir.

Topçuoğlu ve Aslan'ın ileri sürdüğü görüşlerdeki temel fark, birlik tavsiyelerine uyulması halinde Topçuoğlu'nun bu tavsiyeleri uyumlu eylem⁶³, Aslan'ın ise teşebbüs birliği kararı⁶⁴ olarak nitelendirmesidir.

Akıncı⁶⁵, bağlayıcılığın karar ve tavsiye arasındaki fark açısından önem arz etmediğini; birlik kararlarına uyulmaması halinde de en önemli yaptırımın, tavsiyelerde de olduğu üzere, birlikten dışlanmak olduğu görüşünü savunmaktadır. Ayrıca yazara göre, rekabet politikası bakımından tavsiyelerin birlik kararı olarak nitelendirilmesi, uyumlu eylemler olarak nitelendirilmesi ile kıyaslandığında, nispeten daha tercih edilesidir. Zira, kararın rekabetin kısıtlanmasına sebebiyet vermesi ABİDA m. 101'in uygulanması için yeterli olacaktır. Uyumlu eylemlerde ise, piyasa şartlarının da göz önünde bulundurulması ve rekabetin fiilen kısıtlanmış

⁶³ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 190.

⁶⁴ Aslan, s. 179.

⁶⁵ Akıncı, s. 182 vd.

olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu yüzden, uyumlu eylemlerin tespiti ve ispatı sözleşme ve kararlara göre daha zor olacaktır.

Gleiss/Hirsch⁶⁶, tavsiye ve diğer bağlayıcı olmayan kararların, birlik kararı olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını; fakat bunların rekabet hukuku kapsamında olduğunu ve birlik üyelerinin tavsiyelere uygun davranması durumunda, uyumlu eylemin meydana geleceğini savunmaktadır.

İkizler⁶⁷, birlik tavsiyelerinin hukuki niteliğini belirleme noktasında, birlik kararı olma ve bağlayıcılık görüşleri olmak üzere iki temel görüşün ön plana çıktığını ifade etmektedir. Birlik kararı olma görüşüne göre, hangi adla adlandırıldığı önem arz etmeksizin, birlik iradesinin ürünü olan bir karar birlik kararı niteliğine sahiptir. Bağlayıcılık görüşüne göre, birlik iradesinin ürünü olsa bile, bir hususa ilişkin bağlayıcı bir irade ortaya koymayan açıklamalar birlik kararı olarak nitelendirilemeyecektir. Teşebbüs birliklerinin kararları birliklerin hukuken veya fiilen bağlayan kararları olarak tanımlanmıştır. İkizler'in görüşüne göre tavsiyeler, uyulup uyulmamasının tavsiye muhatabının özgür iradesine bırakıldığı bir açıklama olup, bu açıdan hukuken veya fiilen bağlayıcı olma unsurundan yoksun olması sebebiyle bunların birlik kararı olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Teşebbüs birliklerinin almış olduğu tüm kararların, tavsiye niteliğinde olanlar dahil, hukuk dışı bir yaptırım veya baskı unsurunu içinde barındırdığını kabul etmek sakıncalıdır. Çünkü bu halde, gerçekten tavsiye kararı almak isteyen birliklerin önü kesilecektir. Oysa teşebbüs birlikleri bağlayıcı olmayan kararlar alma özgürlüğüne sahiptir. Bu yüzden, birlik tavsiyelerine uyulması hususunda bir baskının mevcut olduğunu her daim söylemek mümkün olmayacaktır. Yazarın görüşüne göre, teşebbüs birliklerini tavsiye kararları almaya yönlendiren birçok sebep olabilir. Birlikler bu sebepler

⁶⁶ Gleiss, A./Hirsch B. H.: Common Market Cartel Law, Third Edition, USA 1978, s. 51.

⁶⁷ İkizler, s. 240.

doğrultusunda bağlayıcı niteliğe sahip kararlar almak yerine tavsiye kararlar almayı tercih ederler. Örnek olarak, talep edilenlerin bazı üyeler için yerine getirilmesi zor olabilir. Yalnızca belirli bir güce sahip olan üyelere hitap edecek şekilde tavsiye kararları alınabilir. Üzerinde ciddi şekilde tartışılan bir hususta, bağlayıcı nitelikte bir karar almak yerine bir tavsiye kararı almak tercih edilebilir. Bu şekilde tartışmanın büyümesinin ve hatta karara muhalif olan bazı üyelerin birlikten ayrılmasının önüne geçilmiş olur. Bu durumların haricinde, birlik prensip itibarıyla bağlayıcı kararlar almak yerine tavsiye kararlar almayı da tercih ediyor olabilir. Bu açıdan bu tür kararları birlik kararı olarak görmek doğru değildir. Bununla birlikte söz konusu kararlar, uyumlu eylemler açısından tavsiye olarak kıymetlidir. Zira tavsiyeler vasıtasıyla bağlantının sağlanması mümkündür. Bu durumda ise kural olarak, tavsiyeler pazarda paralel davranışlara neden olmadıkça rekabetin sınırlanmasından bahsedilemeyecektir. Yazara göre bir kararın tavsiye niteliğinde olup olmadığı tespit edilirken, kararda geçen ifadeler değil, birliğin gerçek niyetine bakmak gerekir. Kasti olarak veya hataen tavsiye olarak nitelenen bir karar, aslında üyeleri bağlayıcı ise artık tavsiye kararı olmayacaktır. Ya da birlik kayıtlarına bağlayıcı olarak geçmiş bulunan bir karar, gerçekte bu özellikten yoksun ise, teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilemeyecektir.

Kanaatimizce İkizler'in ifade ettiği görüş isabetlidir. Zira teşebbüs birliklerinin bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiye kararlar alabilmesinin önü, teşebbüs birliğinin almış olduğu tüm kararların baskı unsuruna sahip ve yaptırıma tabi olduğunun kabulü suretiyle kesilmemelidir. Teşebbüs birlikleri bağlayıcı kararlar alabilme özgürlüğüne sahip olduğu kadar, bağlayıcı niteliği mevcut olmayan tavsiye kararlar alabilme özgürlüğüne de sahip olabilmelidir. Kararın tavsiye karar mı yoksa bağlayıcı karar mı olduğunun tespitinde ise, kararın ne olarak nitelendirildiği ve bünyesinde hangi ifadeler yer verildiğinden değil, birliğin bu kararı almak noktasındaki gerçek iradesinin ne olduğundan yola çıkılması gereklidir. Tavsiye karar niteliği

olması halinde ise, bu kararlar vasıtası ile uyumlu eylemlerdeki bağlantı unsuru sağlanıyor ve pazarda paralel davranışlar bu kararlar dolayısıyla ortaya çıkıyorsa, rekabetin sınırlandırılmasından bahsedilebilecektir.

II. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

A. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE UYUMLU EYLEMLER

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, birleşme ve devralmalar ile beraber hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle rekabetin sınırlanması da yasaklanmıştır. RKHK m. 6 ve ABİDA m. 102’de bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle rekabeti sınırlamalarının yasak olduğu ifade edilmiştir.

Hakim durumun kötüye kullanılması, hakim durum ve bu durumun kötüye kullanılması şeklinde iki temel unsurdan meydana gelmektedir. RKHK m. 3’te hakim durumun tanımı “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarları gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” şeklinde yapılmıştır. ABİDA çerçevesinde ise hakim durumun tanımı yapılmamış; ABAD içtihatları ile kavrama açıklık getirilmiştir.

ABAD, vermiş olduğu bazı kararlarında⁶⁸, hakim durumun tanımına ilişkin iki unsurdan bahsetmiştir. Buna göre bir teşebbüs;

- Söz konusu piyasada rekabeti önleyebilecek pazar gücüne sahip ise⁶⁹,

⁶⁸ Case 311/84, Telemarketing v. Comission, ECR 1985, 3261; Case 27/76, United Brands v. Comission, ECR 1978, 207.

⁶⁹ Case 78/70, Deutsche Grammophon v. Metro, ECR 1971, 487; Case 322/81 Nederlandse Banden-Industrie Michelin NV v. Comission ECR 1983, 3461; Case 102/77, Hoffmann-La Roche v. Comission, ECR 1979, 461.

- Kararlarını rakip teşebbüsleri, müşterilerini ve nihai tüketicileri göz önüne almaksızın bağımsız şekilde verebiliyorsa,

hakim durumda olduğunu söylemek mümkündür⁷⁰.

Gerek RKHK m. 6 gerekse ABİDA m. 102 kapsamında, bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumda olabileceği ifade edilmiştir. Düzenlemelerin açık lafzı gereğince, birden fazla teşebbüsün varlığı şart değildir. Salt bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması veya iki veya daha fazla teşebbüsün birlikte bulundukları hakim durumlarını kötüye kullanmaları suretiyle rekabeti kısıtlanması mümkündür.

Birden fazla teşebbüsün varlığını gerekli kılan RKHK m. 4 ve ABİDA m. 101 ile böyle bir şart öngörmeyen RKHK m. 6 ve ABİDA m. 102 arasında teşebbüslerin sayısı bakımından bir yakınlık söz konusu olmaktadır. Zira birden fazla teşebbüsün, birlikte hakim duruma gelerek, bu durumu kötüye kullanmaları için bir şekilde birbirleri ile bir temasa geçmeleri gerekmektedir⁷¹.

Doktrinde iki veya daha fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda bulunmasının farklı şekillerde meydana gelebileceği ileri sürülmektedir. Şöyle ki, birden fazla teşebbüsün hakim durumda olması, söz konusu teşebbüsler arasında gerçekleşen herhangi bir etkileşim neticesinde ortaya çıkabileceği gibi, piyasadaki payları dolayısıyla, yalnız başlarına piyasada en çok güce sahip teşebbüs olmamakla beraber, iki ya da daha fazla teşebbüsün piyasanın yapısı gereğince, piyasada eş zamanlı ve birbirinden bağımsız biçimde ayrı ayrı hakim durumda bulunmaları şeklinde de meydana gelebilir⁷².

⁷⁰ Tekinalp Ü./Tekinalp G.: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s. 445.

⁷¹ İkizler, s. 252.

⁷² Aşçıoğlu Öz, G.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 4, Ankara 2000, s. 154 vd.

AB rekabet hukuku çerçevesinde Komisyon ve mahkemelerin genel itibariyle kanaati, somut olayda ABİDA m. 101 ve 102'nin birlikte bulunabilmesinin mümkün olduğuna yöneliktir. Bunun için ise, her iki maddenin aradığı şartların ayrı ayrı karşılanması icap etmektedir. ABİDA m. 101 çerçevesinde bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın mevcut olması, her zaman teşebbüslerin m. 102 anlamında birlikte hakim durumda oldukları anlamına gelmeyecektir. Diğer yandan, RKHK m. 4 ve ABİDA m. 101 anlamında bir uyumlu eylem vasıtasıyla da teşebbüslerin birlikte hakim duruma gelmesi ve bu durumu kötüye kullanmak suretiyle rekabeti bozması mümkündür⁷³.

AB rekabet hukukunda Komisyon ve mahkemeler, iki veya daha fazla teşebbüsün piyasada hakim durum içerisinde bulunmaları bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem neticesinde ortaya çıkmışsa, ispat kolaylığı açısından ABİDA m. 101'i uygulama eğilimindedir. Uyumlu eylemin mevzu bahis olduğu durumlarda ispat ile mükellef olan Komisyon, teşebbüsler arasındaki söz konusu etkileşimin uyumlu eylem niteliğinin bulunmadığı veya uyumlu eylemin varlığını ispatlamayamadığı durumlarda, teşebbüslerin piyasadaki güçlerini birleştirerek birlikte hakim durum yarattıkları ve bu vaziyeti kötüye kullandıklarını ileri sürerek, ABİDA m. 101 çerçevesinde değerlendirilebilecek bir davranışa, m.102'yi uygulayabilmektedir⁷⁴.

Birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durum içerisinde olabileceği diğer hal ise, bir piyasada tek başına en güçlü duruma sahip olmayan iki veya daha fazla teşebbüs arasında, danışıklı ilişkiler gibi bir durum söz konusu olmadan, paralel davranışların gündeme geldiği hallerdir. Bu hali olasılık olarak nitelendiren görüş gereğince, bahsi geçen durumlarda her bir teşebbüsün eş zamanlı ve ayrı ayrı hakim durumda olduklarının kabulü, Komisyon'un hem

⁷³ İkizler, s. 252 vd.

⁷⁴ Aşçıoğlu Öz, s.122.

uyumlu eylemi ispatlamak mesuliyetinin yaratmış olduğu zorluğun bertaraf edilmesi, hem de oligopol pazarları kontrol altında tutabilme amacını taşımaktadır⁷⁵.

Belirtmek gerekir ki, RKHK m. 6 kapsamında geçen “teşebbüslerin başkalarıyla yapacağı anlaşma ve birlikte davranışlar ile hakim durumunu kötüye kullanması” ifadesi, RKHK m. 4 çerçevesinde düzenlenmiş olan anlaşma ve uyumlu eylemlerden farklılık arz etmektedir. RKHK m. 4 kapsamına girmeyen, hukukun geçerli olan veya olmayan bir anlaşma vasıtasıyla da hakim durumun kötüye kullanılması durumu gündeme gelebilecektir. Bu belirtilen hususlar, muafiyet almış anlaşmalar için de geçerlidir. Yine birlikte davranışlar da uyumlu eylemler ve kararları içerisine alabilecek genişliktedir. Hatta halin icabı gereği söz konusu olan, RKHK m. 4 ve ABİDA m. 101 kapsamında yer almayan oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan birtakım paralel davranışlara da RKHK m. 6 ve ABİDA m. 102’nin uygulanması düşünülebilecektir⁷⁶.

Teşebbüslerin davranışlarının hem RKHK m. 6’yı hem de m. 4’ü ihlal etmiş olması durumunda, söz konusu iki maddeden ayrı ayrı para cezalarına hükmedilmeyecektir. Doktrinde İkizler, Kurul’un söz konusu durumlarda hem 4. hem 6. maddenin ihlaline karar vermesinin isabetli olacağı görüşündedir. Böylelikle RKHK’nın ihlalinin özel hukuk alanında doğurduğu sonuçlar bakımından söz konusu iki maddenin kullanılabilmesi kolaylaşacaktır⁷⁷. Kanaatimizce bu görüş isabetlidir. Davacılar taleplerini böylelikle hem m.6’ya hem m. 4’e dayandırabilir; bu şekilde taleplerini daha güçlü ileri sürebilir ve her iki maddenin de ihlaline bağlanan sonuçlardan yararlanabilirler.

⁷⁵ Aşçıoğlu Öz, s.124.

⁷⁶ İkizler, s.253.

⁷⁷ İkizler, s. 254.

B. BİRLEŞME VE DEVRALMALAR İLE UYUMLU EYLEMLER

Birleşme ve devralmalara⁷⁸ yönelik düzenlemeler, bu tip işlemler vasıtasıyla teşebbüslerin belli merkezlerde toplanması suretiyle merkezileşmesinin/yoğunlaşmasının denetiminin sağlanmasına yöneliktir. Bu şekilde teşebbüslerin merkezileşmesinin rekabet üzerinde meydana getireceği olumsuz neticelerin engellenmesine çalışılır⁷⁹.

Birleşme ve devralmalar ABİDA'da düzenlenmemiştir. 1989 tarih ve 4064/89 sayılı “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü⁸⁰” çerçevesinde konu ilk defa düzenlenmiştir.

Söz konusu Tüzükten evvel AB doktrin ve uygulaması, teşebbüsler arasındaki yoğunlaşmaların denetiminin nasıl sağlanacağı hususu ile oldukça meşgul olmuştur. Bu konuda öncelikle düşünülen ise, ABİDA m. 101 ve 102'nin yoğunlaşmaların denetiminin sağlanması adına kullanılmasının mümkün olup olmayacağı hususu olmuştur. ABAD, Continental Can⁸¹ kararında m. 102, BAT&Reynolds⁸² kararında da ABİDA m. 101 için bu imkanı sunmuş bulunmaktadır⁸³.

Bahsi geçen Continental Can kararına konu olan olayda, bir Amerikan firması olan Continental Can, Almanya'daki metal ambalaj sektöründe faaliyette bulunan SLW firmasının hisselerinin %85'ini satın almıştır. Bir sene sonrasında Continental Can, Belçika'da Europemballage Corporation adında bir şirket kurmuş; kısa bir müddet sonra bu şirket vasıtasıyla aynı sektörde bulunan TDV isimli bir Hollanda firmasının %11'ini satın almıştır.

⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, A.: Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000, s. 101-124.

⁷⁹ İkizler, s. 254.

⁸⁰ Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ 1990 L57/14.

⁸¹ Case 6/72, Europemballage Continental Can v. Commission, ECR 1973, 215.

⁸² Cases 142, 156/84, BAT and Reynolds v. Commission, ECR 1987, 4487.

⁸³ İkizler, s. 255.

Komisyon, olaya ilişkin gerçekleştirdiği inceleme neticesinde, piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan düzenleme (ABİDA m. 102) gereğince, Continental Can'ın Europemballage vasıtasıyla TDV'yi satın almasına yönelik olarak, daha evvel SLW firmasını almak ile oluşturduğu hakim durumunu kötüye kullanmak şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Böylelikle Komisyon hakim durumun, devralma yolu ile daha da güçlü hale gelmesini m. 102 anlamında kötüye kullanma şeklinde değerlendirmiştir. Komisyon'un söz konusu kararı ABAD'ın önüne gelmiş; Divan Continental Can firmasının hakim konumda bulunduğuna işaret eden yeterli ve güvenilir dayanakların mevcut olmadığı gerekçesiyle Komisyon'un kararını iptal etmiş ve fakat m. 102'nin birleşmelere de uygulanabileceğini ilke olarak kabul etmiştir⁸⁴.

Philip Moris⁸⁵ davasında Divan, rakip teşebbüsün kısmen devralınması hususunda rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara dair hükmü ilk kez nazarına alarak, m. 101'i yoğunlaşma işlemlerine uygulamıştır.

Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü ile birlikte belirtilen iki maddenin yoğunlaşmalara uygulanması fikrinin ortaya konulması fırsatı yakalanmış; Tüzüğün önsözünde de bu husus açıkça zikredilmiştir. Aynı görüş 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren yeni Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü'nde de⁸⁶ sürdürülmüştür⁸⁷.

Türk rekabet hukukuna bakıldığında, birleşme ve devralmalar RKHK m. 7'de düzenlenmiştir. AB rekabet hukuku bakımından belirtilen ABİDA m. 101 ve 102'ye ve Tüzük

⁸⁴ Karakeçili, F.: AT'da Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi, İKV, İstanbul 1997, s. 5.

⁸⁵ Case 730/79, Philip Moris Holland BV. v. Commission, ECR 1980, 2671.

⁸⁶ Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (EC Merger Regulation), OJ L 24/1, 29.01.2004.

⁸⁷ İkizler, s. 255 vd.

çerçevesinde getirilen hükümlere aykırılık teşkil eden hallerin mevcut olabileceğine ilişkin görüşün, Türk rekabet hukuku açısından da kabulüne dair bir engel bulunmamaktadır. Maddenin lafzında “bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak” ifadesine yer verilmesi, teşebbüslerin birleşme ve devralmaya yönelik söz konusu faaliyetlerinin sadece hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilebileceğine yönelik bir mana çıkarılmasına yol açmaya müsaittir. Kanaatimizce teşebbüslerin faaliyetlerini birleşme ve devralma olarak nitelendirilmesinin yanı sıra, sadece hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde değil, hal ve şarta göre uyumlu eylem veya anlaşma olarak da nitelendirilebilmesi imkanı tanınmalı ve hüküm geniş yorumlanmalıdır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. UYUMLU EYLEMLERİN İSPATI

A. GENEL OLARAK

Bir maddi hukuk kuralının hukuki sonuçları doğurması, bu hukuk kuralının esaslı unsurlarının somut olayda gerçekleşmesine bağlıdır ki, usul hukukunda bu unsurların varlığını gösteren olaylar “koşul vakıalar” olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla bir hukuk kuralının bir olaya uygulanması için varlığı aranan tüm şartları gerçekleştiği takdirde, söz konusu hukuk kuralının öngördüğü hukuki sonuçlar doğacaktır. Bir davada ilgili maddi hukuk kuralının uygulanması ve buna bağlı olarak hukuki neticelerinin gerçekleşmesini isteyen kişi, öncelikle bu hukuk kuralının esaslı unsurlarının somut olayda gerçekleştiğine hakimi inandırmalıdır. İşte teknik manada ispat, taraflarca iddia edilen talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut şekilde, iddia edildiği gibi gerçekleştiği hususunda hakimde kanaat uyandırmak üzere gerçekleştirilen ikna faaliyetidir¹.

İspat çeşitli ayrımlara tabi tutulmakla beraber, ölçüt açısından değerlendirildiğinde tam ispat ve yaklaşık ispat olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir ikna faaliyeti olan ispatın amacı, hakimde iddia doğrultusunda karar vermesine yönelik yeterince kanaat uyandırabilmektir. Uyuşmazlığın kesin olarak çözülmesinde koşul vakıanın gerçekleştiğine dair hakimin tam kanaate ulaşması

¹ İkizler, M.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara 2005, s. 280 vd.

gerekli ise tam ispattan söz edilir. Hakimin iddianın doğruluğuna ilişkin olarak ağır basan kanaatinin yeterli olduğu hallerde yaklaşık ispat söz konusudur.

İspata ilişkin bir diğer ayrım doğrudan ve dolaylı ispat şeklindedir. Doğrudan ispat, doğrudan doğruya koşul vakıalara yönelen bir ispat faaliyeti olup, ileri sürülen vakıayı doğrudan yansıtan ve kendisinden vakıanın meydana gelişi hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek deliller vasıtasıyla ispata çalışmaktır. Dolaylı ispat ise, emare teşkil eden diğer komşu vakıaların varlığına dayanarak, çekişmeli vakıa hakkında hakim tarafından delillerin değerlendirilmesi ve bir sonuca varılması yoluyla ispatı ifade eder².

İspat, ispat araçları kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Usul hukukunda ispat araçları ile deliller kastedilmektedir. Deliller, kesin ve takdiri olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin delilin mevcut olması halinde, iddianın ispatlanmış olduğuna yönelik olarak hakimde yeterli kanaatin oluştuğu kabul edilmektedir. Takdiri delil söz konusu olduğunda ise, hakimin serbest değerlendirmesi neticesinde bu kanaate ulaşması gereklidir³.

İspat ile ilgili bir diğer önemli kavram ise ispat yüküdür. İspat yükü, belli somut bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılamaması, yani belirsizlik halinde hakimin aleyhte bir kararı ile karşılaşılması tehlikesidir⁴. Belirsizlik veya ispatsızlık halinde riski kimin taşıyacağı ile ilgilenen ispat yüküne ilişkin kurallar, mevcut belirsizlik halinin giderilmesini ve karar vermekle yükümlü olan hakimin kimin lehine karar vereceğini düzenlemektedir.

² Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkes, M.: Medeni Usul Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 458.

³ İkizler, s. 283.

⁴ Umar, B./Yılmaz, E.: İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 49.

B. UYUMLU EYLEMLERDE İSPATIN ÖZELLİKLERİ

Bir vakıanın doğruluğuna hakimi inandırmak anlamına gelen ispat ve ispat ile ilgili diğer kavramlar, bu anlamları ile yalnızca yargılamalarda söz konusu olmaktadır. Oysa gerek Türk rekabet hukukunda Rekabet Kurulu, gerekse AB rekabet hukukunda Komisyon mahkeme değildir. Ancak bakıldığında, yürütülen karar süreci ispata ilişkin kavramlar kullanılarak açıklanmaktadır. Bu hususa ilişkin temelde iki neden olduğunu söylemek mümkündür⁵:

İlki, burada hakime yönelik bir ikna faaliyeti bulunmadığı için, söz konusu kavramların teknik anlamı ile değil, günlük dildeki anlamı ile kullanıldığı ve karar sürecinin ispata ilişkin ifadeler kullanılarak açıklanmasının kolaylaştırıldığıdır. Bu doğrultuda ispatı, Kurul veya Komisyon'un kanaat getirme faaliyeti; ispat ölçüsünü ise Kurul ya da Komisyon'un ihlalin varlığı için ulaşması gereken kanaat derecesi olarak anlamak gerekmektedir.

Bu nedeni dayanak olarak alan Budak'a göre⁶, rekabet hukuku soruşturmaları yargı benzeri bir niteliğe sahiptir⁷ ve yargı benzeri bir faaliyet kapsamında dahi olsa da ispat terimini bir vakıanın doğru olduğuna idarenin inandırılması için kullanmak yanlıştır. Trafik polisi bir sürücünün trafik kurallarını ihlal ettiği düşüncesi ile trafik cezası verirken veya belediye imar müdürlüğü bir yapının imar mevzuatına aykırı inşa edilmekte olduğu sonucuna vararak inşaatın durdurulmasına karar verirken, belli maddi vakıaların (sürücünün hangi süratle seyrettiği, inşaatın arazinin neresinde bulunduğu) gerçeğe uygun olup olmadığını tespit etmektedir. Bu vakıa tespitini yaparken ilgililere söz hakkı da tanıyabilmektedir ve fakat bu tür tespitler, iddia ve savunma arasındaki uyumsuzluğu çözümlemeye yönelik yargılama süreci içinde bağımsız

⁵ İkizler, s. 285.

⁶ Budak, A. C.: Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I (4 Nisan 2003 Kayseri), Ankara 2003, s. 52 vd.

⁷ Rekabet Kurulu'nun faaliyetlerinin yargı benzeri faaliyetlerden sayıldığına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Erol, K.: Rekabet Kurumu ve Uygulamaları, Rekabet Kurumu Türkiye Birinci Uluslar arası Rekabet Sempozyumu, Ankara 1998, s. 147-150.

mahkemeler tarafından yapılan vakia tespitlerinden farklı niteliktedir. Budak bu görüşü çerçevesinde, rekabet hukuku ihlallerinin tespitine ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararlarında sık sık ispat ve delil terimlerine yer vermesinin ifade kolaylığı sağlanması açısından mazur görülebileceği, ifadenin tam ve teknik manası ile ispat ve kanıt olmadığının unutulmaması gerektiğini ifade etmiştir. İspat ve deliller konularına dair usul hukuku alanında hakim olan kural ve ilkelerin, idari işlemlerde ve yargı benzeri faaliyetlerde ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtmiştir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁸, Budak'ın görüşü teknik açıdan isabetlidir. Bununla birlikte yargılama hukuku kapsamında kullanılmakta olan ispat teriminin, rekabet hukuku kapsamında artık değişim geçirmiş olduğunu dikkate almak suretiyle, Budak'ın “tespit” şeklinde ifade ettiği faaliyeti de kapsamı dahiline aldığı kabulü söz konusu görüş gereğince daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Çünkü rekabet hukuku soruşturmalarında bir taraf olarak nitelendirilmeyen rekabet otoritesinin rekabet hukuku soruşturmalarındaki faaliyetinin, soruşturma konusu rekabet ihlalinin varlığını ispat olduğunun kabulü, en azından rekabet hukuku uygulamasında benimsenmesi gerekli olan ispata ilişkin standartların ortaya koyulabilmesi açısından daha isabetli olacaktır.

İkinci olarak gösterilen dayanak ise, ilgililerin Kurul veya Komisyon kararına karşı mahkemeye başvurmalarıdır. Mahkeme nezdindeki yargılama faaliyetinde de rekabet otoriteleri taraf gibi algılanarak ihlalin varlığını ispat etmek mecburiyetindedirler. Bu bağlamda rekabet hukukunun ihlaline ilişkin ispat, ispat yükü ve ispat ölçüsünden söz edilirken, bunlar teknik anlamları ile kullanılmaktadır. Rekabet otoritelerinin ispat yükünden de söz etmek mümkün değildir. Zira gerek Komisyon gerekse Kurul'un, rekabet hukukundan doğan

⁸ *Gürkaynak, G./Yıldırım, K. K./ Özgökçen, M. H./Aydın, A. B.:* Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspat Odaklı Tartışmaları, Rekabet Dergisi C. 12 S. 4, Ankara 2011, s. 83.

görevlerini yürütürken taraf sıfatı bulunmamaktadır; yani Kurul görevini yerine getirirken tarafsız davranmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, burada da ispat yükünden bahsedilirken, mahkeme aşamasında hakimin önünde vakıaların kimin tarafından ispat edileceğinden hareket edilmektedir⁹.

İspata ilişkin kavramların kullanılmasının nedenlerinden olan bu ikinci halde, rekabet otoritesinin kararının iptal edilmemesi için mahkemenin arayacağı standartlardan hareket edilerek açıklamalar getirilmektedir¹⁰.

Belirtilen sebepler doğrultusunda, aşağıda ispata ilişkin olarak kullanılan ifadelerin bu yaklaşım çerçevesinde anlaşılması gerekmektedir.

1. Uyumlu Eylemlerde İspat Araçları

Uyumlu eylemlerin ispatı için her türlü delile başvurmak mümkündür. RKHK'nın 47. maddesinin son fıkrasında delillere ilişkin olarak tarafların HMK'nın ilgili kısmında öngörülen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabileceği ifade edilmiştir. Usul hukukunda kullanılan delillere atıf olmakla birlikte, bunların rekabet hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması icap eder¹¹.

Her ne kadar rekabet hukukunda ve dolayısıyla uyumlu eylemlerde ispat için başvuru deliller öncelikle usul hukukunda kullanılan deliller olacaksa da, rekabet hukukunda medeni usul hukukunda olduğu gibi kesin-takdiri delil ayrımı olduğu söylenemez. Yukarıda belirtilen

⁹ İkizler, s. 286.

¹⁰ İkizler, s. 286.

¹¹ Yılmaz, E.: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999, s. 102.

hükümde kanun koyucunun medeni usul hukukundaki delil sistemine değil, delil çeşitlerine atıf yaptığı şeklinde yorumlanması daha isabetlidir¹².

Hal böyle olmakla birlikte kullanılan delillerin ispat gücü eşiğinin üzerinde olup olmadığına yönelik olarak rekabet hukuku öğretisinde delillerin öncelikle doğrudan ispat kabiliyetini haiz olup olmadıkları ölçütü temel alınarak birincil delil ve ikincil delil olarak bir ayrıma gidilmekte ve her biri kendi içerisinde kaynakları ve oluşturulma metodlarına göre alt gruplara bölünerek değerlendirilmektedir¹³:

Birincil deliller, teşebbüsler veya teşebbüs adına hareket eden şahıslar arasında bir uzlaşmanın yapıldığını açık bir biçimde ortaya koyan delil türüne işaret etmektedir. Bu bağlamda belirtilen deliller, uzlaşmanın unsurlarını (konu, ilgili pazar, fiyat politikası, kazancın dağıtım usulü, denetim ve uygulama yöntemi gibi) kararlaştırmak üzere taraflar arasında iletişim kurulduğuna ve iletişimin içeriğine ilişkin bilgiler içermektedir. Birincil delillerin en yaygın çeşitleri, belirli bir ihlal faaliyetini gerçekleştirmek üzere tarafların ortak iradelerinin oluştuğunu gösteren belgeler (yazılı metinler, elektronik postalar, toplantı tutanakları vb.) ile ihlalin taraflarına ait olan ve uzlaşmanın nasıl kurulduğunu ve uygulandığını gösteren yazılı veya sözlü beyanlardır. Bahsi geçen yazılı belgeler ile taraf beyanları, uzlaşmayı somut ve açık şekilde ispat etmeleri sebebiyle delil hiyerarşisinin en üst seviyesinde yer almaktadırlar.

İspat gücü birincil deliller ile kıyaslandığında daha düşük seviyede olan ikincil deliller, iletişim delilleri ve ekonomik deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İletişim delilleri, teşebbüslerin toplantı, telefon vb. suretle anlaşmanın unsurları hakkında iletişim kurduğunu

¹² Yılmaz, s. 102 vd.

¹³ Can, B.: Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 123, Ankara 2012, s. 21.

gösteren ve fakat anlaşmanın esasına ilişkin bilgi içermeyen delilleri ifade etmektedir. Söz konusu delil türünün en sık rastlanan örnekleri; telefon görüşmesi kayıtları, teşebbüslerin ortak bir varış noktasına seyahat ettiklerini gösteren kayıtlar, belirli bir toplantı veya etkinliğe katılımı gösteren deliller, konaklama veya toplantı salonu kiralanmasına ilişkin faturalar ile rakiplerle ticari sır niteliğindeki hususların görüşüldüğüne ilişkin bilgi içeren ancak anlaşmanın sağlandığını tek başına ispatlayamayan toplantı notları ve iç yazışmalardır. İkincil delillerin diğer türü olan ekonomik deliller, teşebbüslerin ilgili pazarda rekabet etmediklerini gösteren davranışsal deliller ile pazar yapısının gizli bir anlaşmanın kurulmasına ve sürdürülmesine müsait olduğunu ortaya koyan yapısal deliller başlıkları altında sınıflandırılmaktadır. Uygulamada yaygın şekilde karşılaşılan davranışsal delil türlerine örnek olarak, yakın tarihli veya eş zamanlı fiyat artışları, farklı maliyet yapılarına rağmen fiyatların aynı veya yakın olması (fiyat paralelliği), ortak fiyat duyuruları, satış ve üretim politikalarının aynı veya benzer olması verilebilir. Diğer taraftan yapısal deliller ise, giriş engelleri, yoğunlaşma oranları, homojen ürün, pazardaki dikey bütünleşme oranının yüksekliği gibi verileri ifade etmektedir¹⁴.

Rekabet Kurulu'nun on iki bankanın uyumlu eylem ve/veya anlaşma içerisinde bulunduğuna ilişkin vermiş olduğu kararda da¹⁵, her türlü ispat aracının delil olarak kullanılmasının mümkün olduğu; bununla beraber bahsi geçen delillerin sahip olduğu ispat gücünün değerlendirmede önemli olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca delillerin ispat gücünün ölçülürken dikkate alınan temel kriterin delillerin kaynağı, oluşturulma koşulları, sağlam, güvenilir ve tutarlı olup olmadığı kıstaslarından hareket edildiği belirtilmiştir. Her

¹⁴ Can, s. 21.

¹⁵ 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar, s. 24.

delilin ispat gücü aynı olmamakla beraber, delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesi neticesinde ulaşılan sonucun önem taşımakta olduğu ifade edilmiştir¹⁶.

Uygulama ve kararlar doğrultusunda rekabet hukukunda uyumlu eylemler ispat edilirken, ekonomik deliller önemli katkı sağlamakla birlikte, esas olarak iletişim delillerine itibar edilmekte ve yüksek ispat gücü atfedilmektedir.

Kanun kapsamında da ispat araçlarına ilişkin birtakım düzenlemeler mevcuttur. RKHK yalnızca maddi kurallardan ibaret bir kanun olmayıp, bünyesinde Kurul'un faaliyetlerinde izlemesi gereken usule ilişkin düzenlemeleri de barındırmaktadır. Kanun, Kurul'a rekabet ihlallerinin araştırılmasına yönelik geniş yetkiler tanımaktadır.

RKHK m. 14'te; "Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir./Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurul'un belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Yerinde İnceleme başlıklı 15. maddeye göre ise; "Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,

¹⁶ Öcal Akipek, Ş./Kırkbeşoğlu, N./Tokbaş, H.: Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi, İstanbul 2016, s. 75.

b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,

c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir,

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır.Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.

İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür.Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakiminin kararı ile yerinde inceleme yapılır”.

AB rekabet hukukunda da benzer düzenleme mevcuttur. 17/62 Sayılı Tüzük¹⁷ (17 Sayılı Tüzük) çıkarılarak, teşebbüsler arası anlaşmaların bildirilmesi, soruşturma usulü, sözlü savunma toplantıları, menfi tespit, bireysel muafiyet ve para cezalarına ilişkin uygulama esasları düzenlenmiştir. Bununla birlikte düzenleme kapsamında soruşturma ve yaptırımların uygulanmasına dair süreler belirlenmediği için ortaya çıkan eksiklik, 2988/74 Sayılı Tüzük¹⁸ ile giderilmiştir. Sonrasında dikey anlaşmalarda gerçekleşen gelişmeler doğrultusunda bildirim rejiminde değişiklik¹⁹ yapılmıştır. Tüzüğün 10 ve 11. maddelerinde Komisyon’un incelemelerinde yararlanacağı bilgileri üye ülke yetkili makamları ve ilgili sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerden isteyebileceği, 14. maddesinde ise yerinde inceleme yetkisi düzenlenmiştir²⁰. Nihayet 1 Mayıs 2004 tarihinde 1/2003 Sayılı Tüzük yürürlüğe girmiştir²¹. Söz konusu Tüzüğün 18. maddesinde bilgi isteme konusu düzenlenmiştir. Buna göre

¹⁷ 21.02.1962, OJ L 013/204.

¹⁸ 26.11.1974 tarih ve 2988/74 (EEC) sayılı Konsey Tüzüğü, 29.11.1974, OJ L 148/5-6.

¹⁹ 10.06.1999 tarih ve 1216/1999 sayılı Konsey Tüzüğü, 15.06.1999, OJ L 148/5-6.

²⁰ Uyanık, P.: Rekabet Hukuku Açısından Delil, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara 2003, s. 36 vd.

²¹ Söz konusu Tüzük, antlaşmanın sadece m. 101 (m. 81) ve m. 102 (m. 82) maddelerine ilişkin usul kurallarını düzenlemektedir.

Komisyon, görevlerini yerine getirmek amacıyla, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden veya üye ülke yetkililerinden soruşturma için gerekli bilgileri isteyebilecektir. Komisyon bunu yaparken, basit bilgi isteme veya karar yoluyla bilgi isteme yöntemlerinden birine başvurabilecektir²².

1/2003 Sayılı Tüzük m. 20-21’de yerinde inceleme hususu düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince Komisyon, görevlerini yerine getirmek amacıyla, ilgili teşebbüs, teşebbüs birliği ve diğer yerlerde gerekli gördüğü incelemeleri yapmaya yetkili kılınmıştır. Söz konusu yetki, 17 Sayılı Tüzük m. 14 çerçevesinde de benzer şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, 1/2003 Sayılı Tüzük teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde gerçekleştirilecek yerinde incelemelerle (m. 20), diğer bina, arazi ve araçlarda gerçekleştirilecek yerinde incelemeleri birbirinden ayırmıştır²³.

RKHK m. 44 çerçevesinde delillerin toplanması ve tarafların bilgilendirilmesi başlığını taşıyan hükümde; “Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanunun 14. maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Belirlenen bu süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler” ifadesine yer verilmiştir.

Belirtildiği gibi RKHK m. 47’de de sözlü savunmada tarafların HMK’nın ilgili bölümünde düzenlenen her tür delil ve ispat aracından faydalanabileceği ifade edilmiştir.

²² Ersoy, Ç.: Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi S. 16, Ankara 2003, s. 29.

²³ Ersoy, s. 31.

Doktrindeki genel kanaat bu atfın sadece sözlü savunma için geçerli olduğu yönünde algılanmaması gerektiği şeklindedir.

Ayrıca rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen m. 59 kapsamında da, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların her türlü delil vasıtasıyla ispatlanabileceği öngörülmüştür. Görülmektedir ki Kurul, kural olarak her türlü bilgi ve delili ispat faaliyetinde kullanabilecektir²⁴.

AB rekabet hukukunda da her ne kadar konuya ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmasa da, ABAD kararları da göz önüne alındığında benzer şekilde delil serbestisi prensibinin geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Uyumlu eylemlerde söz konusu olan ispat güçlüğüne aşabilmek amacıyla karineler, emareler gibi her türlü delil ispat aracı olarak kullanılabilir.

ABD rekabet hukukunda konuya ilişkin olarak mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu açıdan hukuka aykırı nitelikte olmadığı sürece, kural olarak her türlü delilin kullanılması mümkündür²⁵. Ayrıca ilgili konulara ilişkin olarak, ABD rekabet hukukunda ceza hukuku standartlarının uygulanması sebebiyle, oldukça geniş ölçüde ve çok çeşitli ispat araçlarının kullanılması olanaklıdır.

AB, ABD ve Türk hukuku açısından genel prensip delil serbestisi olmakla birlikte, bu prensibin birtakım sınırları mevcuttur. AB rekabet hukukunda söz konusu prensibin sınırları insan hakları ile çizilmekte, AIHS’de belirtilen ilkelere aykırılık teşkil eden ispat araçlarının delil olarak kullanılması mümkün olamamaktadır. Bununla birlikte delillere ilişkin yasaklar, ilgili delillerden faydalanılmasını kesin olarak engellememektedir. Zira belirli durumlarda

²⁴ Yılmaz, s. 101.

²⁵ Can, s. 21.

bahsi geçen belgelerin delil olarak kullanılması mümkün olabilmektedir. Delil olarak kullanılamayacak belgeler dört başlıkta hukuka aykırı şekilde elde edilen belgeler, soruşturma kararının kapsamı dışında kalan belgeler²⁶, teşebbüsün savunma hakkını kullanamadığı belgeler, avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanan belgeler olarak gruplandırılabilir. ABD rekabet hukuku ve Türk rekabet hukukunda Rekabet Kurumu uygulamaları bakımından da yukarıdaki dört başlık altında sınıflandırılan delil yasaklarının geçerli olduğu söylenebilir²⁷.

Türk hukuku açısından delil serbestisine getirilen sınırlamalar detaylı olarak ele alınacak olursa, ilk grup olan ve evrensel bir yargılama ilkesi niteliğine sahip olup, Anayasa m. 38’de karşılığını bulan hukuka aykırı şekilde elde edilen bulguların delil olarak kabul edilememesi ilkesi sebebiyle, Kurul bunları kararlarına dayanak olarak gösteremeyecektir. İkinci olarak ön araştırma ya da soruşturma kararının kapsamı dışında kalan deliller, ABD ve AB hukuk sistemlerinde olduğu gibi kararlara dayanak teşkil edemeyecektir. RKHK kapsamındaki ön araştırma ve soruşturmalarda da görevli personelin delil elde etme yetkisi, Kurul’un işlem başlatılmasına ilişkin kararının kapsamı ile sınırlıdır. Bununla birlikte uygulamada belirli bir ihlal iddiasına yönelik yapılan yerinde incelemeler ve bilgi talepleri esnasında, başka bir rekabet ihlaline ilişkin delillere ulaşılması mümkündür. Bu durumda ise elde edilen deliller tesadüfi delil olarak kabul edilecek; yeni bir ön araştırma yahut soruşturma açılmasına dayanak olarak kullanılabilecektir²⁸. Ancak bu tür delillerin tek başına teşebbüsler aleyhine birincil delil olarak değerlendirilemeyeceği, ilave delillerle desteklenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Üçüncü grupta yer alan teşebbüsün savunma hakkını kullanamadığı belgeler dayanağını, RKHK’nın 44. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı

²⁶ 1/2003 sayılı Tüzük’ün 28. maddesine göre bir soruşturma sürecinde elde edilen deliller ancak ilgili soruşturma kapsamında hukuka uygun kabul edilmektedir.

²⁷ *Can*, s. 35 vd.

²⁸ Ancak bu tür delillerin tek başına teşebbüsler aleyhine birincil delil olarak değerlendirilemeyeceği, ilave delillerle desteklenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. *Yılmaz*, s. 101.

vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz” hükmünde bulunmaktadır. Bu çerçevede soruşturmaya taraf olan teşebbüslerin iddiaların türü ve niteliği hakkında bilgilendirilmeleri ve taraflara Kurul kararına dayanak teşkil eden delillerin bütününe yönelik savunma imkanının tanınması gerekmektedir. Dördüncü grup olan avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanan belgelere ilişkin RKHK’da hüküm bulunmamakla birlikte, Avukatlık Kanunu ve CMK’nın ilgili hükümleri mevcuttur. Ayrıca Kurul’un CNR 2²⁹ kararı da bu konuda yol gösterici niteliktedir. Zira bahsi geçen kararda Kurul, tamamı avukat ile müvekkil arasındaki yazışmalardan oluşan delillere dayanarak hüküm tesis etmiş ve soruşturmaya taraf olan teşebbüsün belirtilen belgelerin delil olarak kullanılamayacağı savunmasına cevaben, avukat-müvekkil yazışmalarının tahlilinde esas alınacak koşulları tespit etmiştir. Karara göre, yazışmaların bağımsız (teşebbüs bünyesinde bordrolu olarak çalışmayan) bir avukat ile yapılmış olması ve yazışmaların içeriğinin savunma hakkının kullanımına ilişkin olması şeklinde ifade edilen koşulların mevcut olması durumunda, elde edilen belgelerin delil olarak kullanılması mümkün olmayacaktır³⁰.

2. Uyumlu Eylemlerde İspat Ölçüsü

Usul hukuku doktrinindeki genel kanaate göre, bir hususun ispatında emarelerden faydalanılmasına imkan tanınıyorsa, bu meseleye ilişkin ispat ölçüsü de düşürülmüş olmaktadır. Yani doğrudan ispatın neredeyse imkansız derecede güç olduğu ve dolaylı ispat faaliyetinin mümkün kılındığı hallerde, ispat ölçüsü kanun koyucu tarafından düşürülmüş olmaktadır. Bunun aksini savunan görüşe göre³¹ emarelerde de hakimde tam kanaat

²⁹ CNR 2, 20.08.2014 tarih ve 14-29/596-262 sayılı karar.

³⁰ *Can*, s. 59 vd.

³¹ Bu konuya ilişkin görüşler ve tartışmalar için bkz. *Atalay*, O.: Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi S.70, Manisa 1999, s. 11 vd.

uyandırılması, dolayısıyla tam ispat ölçüsüne ulaşılması mümkündür. Bilhassa ilk görünüş ispatı sağlayan kuvvetli emarelerin varlığı halinde hakimde tam kanaat oluşabilir³².

Uyumlu eylemlere hem doğrudan hem dolaylı ispat (emare ispatı) vasıtasıyla ulaşılması mümkündür. Uyumlu eylemler konusunda emarelerle ispatın mümkün kılınmasının sebebi, bunların doğrudan ispatında karşılaşılan güçlüklerdir. Zira bir anlaşma veya bir teşebbüs birliği kararı söz konusu olduğunda, rekabet hukukunun ihlal edildiğine ilişkin iddia, anlaşma veya birlik kararı ile ispatlanabilirken, teşebbüsler arasındaki gizli işbirliği neticesinde meydana gelerek, rekabetin bozulmasına neden olan bir uyumlu eylemi ispat etmek kolay olmamaktadır. İddia edilen vakıanın varlığını doğrudan ve açıkça ortaya koyan delillere ulaşılması güçtür. Bu bağlamda delil olarak teşebbüslerin birbirlerine verdikleri teminatlar, aralarında gerçekleşen bilgi değişimleri, kartelin kuruluşu ve işleyişine dair planlar gibi hususları içeren belgelere ulaşmak kolay olmamaktadır.

İlk olarak AB rekabet hukuku çerçevesinde konu ele alındığında, ABİDA m. 101 vd. hükümlerde belirtilen ispat meselesine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Usul hukuku açısından tam ispat kuralı, yaklaşık ispat ise istisnadır. Açıkça belirtilmediği takdirde kanunun tam ispatı aradığı kabul edilir. Bu açıdan ABİDA'da ispata ilişkin bir düzenlemenin yer almaması, antlaşma taraflarının ispat ölçüsünü düşürme niyeti taşımadıkları şeklinde yorumlanmaya müsaitse de, söz konusu antlaşmanın çok uluslu olduğu da dikkate alındığında, üye devletlerin suskun kalmak suretiyle ispat ölçüsüne ilişkin bir mutabakat içerisinde olduklarını söylemek doğru değildir. Ayrıca antlaşma taraflarının rekabet hukuku kuralları hususunda detaylı bir düzenlemeye gitmedikleri de açıktır. Bu şekilde Komisyon ve mahkemelere geniş bir hareket imkanı sağlanmıştır. Bir başka anlatımla, ABİDA m. 101'e bağlı

³² İkizler, s. 289.

kalmak koşuluyla, ilişkili tüm sorunlara çözüm getirilmektedir. Yetkilerinin genişliği ve antlaşma hükümlerinin oldukça soyut olması sebebiyle, söz konusu kurumlar kural koyucu rolü de üstlenebilmektedirler. Kısaca sessiz kalınması suretiyle konuya ilişkin bir kural getirildiğini söylemek doğru olmayacaktır. Bu husus içtihatlarla bırakılmıştır³³.

Yargısal içtihatlarla bakıldığında ise, AB rekabet hukukunda ispat ölçüsünün yüksek tutulduğunu söylemek mümkündür. Uyumlu eylemlerin ispatına dair verilen Suiker Unie³⁴ kararında Komisyon tarafından ortaya konulan vakıaların “sadece uyumlu eylemlerin varlığı ile makul olarak izah edilebilir” olması aranmıştır. Yine Divan vermiş olduğu Cram/Rheinzink³⁵ kararında, emarelerin uyumlu eylemler haricinde başka bir açıklaması olması halinde, Komisyon’un ispat faaliyetini yeterli ölçüde kesin ve tutarlı bulmamıştır. Doktrin bu gibi kararlardan yola çıkarak, AB rekabet hukukunda ispat ölçüsünün “makul bir şüphenin ötesine” çekildiğini kabul etmektedir. Yani uyumlu eylemlerin varlığı hususunda yeterli kanaate ulaşılmış sayılabilmesi için, ispat faaliyeti neticesinde aksi yönde ciddi veya makul bir şüphenin kalmaması aranmaktadır³⁶.

Türk medeni usul hukukunda tam ispat kural, yaklaşık ispat istisnadır. Kural olarak yaklaşık ispat için, kanunda bu yönde bir hüküm bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte RKHK’da ispat ölçüsüne ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

RKHK m. 4 hükmünde uyumlu eylem karinesinin düzenlenmesi ise ispat ölçüsünü belirleme amacı taşımamaktadır. Doktrinde İkizler³⁷, söz konusu karinenin uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilmesi için tam kanaatin arandığı şeklinde yorumlanması gerektiği

³³ İkizler, s. 289 vd.

³⁴ Cases 40/73 Suiker, Unie v. Comission, ECR 1975, 1663.

³⁵ Cases 29,30/83, Compagnie Royal Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Comission, ECR 1984, 1679.

³⁶ İkizler, s. 290 vd.

³⁷ İkizler, s. 293.

görüştüğüdür: “Kanuni karinelerde, karine temelini dayandığı vakıaların ispatlanmasıyla, asıl normun öngördüğü hukuki sonucun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Böylece asıl normun koşul vakıalarını ispata gerek kalmaksızın istenen hukuki sonuca ulaşılabilir. Uyumlu eylemler karinesinde de, teşebbüslerin eylemlerinden yola çıkılarak, bağlantının varlığını ve nedensellik bağıını ispatlamaya gerek olmaksızın, uyumlu eylemin gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır. Bir başka deyişle bu hüküm, rekabetin sınırlandığı piyasalara benzer vakıaların görüldüğü piyasalarda, uyumlu eylemin varlığı kanaatine kanun gereği ulaşmayı sağlamaktadır. Bu nedenle usul hukuku kavramlarıyla açıklamak gerekirse, uyumlu eylemlerde kanun koyucu ispat ölçüsünü düşürmemiş, bir karine getirmek suretiyle ispat güçlüklerini aşmayı amaçlamıştır”.

O halde Türk rekabet hukukunda da, uyumlu eylemlerin ispatına ilişkin olarak ispat ölçüsü yüksek tutulmuştur. İlâveten emare ispatının caiz olduğunu söylemek mümkündür.

ABD rekabet hukukunda ise ceza hukuku standartları uygulandığından, ispat için neredeyse kesinlik aranmaktadır³⁸.

3. Uyumlu Eylemlerde İspat Yüğü

Kural olarak rekabet hukukunda ispat yüğü rekabet otoritelerindedir. Bu sebeptendir ki, kural itibarıyla soruşturma dahilindeki teşebbüslerin rekabet ihlalinde bulunmadıklarını ispat etmeleri beklenmez.

AB rekabet hukukuna bakıldığında ABİDA çerçevesinde ispat yüküne ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte Antlaşmanın 101 ve 102. maddelerinin

³⁸ Sherwin, K. M./Clermont, E.: A Comparative View of Standards of Proof, The American Journal of Comparative Law Vol. 50 No: 2, USA 2002, s. 251.

uygulanmasına dair çıkarılan 1/2003 Sayılı Tüzük m. 2’de, bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin, Antlaşmanın 101 ve 102. maddeleri uyarınca geçersizliğini iddia eden taraf veya rekabet örgütünün bu iddiasını ispatlaması gerektiğini düzenlemiştir³⁹.

Türk rekabet hukuku açısından mesele ele alındığı takdirde, esas itibariyle TMK m. 6’da yer alan ispat yüküne ilişkin genel kurallar geçerlidir. Teşebbüslerin bir rekabet ihlali sebebiyle RKHK kapsamında yürütülen soruşturmalar kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için, Rekabet Kurumu tarafından hukuka uygun şekilde elde edilen delillerle, söz konusu rekabet ihlalinin mevcut olduğunu yeterli derecede ispat etmesi gerekmektedir. Kural bu olmakla birlikte RKHK, rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarının düzenlendiği ispat yükü başlıklı m. 59 hükmünde; “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer./ Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir” ifadesine yer vermiştir. Bu hüküm gereğince, taraflar arasındaki temasın doğrudan ispat edilmesi mümkün olmamakla birlikte, piyasada rekabetin ihlal edildiği izlenimini uyandıran bazı emarelere dayanılarak uyumlu eylemin mevcut olduğu iddiası ileri sürülüyor ve belirtilen hususları destekleyen nitelikte deliller ibraz edilebiliyorsa, ispat yükü yer değiştirecek; sorumluluktan kurtulabilmek adına ilgili teşebbüsler uyumlu eylemin mevcut olmadığını ispatlamakla yükümlü tutulacaktır.

³⁹ İlgili Tüzük m. 2 çerçevesinde muafiyetin ispatı düzenlenmiş olup, bu düzenleme gereğince bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin ABİDA m. 101/3’e uygunluğunu iddia eden taraf bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla muafiyet şartlarının oluştuğunu ve bu sebeple anlaşmanın geçerli olduğunu ispat edecek olan anlaşmanın hukuka aykırılığını ileri süren taraf değil, muafiyetten yararlanacak olan taraftır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. *Ersay*, s. 11.

Ayrıca RKHK, uyumlu eylemlere dair bir karine öngörmekte ve rekabet hukuku kapsamındaki diğer ihlaller için söz konusu olan ispata ilişkin düzenlemeleri tersine çevirmektedir. İlgili düzenleme RKHK'nın 4. maddesinin 2 ve 3 numaralı fıkralarında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir”.

Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme, rekabet hukuku ihlalleri açısından geçerli olan ilgili ispat hükümlerini tersine çevirmek suretiyle, rekabet hukuku ihlalinin olmadığına yönelik ispatı soruşturmanın tarafı olan teşebbüslere yüklemektedir. Bu hüküm neticesinde ispat yükü yer değiştirmekte ve genel kural olan ihlalin rekabet otoriteleri tarafından ispatlanacağı esasını tersine çevirmektedir. Bu halde soruşturulan teşebbüsleri sorumluluktan kurtulabilmek adına ihlalin mevcut olmadığını ispatlama yükümlülüğüne sokmakta, olağan durumun tersini ispatlama durumunda bırakmaktadır⁴⁰.

Doktrinde Budak⁴¹, uyumlu eylem karinesi öngören bu hükmün ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmadığını, meselenin uyumlu eylemlerde esas alınacak ispat ölçüsünün belirlenmesi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, “(...) piyasadaki fiyat değişmelerinin

⁴⁰ *Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın*, s. 91.

⁴¹ *Budak*, A. C.: AT Konsey ve Komisyonu'nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2004, s. 152 vd.

veya arz ve talep dengesinin veya teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi halinde bu benzerlik uyumlu eylemin kabulü için yeterli olacaktır. Bununla birlikte buradaki benzerliğin sadece kuşku uyandıran, sıradan bir benzerlik olması yeterli değildir. Rekabet Kurulu, objektif ekonomik verilerden hareketle yaptığı incelemede, mevcut benzerliğin uyumlu eylemin varlığını gösterdiği konusunda, konunun uzmanı olan kişilerin bütün makul kuşkularını ortadan kaldıran bir kanaate varmış olmalıdır. Uyumlu eylemin varlığı konusunda böyle bir kanaate varılamamış olduğu, konunun belirsiz kalmış olduğu hallerde ise, bir rekabet kısıtlamasının bulunmadığına karar vermek gerekecek; ceza usulünde kullanılan terimle şüpheden sanık yararlanacaktır. Hükmün devamında getirilen “ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluktan kurtulabilir” düzenlemesinin ise, hakkında soruşturma yapılan teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılması (...)” gerektiği savunulmaktadır.

Kanaatimizce belirtilen düzenlemenin teşebbüslere rekabet ihlalinde bulunmadıklarını ispat etmeyi yüklediği için, ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurduğunu kabul etmek daha isabetli bir yaklaşımdır. Zira piyasadaki göstergelerin ne olduğu önem arz etmeksizin, olağan olan teşebbüslerin rekabet hukukuna uygun davranmalarıdır. Oysa söz konusu hüküm sebebiyle teşebbüsler olağan olan hali, yani bir ihlalin bulunmadığını ispat etmek durumunda bırakılmaktadırlar. Teşebbüslerin birtakım göstergelere bakılmak suretiyle daimi bir ceza tehdidinde maruz bırakılmaları isabetli bir yaklaşım değildir.

C. İSPAT AÇISINDAN PARALEL DAVRANIŞLAR VE BAĞLANTI

1. İspat Açısından Paralel Davranışlar

Uyumlu eylemlerin ispatında paralel davranışların önemi büyüktür. Zira kural olarak teşebbüslerin paralel davranışları rekabeti engeller ve işbirliği görünümüne yol açar. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin varlığına duruma göre basit veya kuvvetli bir emare teşkil eder. Şöyle ki, paralel davranışların uyumlu eylemlerin ispatındaki önemi piyasanın yapısına bağlı olarak değişebilmekte, rakip sayısının çok olduğu piyasalarda paralel davranışlar uyumlu eylemin varlığına güçlü bir emare teşkil etmektedir. Çünkü bu piyasalarda teşebbüslerin arasında bir anlaşma veya temas olmadan paralel davranışlar izlemesi olasılığı çok düşüktür. Halbuki bilhassa homojen bir ürünün mevzu bahis olduğu rakip sayısının az olduğu piyasalarda paralel davranışlar, ilk etapta uyumlu eylemin varlığına işaret eden güçlü emareler olarak nitelendirilmezler. Çünkü bu tür piyasalarda şeffaflık fazladır ve her bir teşebbüsün piyasadaki payı ve elde ettiği kazanç bir diğerinin takip ettiği politikadan oldukça etkilenmektedir. Bu sebeple teşebbüsler arasında oligopole özgü paralelliklerin görülmesi olasılığı yüksektir. İşte paralel davranışlar vasıtasıyla uyumlu eylemlere ulaşılmasının önündeki en büyük engeli oligopole özgü paralelliler oluşturmaktadır⁴².

Doktrindeki hakim görüş, oligopole özgü paralelliklerin rekabet hukukuna aykırı nitelik taşımamakla birlikte, uyumlu eylemlerin ispatında kullanılabileceği yönündedir. Kaysen'e⁴³ göre başarılı bir danışıklı ilişkinin varlığı iki koşulun sağlanmasına bağlıdır. Bunlar öncelikle tüm teşebbüsler için müşterek ve ulaşılması mümkün amaçların belirlenmiş olması, örneğin, paralel bir fiyat tespiti ve ikinci olarak ise müşterek amaç ile uyum içerisinde olmayan veya bu

⁴² İkizler, s. 297.

⁴³ Kaysen, C.: Collusion Under The Sherman Act, Quarterly Journal Of Economics, USA 1951, s. 268 vd.

amaca aykırı nitelikte olan tüm eylemlerden kaçınılması gerekliliğidir. Oligopolistik bağımlılık halinde, teşebbüsler davranışlarını aralarında bir iletişim bulunmaksızın birbirine bağımlı kılabilirlerse de, bu iki koşulun tam manası ile sağlandığı söylenemez. Hala amacın adı tam olarak konulmamış ve sakıncalı davranışlar belirlenmemiştir. Bununla birlikte her teşebbüs, oligopolistik bağımlılıktan ötürü, kendi özel pazarlarını yönetmek yerine, bir diğerine (özellikle de fiyat liderine) bağımlı politikalar izleyerek paralel davranışlara neden olabilir. Ancak piyasanın sürekli başkalaşan koşulları, karşılıklı güvensizlik ve iletişim noksanlığı karşısında uzun dönem tekdüze sürecektir bir paralellik olası değildir. Bu nedenle Kaysen'e göre, eğer piyasada yüksek oranda bir belirliliğe dayanan uzun dönemli tekdüze paralel davranışlar mevcutsa, minimum seviyede bir fikirlerin buluşması ve böyle bir buluşmanın gerçekleştiğine dair az bir bilgi teşebbüslerin anlaşma için anlaştığını ortaya koymak için yeterlidir. Dolayısıyla bu durumda oligopole özgü paralelliklerin varlığı halinde, kısa süreli ve minimum düzeyde de olsa (anlamı) açık bir haberleşmenin (bağlantının) ortaya konulması işbirliğinin varlığı için yeterli olacaktır⁴⁴.

Bu açıdan paralel davranışlar, başka birtakım emare vakıaları ile desteklenmediği takdirde uyumlu eylemin varlığına işaret etmeyecektir. Oligopole özgü paralellikleri pazardan kaynaklanan karşılıklı bağımlılığın bir sonucu olarak değerlendiren hakim görüş, paralel davranışları tek başına uyumlu eylemlerin ispatı için yeterli görmemektedir. Bununla birlikte, oligopole özgü paralellikleri caiz görmeyen görüşler gizli işbirliği için bir anlaşmanın varlığını aramamakta, bu bağlamda paralel davranışların ispat gücünü oldukça yükseltmektedirler. Bu durumun ispat hukuku açısından yansıması ise, birbirine paralel davranışların, teşebbüslerin rakiplerinin de aynı politikalara bağlandığının farkında olduğunun bir diğer deyişle bilinçli olduğunun, pazar sonuçlarının gösterilmesi ile ihlalin varlığına hükmedilebilmesinin

⁴⁴ İkizler, s. 298.

mümkün görülmesidir. Bu açıdan sadece bilinçli paralel davranışın varlığı rekabetin sınırlanması sonucunu doğuruyorsa ispat için yeterli olmaktadır. Bu halde ise paralellik bilinci taşımayan paralel davranışlar dışındaki bütün paralellikler, uyumlu eyleme mi yoksa oligopolistik bağımlılığa mı dayandığı ayrımına gidilmeksizin ispat açısından eşit değerde görülmektedir. Oysa bütün bilinçli paralel davranışların rekabete aykırı nitelikte görülerek yasaklanması, bir diğerini taklit suretiyle gerçekleşen ve dar oligopollerde sıkça görülen paralel davranışları da kapsamakta ve isabetli görülmemektedir. Teşebbüslerin bir anlaşma ve uyuşma yerine birinin diğerini taklit etmesine dayanan bu tip davranışlar, oligopole özgü paralelliğin bir türü olarak yasak kabul edilmemektedir. Çünkü bağlantı oligopole özgü paralelliğin oluşması için değil, uyumlu eylemin varlığı için zorunlu bir unsurdur. Belirtilen durumda paralellik piyasa yapısından kaynaklanmakta ve bağlantıya dayanmamaktadır. İşte bu sebeplerle oligopole özgü paralellikler danişıklı ilişkiler kapsamında görülmez ve bu türdeki paralel davranışların ispatlanması uyumlu eylemin mevcut olduğunu göstermez⁴⁵.

Belirtildiği gibi, teşebbüsler arası bağlantıya dayanan paralel davranışlar uyumlu eylemlere sebebiyet verirler. Bu sebepten paralel davranışlar uyumlu eylemin varlığına emare teşkil etmektedir. İkizler⁴⁶, doktrinde hakim görüş olan bilinçli paralel davranışların tek başına uyumlu eylemlerin varlığını ortaya koyacak kadar ciddi bir emare olmadığı ve başka emarelerle desteklenmesi hususuna ilişkin olarak, paralel davranışın ispat gücünün piyasanın özelliklerine göre ayrılarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, geniş oligopollerde bilinçli paralellikler ilk görünüş ispatı sağlayacak derece güçlü bir emare kabul edilmeli ve bu durumun aksini ispat yükü teşebbüslere yüklenmelidir. Dar oligopollerde ise kural olarak paralel

⁴⁵ İkizler, s. 299 vd.

⁴⁶ İkizler, s. 300.

davranışlar uyumlu eylemler için ancak basit bir emare niteliğinde kalmaktadır ve bu sebepten başka emarelerle desteklenmesi gerekmektedir.

a. Amerikan Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

Gizli işbirliğinden söz edebilmek için bir irade uyuşmasının varlığını arayan Amerikan hukukunun genel yaklaşımı, oligopole özgü paralelliklerin rekabet hukuku düzenlemelerine aykırı nitelik taşımadığı şeklindedir. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu yaklaşımını ortaya koyan kararlarında⁴⁷, rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak uydurmaktan ibaret olan bilinçli paralelliklerin tek başına uzlaşmanın ispatlanabilmesi için yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁸.

Amerikan rekabet hukukunda uyumlu eylemlerin ispatında paralel davranışlardan fazlasının ortaya konulmasının gerekmesi, salt paralel davranıştan daha fazlasının ne olduğu sorununa ilişkin çözüm arayışlarına yol açmış ve ilave faktörler (plus factors) adı verilen bir müessese doğmuştur. İlave faktörler, paralelliğin gizli işbirliği olarak değerlendirilmesine hizmet eden ve bu suretle esas delil olan paralel davranışların yanında yer alarak gizli işbirliğinin varlığını destekleyen başka birtakım emarelerdir. İlave faktör türleri doktrinde farklı sınıflandırmalara tabi tutulmakla birlikte, belirtilen delilleri genel itibarıyla aşağıdaki başlıklar altında gruptandırmak mümkündür⁴⁹:

-Rakipler arasında iletişim zemini oluşturulduğuna ilişkin deliller: Teşebbüsler arasında sık aralıklarla irtibat kurulduğunu gösteren (teşebbüs birliği toplantıları, teşebbüs yetkilileri arasında telefon görüşmeleri yapıldığına ilişkin kayıtlar vb.) ve fakat iletişimin kapsamına dair

⁴⁷ Interstate Circuit Inc. v. United States, 306 US 208 (1939), United States v. Paramount Pictures, Inc, 334 US 131 (1948) ve Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp., 392 US 134 (1968).

⁴⁸ Kovacic, W./Marshall, R.C./ Marx, L.M./White, H.L.: Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, Center for the Study of Auctions, Procurements and Competition Policy, Working Papers, USA 2011, s. 11.

⁴⁹ Can, s. 25 vd.

bilgi içermeyen deliller, söz konusu iletişime yönelik olarak makul bir gerekçe gösterilmemesi halinde ilave faktör olarak değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte salt paralel davranışlar ve içeriği bilinmeyen iletişim delilleri bileşiminin ispat gücünün düşük olduğu kabul edilmektedir.

-Yapısal ekonomik deliller: İlgili pazardaki yoğunlaşma oranları, ürünün niteliği, giriş engelleri, pazarın şeffaflık düzeyi, alıcı gücü gibi verileri esas alan bu faktör kategorisinde, teşebbüslerin kartel oluşturma motivasyonunun mevcut olup olmadığının tespiti gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede mevcut pazar yapısı, uzlaşmanın kurulması ve sürdürülebilmesine imkan tanıyor ise teşebbüslerin uzlaşmış olma ihtimalinin yüksek olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, bahsi geçen faktörler ne kadar güçlü olursa olsun, ABD mahkemeleri tarafından tek başına paralel davranış ve yapısal delillere dayanılarak ihlal tespiti yapılması ihtimali oldukça düşüktür.

-Mevcut durumun uzlaşma dışında makul bir açıklaması olmaması: Kapalı zarf usulüyle yapılan bir ihalede verilen tekliflerin, teşebbüslerin müşterileri ile yaptıkları sözleşmelerin hükümlerinin veya uygulanan fiyatların tamamen aynı olması gibi tesadüf olması mümkün olmayacak derecede benzer nitelik arz eden eylemlerin varlığı halinde, bahsi geçen deliller ilave faktör olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak fiyatların aynı olması, girdi maliyetleri ya da enflasyon artışı gibi ekonomik ve rasyonel gerekçelerin mevcut olması durumunda, söz konusu eylemler ihlal delili olarak kullanılamamaktadır.

-Teşebbüslerin bireysel çıkarlarına aykırı kabul edilebilecek davranışlar: Bazı davranışların, ortak bir planın unsuru olmadıkları sürece teşebbüslerin bireysel çıkarlarına aykırı olacağı varsayılmaktadır. Yapısal ekonomik deliller ile yakın derecede ilişkili olan bu faktörde de teşebbüslerin bağımsız hareket edip etmedikleri tespiti gerçekleştirilmeye

çalışılmaktadır. Örnek olarak, normal şartlar altında makul sayılamayacak bir mal vermeyi reddetme eylemi, ticari sır niteliğindeki maliyet verileri, hedef, stok, satış ve fiyat stratejisi gibi bilgilerin rakiplerle paylaşılması ya da maliyetlerle veya ekonomik gelişmelerle açıklanamayan bir fiyat politikasının benimsenmesi belirtilen deliller dahilinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte belirtilen faktörde kullanılan veriler, uzlaşma iddiasının bertaraf edilebilmesi için makul gerekçe olarak da kullanılabilir.

Hangi delillerin ilave faktör olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu ve faktörlerin değerlendirilmesi meselelerinde mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Diğer taraftan yargı kararlarında ilave faktörlerin ispat gücüne göre bir derecelendirme yapılması yoluna gidilmemesi ve paralel davranışın uzlaşmanın sonucu olduğu çıkarımına ulaşmak için yeterli olan asgari ilave faktör miktarına ilişkin herhangi bir saptamanın bulunmaması, mevcut uygulamanın hukuki öngörülebilirliği zedelediği yönünde eleştirilere yol açmaktadır. Ancak Yüksek Mahkeme'nin paralel davranışlar hususundaki genel yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, ekonomik delillerden oluşan ilave faktörlerin uzlaşmayı ortaya koymak hususunda yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan ekonomik deliller önemli ölçüde katkı sağlasa dahi, ABD sisteminde işbirliğinin ispatı için iletişim delillerinin mevcut olmasının zorunlu görüldüğü sonucuna ulaşmak mümkündür⁵⁰.

b. Avrupa Birliği Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

AB hukukunda genel itibariyle salt paralel davranışa dayanarak uyumlu eylemin mevcut olduğu sonucuna ulaşılan yargı kararları bulunmamaktadır⁵¹. Aşağıda ifade edeceğimiz hususlar dikkate alınmak kaydı ile, kural olarak AB mahkemeleri tarafından paralel davranışlar

⁵⁰ *Can*, s. 27.

⁵¹ *Kekevi*, G. H.: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 15, Ankara 2008, s. 35 vd.

değerlendirilirken, ABD hukukunda olduğu gibi, ilave delillerin arandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

İspat açısından paralel davranışlar hususu değerlendirilirken, AB hukukundaki uyumlu eylem kavramını tanımlayan ve sınırlarını çizen Dyestuffs, Suiker Unie ve Woodpulp kararlarına bu bölümde de değinilmesi gerekmektedir. Söz konusu kararlarda ortaya konulan prensipleri şu şekilde özetlemek mümkündür⁵²:

- Salt paralel davranış ihlalden söz edebilmek için tek başına yeterli olmamakta; paralellığın piyasanın olağan koşullarına uygun olmayan rekabet şartlarına sebebiyet vermesi halinde söz konusu davranış, uzlaşmanın olduğuna dair kuvvetli bir delil teşkil etmektedir.

-Teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ve gelecekteki davranışlarına akıllıca uyum sağlamaları hukuka uygundur. Bununla beraber, geleceğe dair belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikteki her türlü doğrudan ve dolaylı iletişim rekabet ihlali olarak kabul edilebilecektir.

-Paralel davranışa dair kabul edilebilir tek açıklama uzlaşma olmadığı müddetçe, söz konusu davranış ihlal kanıtı şeklinde değerlendirilememektedir.

Bu kararlar doğrultusunda öncelikle rakiplerinin mevcut veya öngörülebilir davranışlarına teşebbüslerin kendilerini akıllıca bir tutumla adapte etmeleri caiz görülmüş; böylelikle uyumlu eylemlerin ispatında bilhassa dar oligopol piyasalarda söz konusu olan oligopole özgü paralelliklerin yeterli olmadığı görüşü söz konusu kararlarda yer edinmiştir⁵³.

Bir diğer husus ise ABAD'ın belirtilen kararlar kapsamında pazarın normal şartlarına uyumsuzluk ölçütü getirmesidir. Bu ölçüt gereğince, teşebbüslerin hareketleri pazarın olağan

⁵² Can, s. 41.

⁵³ İkizler, s. 306.

koşullarına uygun düşmeyen rekabet koşullarına sebebiyet veren nitelikte olduğu takdirde, uyumlu eylemler ispatlanmış olacaktır. Boya ve Şeker Karteli kararları, bu husus değerlendirilirken pazarın hangi şartlarının önem taşımakta olduğuna ilişkin yol gösterici ifadeler barındırmaktadır. Pazarın türü ve hacmi, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri, ürünün tip ve özellikleri bu bağlamda sayılabilir. Söz konusu inceleme, teşebbüsler arasında söz konusu olan bir paralel davranışın uyumlu eylem olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin önemli ipuçları vermektedir⁵⁴.

Bu hususlardan başka şeker karteli kararında karşılaşılan her olayda ilgili pazarın özelliklerinin araştırılması gerektiğinin altı çizilmiştir. Pazarın yapısı; emarelerin değerlendirilmesi ve ispat faaliyetinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu doğrultuda paralel davranışların ispat açısından değeri de değişkenlik gösterecektir. Zira pazarın olağan şartları ne denli rekabete uygun ortam sağlıyorsa paralel davranışlar o denli azalacak; pazar şartlarının sınırlı bir rekabet ortamı sağladığı hallerde ise o oranda paralel davranışlar artacaktır. Bu açıdan AB hukukunda uyumlu eylemlerin ispatında pazarın dar veya geniş oligopol olması önem arz etmektedir. Geniş oligopollerde dar oligopollere göre daha yoğun bir rekabet beklenir. Zira rakip teşebbüslerin sayısındaki çokluk, her bir teşebbüsün fiyat politikasında diğerinden bağımsız hareket etme imkanını artırır. Bu sebeptendir ki, alıcı ve satıcı sayısının yüksek olduğu pazarlarda, oligopole özgü paralelliklerin görülme ihtimali düşüktür. Doktrinde bu tipteki pazarlarda paralel davranışların ispat açısından değerine şüpheli yaklaşılmasının bir başka nedeni, paralel davranışın bütünüyle tesadüfi olması ihtimalidir. Bununla birlikte söz konusu ihtimalin düşüklüğü karşısında uyumlu eylemlere işaret eden, örneğin davranışların zamansal açıdan yakın aralıklarla paralelleştirilmesi gibi birkaç emarenin varlığı, ispatın sağlanmış kabul edilmesi için yeterli görülebilmektedir. Yine geniş oligopollerde paralel davranışların süreklilik

⁵⁴ *İkizler*, s. 306.

göstermesi, bir diğer deyişle uzun bir müddet boyunca yeknesaklık, ispat açısından yeterli olmaktadır. Bu açılardan bakıldığında, geniş oligopollerde paralel davranışlar uyumlu eylemlerin varlığına kuvvetli emare teşkil ederler. Görülmektedir ki, geniş oligopollerde bağlantının varlığını gösteren emarelerin mevcut olmadığı veya yetersiz kaldığı hallerde, ifade edilen piyasanın olağan koşullarına uygunsuzluk ölçütünden faydalanılarak paralel davranışlardan uyumlu eylemlere varılabilmesi mümkün olabilmektedir. Dar oligopollerde ise oligopolistik bağımlılık, ekonomik değerlendirmeler yapılarak paralellikten uyumlu eylem sonucunun çıkartılması noktasında engel teşkil etmektedir⁵⁵.

c. Türk Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

Bilhassa oligopol piyasalarda teşebbüslerin paralel davranışları RKHK m. 4'ü ihlal edici nitelikte olabileceği gibi, rakip teşebbüslerin birbirlerinin izlemiş oldukları politikalara akıllıca ayak uydurmalarından ibaret nitelikte de olabilmektedir. Bu çerçevede Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylemlerin ispatı noktasında, paralel davranışlara ne derece ispat gücü atfettiği önem taşımaktadır.

Kurul Turkcell/Telsim⁵⁶ olayında, teşebbüsler arasında uyumlu eylem teşkil edecek bir bilinçli paralel davranışın gerçekleşmediğine ve oligopolistik pazarın özelliklerinden dolayı, teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını dikkate almak mecburiyetinde olduklarına değinmiş ve bu gerekçe ile hukuka aykırılık iddiasını reddetmiştir. Vermiş olduğu bu karar doğrultusunda Kurul'un oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan paralel davranışları yasak kapsamında görmemesinden hareketle, paralel davranışları uyumlu eylemlerin ispatında kuvvetli bir delil,

⁵⁵ *İkizler*, s. 307.

⁵⁶ Turkcell/Telsim, 14.12.1999 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar.

oligopole özgü paralele davranışları ise basit bir emare olarak gördüğü sonucuna ulaşılacaktır⁵⁷.

Paralel davranışların oligopolistik bağımlılıktan ötürü uyumlu eylemlerin ispatında yetersiz kalması ve teşebbüsler arasındaki bağlantının ispatı noktasında ortaya çıkan güçlükler sebebiyle⁵⁸ RKHK’da paralel davranışlardan hareketle uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşılmasını sağlayan uyumlu eylem karinesi getirilmiştir⁵⁹.

Uyumlu eylem karinesi ABD, AB veya diğer çağdaş rekabet hukuku sistemlerinde öngörölmüş bir düzenleme olmayıp, hukukumıza özgüdür⁶⁰.

RKHK m. 4’ün 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen hükme göre:

“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir”.

⁵⁷ *İkizler*, s. 310.

⁵⁸ Türk rekabet hukukunda uyumlu eylemler karinesi ile aşılması amaçlanan bu durum, ABD rekabet hukukunda ilave faktörler, AB rekabet hukukunda ise pazarın olağan şartlarına uygunsuzluk ölçütü ile aşılmaya çalışılmıştır. *İkizler*, s. 311.

⁵⁹ *İkizler*, s. 311.

⁶⁰ *Gürkaynak, G./Yıldırım, K./Duman, M.: Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara Ekim 2010, s. 83.*

Karine gereğince taraflar arasında bir anlaşmanın, bir irade uyuşmasının ispatlanamadığı hallerde, pazarın durumundan yola çıkılarak teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde bulunduklarına karar verilebilecektir.

Düzenlemenin gerekçesine bakıldığında “Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları kabul edilmiştir. Böylece uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır” ifadesi yer almaktadır.

Söz konusu düzenlemede ve gerekçede yer alan ifadeler birlikte değerlendirildiğinde, Rekabet Kurulu’nun, uyumlu eylemin doğrudan kanıtlama yöntemiyle kanıtlanabilmesi için yeterli olan rekabeti bozucu içeriği açık bilgi değişimleri, işbirlikli fiyat duyuruları gibi bağlantı delillerinin bulunmadığı, gerekçedeki ifadeyle kanıt güçlüğüne bulunduğu hallerde, içeriği belirsiz telefon görüşmeleri, toplantılar, karşılıklı görüşmeler gibi dolaylı bağlantı delilleri bulunsun veya bulunmasın RKHK m. 4’te belirtildiği üzere, piyasalarda fiyattaki değişikliklerin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyette bulundukları alanların, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik gösterdiği kanıtlanmak suretiyle, karine olarak uyumlu eylemin varlığına hükmetmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu karine karşısında teşebbüsler, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla uyumlu eylemde bulunmadıklarını bir diğer deyişle, Rekabet Kurulu’nun gerekçe gösterdiği rekabeti bozucu paralel davranışların gizli bir işbirliğinden kaynaklanmadığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Gerekçedeki ifade gereğince Rekabet

Kurulu'nun bu karineye dayanması suretiyle, uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını kanıtlama yükü karineye maruz kalan teşebbüslere geçirilmektedir. Böylelikle bu düzenlemenin asıl amacı gerçekleştirilerek, Rekabet Kurulu'nun karşı karşıya bulunduğu ispat gücünün aşılmış olacaktır⁶¹.

Karar mercii olan Rekabet Kurulu, karine çerçevesinde olayı değerlendirirken esas olarak bir karşılaştırma faaliyeti yapmaktadır. İlgili pazardaki fiili durum rekabetin sınırlanmış olduğu farazi ilgili pazarla kıyaslanarak, teşebbüslerin davranışları arasında bir benzerlik bulunduğu takdirde uyumlu eylemlerin gerçekleştiği kabul edilecektir. İlgili düzenleme gereğince söz konusu haller, piyasada olağan şartlar dahilinde görülmeyecek biçimde gerçekleşen fiyat değişiklikleri, arz-talep dengesinde aksamalar ve bölge kısıtlamalarıdır. Normalden kasıt ise teşebbüslerin rekabet içinde olmaları halinde piyasada görülecek olan şartlardır. Diğer bir deyişle bu ifade ile teşebbüslerin rekabet halinde oldukları bir ortamda mevcut olması beklenen fiyat, arz-talep ilişkisi ve benzerleri kastedilmektedir. Bu husus belirlenirken ilgili pazarın özellikleri dikkate alınacak ve aynı pazarda ve aynı şartlar altında teşebbüsler rekabet içinde hareket etselerdi görüleceği varsayılan rekabet koşulları ilgili pazarın normal şartlarını oluşturacaktır. Karineye dayanılabilmesi için, teşebbüslerin pazarda girdikleri eylemler veya uyguladıkları rekabet politikalarının neticesinde, fiyatın veya arz-talep ilişkisinin normal sayılamayacak bir seyri olması gerekmektedir. Bu bağlamda piyasa şartlarına uygun olmayan neticeler meydana getiren paralel davranışların bir bağlantıya dayandığı kabul edilmekte ve bağlantı ile paralel davranışlar arasında nedensellik bağı

⁶¹ Cengiz, D.: Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, S. 35, Ankara 2008, s. 15.

olduğunun ispatına da gerek duyulmamakta olduğundan, uyumlu eylem karinesi, paralel davranışları uyumlu eylem olarak kabulüne yönelik bir karine niteliğindedir⁶².

Hal böyle olmakla birlikte, söz konusu karinenin Kanun kapsamında öngörölmüş olması, teşebbüsler arasındaki her türlü paralel davranışın uyumlu eylem olarak değerlendirileceği manasına gelmemelidir. Sanlı'nın⁶³ ifade ettiğı gibi, teşebbüsler arasında gizli bir iradenin mevcut olması ve bu iradenin paralel davranışların teşebbüsler arasında bilinçli şekilde meydana gelmesi gerekmektedir. Kurul kararlarına baktığımızda, yukarıda bahsi geçen Turkcell/Telsim kararında olduğu gibi, bilhassa oligopolistik pazarlardaki paralelliklerin tek başına uyumlu eylem şeklinde ele alınmaması gerektiğine yönelik bir yaklaşım benimsenmiştir. Dolayısıyla oligopolistik piyasalara dair incelenen uyumlu eylem iddialarında paralel davranışların, söz konusu iddiaları ispat etmek konusunda tek başına kullanılmasının mümkün olmadığı ve mevcut durumda ancak destekleyici birtakım başka emarelerle bu tür bir iddianın ileri sürülebileceğı Kurul kararları kapsamında yer almıştır⁶⁴.

Genel yaklaşımı bu şekilde olmakla birlikte, Kurul'un vermiş olduğu 2005 tarihli Maya⁶⁵ kararı salt paralel davranıştan hareketle ihlal sonucuna ulaşıldığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Kurul belirtilen kararda "(...) uyumlu eylem dönemi içerisinde gerçekleşen fiyat artışlarının ne gerçekleşen enflasyonla ne de üretim dönemi maliyetlerindeki artışla izah edilemediğı görölmektedir. Bu itibarla ekmek mayası üreticisi dört firmanın...döneminde yukarıda iktisadi açıdan analiz edilen gerçekleşen fiyatları RKHK çerçevesinde değerlendirildiğinde m.4'de tanımlanan uyumlu eylem kapsamında kaldığı...kanaatine

⁶² İkişler, s. 311 vd

⁶³ Sanlı, K. C.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörölen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliğı Kararlarının Geçersizliğı, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 3, Ankara 2000, s. 79.

⁶⁴ Gürkaynak/Yıldırım/Duman, s. 84.

⁶⁵ Maya, 23.08.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar.

varılmıştır...Nitekim maya piyasasında...döneminde yaşanan fiyat hareketlerinin aynı dönemin enflasyon rakamlarının bir hayli üzerinde gerçekleşmesi; bu dönemde üretim maliyetlerinde fiyat artışlarına paralel bir artışın görülmemesi ve malın son derece homojen bir yapısının olması maya üreticilerinin birlikte hareket ettiği savını desteklemektedir. Her ne kadar oligopolistik piyasalarda fiyat hareketlerinin benzerlik göstermesi oligopol tanımında yer alsa da; dört firmanın birden piyasa koşullarında objektif herhangi bir değişme olmaksızın üretim maliyetlerindeki artışın ve enflasyon oranlarının hayli üzerinde fiyat artışına gitmelerinin ve bu artışları başlangıçta üst üste iki ay ve yüksek oranda gerçekleştirebilmelerinin ve ilerleyen zamanlarda da istikrarlı bir şekilde artış trendlerini devam ettirebilmelerinin uyumlu eylemden başka bir iktisadi gerekçesi bulunmamaktadır (...)” ifadelerine yer vermiştir⁶⁶.

Bu karar kapsamında eleştirel bazda yapılan değerlendirmelerde paralel davranışın ve bilhassa fiyatlarda paralel yükselmelerin mevcut olmasının tek başına uyumlu eylem karinesi şeklinde değerlendirildiği, belirtilen paralelliğin yalnızca belirli bir zaman zarfı için esas alınarak, pazardaki fiyatların diğer dönemlerdeki seviyelerinin ve pazarın yapısına göre gösterdiği davranışların detaylı şekilde incelenmediği ifade olunmuştur. Salt fiyatlardaki paralellik nedeniyle işletilen uyumlu eylem karinesi doğrultusunda ilgili her bir teşebbüsün ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak sureti ile uyumlu eylem halinde olmadığını ispat etmesi istendiği belirtilmiştir. Destekleyici başka bir unsur olmaksızın yalnızca paralel fiyat artışları gerekçe gösterilerek RKHK m. 4’ün ihlali sonucuna ulaşıldığı vurgulanmıştır⁶⁷. Ayrıca bu doğrultuda bazı yazarlar ve soruşturmanın tarafları Rekabet Kurulu’nun, teşebbüsler arasında gizli bir işbirliğinin yapılmış olduğunu ortaya koyan bağlantı delilleri bulunmadığından, sadece rekabeti bozucu paralel davranışlara dayanarak, tam kanıt ölçütü

⁶⁶ Cengiz, s. 26 vd.

⁶⁷ Gürkaynak/Yıldırım/Duman, s. 89.

sağlanmaksızın belirsizliğe rağmen uyumlu eylemin varlığına karar verdiğini, bu kararın RKHK m. 4'te yer alan ilgili düzenlemesinin sadece sözüne dayanan yorumuna uygun olduğunu ve Rekabet Kurulu'nun daha önceki bu düzenlemenin özüne ve amacına uygun olan, tam kanıt ölçütünü içeren, istikrarlı 2000 ve 2002 tarihli Maya kararlarıyla⁶⁸ çeliştiğini ileri sürmektedir⁶⁹.

Belirtilen eleştirilere karşı Rekabet Kurulu “Önceki Kararlarla Bu Kararın Arasındaki Fark: Taraflar savunmalarında Kurul’un önceki kararlarıyla bu soruşturma arasında çelişki olduğunu iddia etmektedirler. Önceki kararlarda uyumlu eylem olmadığı saptanan fiyat hareketleri, yüksek enflasyon ve maliyet artışlarıyla açıklanabilmektedir. Oysa ki bu karara konu dönemde görülen fiyat artışları, daha öncekilerden farklı olarak herhangi bir rasyonel gerekçeyle açıklanamamaktadır. Uyumlu Eylem Karinesini Destekleyecek Herhangi Bir Yazılı Delil Bulunmadığı İddiası: Söz konusu pazar, üçüncü defa rekabet soruşturmasına maruz kalmıştır. Bu soruşturma kararını takip eden dönemlerde şirketlerin telefonları dinlenemediği sürece bir yazılı delile ulaşmak mümkün değildir” şeklinde yanıt vermiştir⁷⁰.

⁶⁸ 2005 tarihli Maya kararından farklı olarak Kurul, 27.06.2000, tarihinde vermiş olduğu 00-24/255-18 sayılı kararında Maya kararında; “(...) maya üreticilerinin maya fabrika çıkış fiyatlarını birlikte belirlediklerine ilişkin iddia ile ilgili olarak; her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerinden bağımsız paralel olarak arttırdıklarını ortaya koymakta ise de pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi zorunluluğu gerekli kılması, maya üreticilerinin pazardaki fiyat belirsizliğini yok edebilecek doğrudan ya da dolaylı bir iletişime rastlanılmaması maya üreticilerinin maya satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibarıyla toptan eşya fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle bu artışların bir uyumlu eylem neticesinde olmadığını ortaya koymuştur (...)” ve 1.8.2002 tarih ve 02-46/557-227 sayılı Maya kararında ise; “(...) incelemelerde, şikayetlerde belirtilen, maya üreticilerinin maya fiyatlarını birlikte belirledikleri ve fiyat karteli oluşturdukları iddialarını destekleyen herhangi bir bilgi veya belgeye rastlanmamıştır. ...ekmek mayası üreticilerinin fiyat artış tarih ve oranları arasında bazı paralellikler olduğu izlenimi doğabilecekse de, söz konusu paralelliklerin üreticiler arası bir anlaşma veya uyumlu eylem sonucu oluştuğunu gösterecek nitelikte maya üreticisi firmaların rekabeti ihlal ettiklerine yönelik başkaca bir tespit yapılamamış olması nedeniyle, söz konusu paralelliklerin ekmek mayası pazarının yapısından kaynaklanan mayanın homojen bir ürün olması, marka bağımlılığının olmaması, fırınların birden fazla markayı aynı anda kullanabilmeleri ve bir markadan diğerine rahatlıkla ulaşabilmeleri, pazarda haberleşmenin kolay olması sonucu teşebbüslerin birbirlerinin hareketlerine çok kısa sürede tepki göstermeleri neticesinde oluştuğu kanaatine ulaşılmıştır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. *Cengiz*, s. 23 vd.

⁶⁹ *Atıyas, İ./Gürkaynak, G.: Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümlemeler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, 7 Nisan 2006, s. 110 vd.*

⁷⁰ *Cengiz*, s. 33 vd.

Öğretide Cengiz, bahsi geçen eleştirilere katılmamakta ve Rekabet Kurulu'nun yanıtını da gerekçe göstererek, 2005 tarihli Maya kararında hiçbir belirsizliğin bulunmadığı kanaatiyle uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşıldığı görüşündedir. Kararda, ilgili piyasanın iktisadi analizi sonucu elde edilen iktisadi deliller temelinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Woodpulp II kararında kabul ettiği "paralel davranışın tek makul açıklaması uyumlu eylem olmadıkça, paralel davranış uyumlu eylemin kanıtı olarak kabul edilemeyeceği" ilkesine paralel olarak "(teşebbüslerin) istikrarlı artış trendlerini devam ettirebilmelerinin uyumlu eylemden başka bir iktisadi gerekçesinin bulunmadığı (tek makul açıklamasının uyumlu eylem olduğu)" ilkesine dayanıldığını belirtmiştir⁷¹.

Örnek olarak ifade edilen Maya kararı gibi bazı tartışmalı kararlar haricinde, Kurul'un konuya genel bir yaklaşımının mevcut bulunduğu ve bu yaklaşımın oligopolistik pazarlardaki paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilmemesi gerektiğine yönelik olduğunu yinelemek lazımdır. Yani kural olarak oligopolistik piyasalardaki uyumlu eylem iddialarında paralel davranışların söz konusu iddiaları ispat etmek konusunda tek başına kullanılması pek mümkün değildir. Bu bağlamda destekleyici birtakım başka emarelerle bu tür iddiaların ileri sürülmesi gerekmektedir. İlaveten Kurul'un paralel davranışlar ve oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan paralellikler için ispat gücü noktasında bir ayrıma giderek, uyumlu eylemin varlığı noktasında paralel davranışları kuvvetli bir emare, oligopole özgü paralellikleri ise basit bir delil olarak nitelendirdiğini vurgulamak gerekmektedir.

2. İspat Açısından Bağlantı

Sadece uyumlu eylemler neticesinde değil, anlaşma, teşebbüs birliği kararları neticesinde de paralel davranışlar görülebilmektedir. Bununla beraber paralel davranışlar esas

⁷¹ Cengiz, s. 35.

olarak bir anlaşma veya kararın ispatlanamadığı hallerde özel bir önem taşımaktadır. Öyle ki, paralel davranışların varlığına rağmen teşebbüslerin iradelerinin uyduğu gösterilemez ve anlaşmalarına sonucuna varılamazsa, bu defa aralarında bir yaklaşma oluşup oluşmadığı inceleneyecektir. Söz konusu soruşturma ve inceleme neticesinde teşebbüslerin paralel şekilde hareket edecek kadar yaklaştığı diğer bir deyişle paralel davranışların teşebbüsler arasındaki bağlantıdan kaynaklandığı ispatlandığı takdirde, uyumlu eylemler de ispatlanmış olacaktır⁷².

Teşebbüslerin bağlantı içerisinde olduklarını ispat etmek kolay değildir. Paralel davranışlar ise varlıkları ile çoğu zaman bir yaklaşmanın mevcut olduğuna işaret ederek, başka birtakım emarelerin de eklenmesi neticesinde uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşılmasını sağlarlar. İşte bu ek emareler teşebbüslerin bağlantı içinde olduklarına ilişkin emarelerdir. Genel durum böyle olmakla birlikte, paralel davranışların yanında bağlantının varlığını doğrudan ispatlayan veya paralel davranışlar olmasa dahi uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilebilecek başka bazı durumlarda mevcuttur⁷³.

Çalışmamızda daha evvel bağlantı meselesi ele alınırken incelenen bilgi değişimleri, tavsiyeler ve kamuya yönelik duyurular bu başlık altında ispat hukuku açısından değerlendirilecektir.

⁷² İkizler, s. 316 vd.

⁷³ İkizler, s. 316.

a. Bilgi Değişimleri

Teşebbüslerin piyasada izleyecekleri plan ve politikalarını çeşitli vasıtalarla karşı tarafa iletme suretiyle bilgi değişimleri gerçekleştirerek piyasa davranışlarını birbirlerine yakınlaştırmaları mümkündür.

Ekonominin belli bir koluna dair genel durum değerlendirmeleri, istatistik bilgileri veya meslek odalarının mutad şekilde yayınladığı sektöre ilişkin veriler, çeşitli raporlar uyumlu eylemi oluşturan bilgi değişimi şeklinde nitelendirilemeyecektir⁷⁴. Bununla birlikte fiyat bilgileri, satış istatistikleri, müşteri bilgileri, satılan mallar ve satış şartları gibi rekabet riskini ortadan kaldırmaya ilişkin hususlara ilişkin bilgi değişimleri teşebbüsler arasındaki işbirliğine işaret ettiğinden yasak kapsamına girebilecektir⁷⁵.

Öncelikle ABD rekabet hukukunun konuya yaklaşımına bakıldığında, uygulamada teşebbüsler arasında bilgi değişimine yönelik bir anlaşmanın mevcut olmasının, sadece teşebbüslerin bilgi değişimini gerçekleştireceğini göstermekte olduğu görülmektedir. Bilgi değişimine ilişkin yapılan anlaşma, mutlak surette bu bilgilere uyulacağı ve bu bilgiler doğrultusunda hareket edileceği konusunda da anlaşıldığı anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, bazı bilgi değişimleri gizli işbirliğinin varlığını ispatlar nitelikte görülmektedir⁷⁶.

ABD rekabet hukuku çerçevesinde verilen kararlarda, bilgi değişiminin doğal etkisinin rekabetin sınırlanması olup olmayacağının sorgulandığı⁷⁷ görülmektedir. Ayrıca pazarın yapısı ve değişen bilginin türüne özel bir önem verilmiş; bazı hususlara ilişkin bilgi değişimlerinin

⁷⁴ Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 7, Ankara 2001, s. 202.

⁷⁵ Gerven, G./Varona, E.: The Wood Pulp Case and Future of Concerted Practices, Common Market Law Review No: 31, s. 600 vd.

⁷⁶ İkizler, s. 319.

⁷⁷ Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 563 (1925).

başka emarelerle desteklenmediği için gizli işbirliği açısından yeterli görülmemesine rağmen, ilgili pazarın yapısı ve değişimi gerçekleştirilen bilginin türünü göz önünde bulundurularak işbirliğinin gerçekleştiğine dair kararlar verilebilmiştir. Bilhassa fiyatlarla ilgili bilgi değişimine⁷⁸ dair katı bir tutum sergilendiği ifade edilebilir. Öyle ki bu konuda mahkemeler per se olarak nitelendirilebilecek seviyede katı bir yaklaşım içerisinde olduklarıdır. Bununla birlikte çok sayıda teşebbüsün olduğu bir pazarda rule of reason incelemesi yapılmaktadır. Görülmektedir ki, Amerikan hukukunda bilgi değişimlerinin ispat açısından değeri pazarın türüne göre değişkenlik göstermekte ve fakat esas önem arz eden değişimi gerçekleştirilen bilginin türü ve niteliği olmaktadır⁷⁹.

AB rekabet hukukunun meseleye yaklaşımına ilişkin olarak, daha evvel pek çok kere bahsi geçen Boya ve Şeker Karteli kararlarına burada da değinmek gerekmektedir. Boya kararında ABAD, teşebbüslerin rakiplerinin hareketlerini göz önünde bulundurarak hareket edebileceklerini fakat bu davranışlara dair belirsizliklerin yok edilip, işbirliği yaparak hareket etmenin yasak olduğunu, ihlalin mevcut olduğu sonucuna varmak için piyasadaki faaliyetlerin ayrıntılı bir şekilde analiz edilmesi ve delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiğini; Şeker Karteli kararında ise, teşebbüslerin piyasadaki politikalarını bağımsız şekilde tespit etmesi gerektiğini, bununla birlikte bu gerekliliğin rakip teşebbüslerin davranışlarına akıllıca uyum sağlamak noktasında bir mani oluşturmadığını ve fakat rakip teşebbüslerle piyasadaki hareketletici etkileyecek biçimde doğrudan veya dolaylı temas kurulmasının da yasak olduğunu ifade etmiştir.

⁷⁸ Özellikle fiyatlarla ilgili bilgi değişimlerinin gizli işbirliği olarak değerlendirildiği görülmektedir. American Column and Lumber Co. v. United States, 227 U.S. 377 (1921), United States v. American Linseed Oil Company, 262 U.S. 371 (1923), United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969).

⁷⁹ *İkizler*, s. 320 vd.

Züchner⁸⁰ kararında ise, uyumlu eylemin varlığından bahsedebilmek için ilgili teşebbüsler arasında ilişkinin bulunması ya da hiç değilse bilgi değişiminin olması gerektiği ifade edilmiştir.

O halde AB rekabet hukukunda da rakiplerin birbirleriyle olan her türlü bilgi değişimi mutlak surette hukuka aykırı şekilde yorumlanmamaktadır. Zira bahse konu davranışın ilgili piyasadaki bilgi asimetrisinden doğan problemlerin çözülmesine ve etkinlik kazanımlarına hizmet etmesi de ihtimal dahilindedir. Ancak belirli nitelikleri haiz bilgi değişimleri, tek başına yahut bir üst uzlaşmanın unsuru olarak rekabet hukukunu ihlal edici nitelikte olabilmektedir⁸¹. İspat faaliyetinde salt bilgi değişiminin varlığı değil, bilgi değişiminin içeriği önem taşımaktadır. Başka bir deyişle herhangi bir bilgi değişiminin varlığı, teşebbüslerin rekabeti kısıtlamak amacını taşıdığını göstermez. AB hukuku uygulamasında fiyatlara ilişkin bilgi değişimleri ispat faaliyeti açısından önem taşıyan bilgi değişimlerindendir⁸². Bu halde mahkemeler, teşebbüslerin rekabeti ihlal etmek ve uyumlu eylemlerde bulunmak amacının bulunduğu yaklaşımını sergilemekte ve ispat için yeterli görmektedir. Dolayısıyla bağlantının konusunu bu tür bir bilgi değişimi oluşturuyorsa, paralel davranışlara sebep olacak şekilde piyasa politikalarını etkisi altına aldığıının gösterilmesine ve piyasa hareketleri ile bilgi değişimi arasında bir nedensellik bağı kurulmasına ihtiyaç olmadan ispat sağlanmış olacaktır⁸³.

Kaynak AB hukukunda da mevcut olan Yatay İşbirliği Hakkında Kılavuz, hukukumuzda konuya ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Kılavuzda yer alan Bilgi Değişiminin Rekabet Açısından Değerlendirilmesi başlıklı kısmında “Rakipler arasında bilgi değişiminin, fiyat veya miktar tespiti amacını taşıyan bir anlaşma niteliği taşıdığında kartel

⁸⁰ Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank ECR 1981, 2021.

⁸¹ *Can*, s. 42.

⁸² Polypropylene, OJ 1986, L230/1; PVC, OJ 1989, L 74/1; LdPE, OJ 1989, L 74/21.

⁸³ *İkizler*, s. 323.

olarak kabul edilerek cezalandırılacağı ve ayrıca tarafların, üzerinde uzlaşılan kurallara uyup uymadığının takibini sağlayarak kartelin işleyişini kolaylaştıran bilgi değişimlerinin de kartelin bir parçası olarak değerlendirileceği” düzenlenmiştir.

Kılavuz kapsamında RKHK’nın 4. maddesine ilişkin değerlendirme yapılırken, bir irade uyuşmasının mevcut olduğunun tespiti takiben bilgi değişimine ilişkin temel rekabetçi kaygıların ele alınması gerektiği belirtilmiştir.

Kılavuza göre, “Piyasada rekabeti kısıtlama amacıyla yapılan her türlü bilgi değişiminin, etkisine bakılmaksızın rekabeti kısıtladığı kabul edilir. Bilgi değişiminin rekabeti kısıtlama amacı olup olmadığının değerlendirilmesinde bilgi değişiminin meydana geldiği hukuki ve iktisadi çerçeve dikkate alınacaktır. Bu kapsamda, bilgi değişiminin, doğası gereği rekabetin kısıtlanmasına yol açıp açmayacağı değerlendirilecektir. Rakiplerin, gelecekte uygulamayı planladıkları fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgileri aralarında değişmesi, genellikle fiyat ya da miktar tespiti amacı taşıdığı için, normal koşullar altında kartel olarak değerlendirilir”.

Rekabeti kısıtlama etkisi bakımından ise Kılavuza göre; “Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olası etkileri, her somut olayın kendine has özellikleri bağlamında incelenmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme, bilgi değişiminin mevcut ve olası etkileri ile bilgi değişiminin bulunmadığı durumdaki rekabet koşullarının karşılaştırılması yoluyla yapılır. Bilgi değişiminin, 4. madde kapsamında rekabeti kısıtlama etkisinin bulunması için, fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ya da inovasyon gibi rekabet parametrelerinden en az biri üzerinde olumsuz etki doğurabilecek nitelikte olması gerekir. Bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkisinin değerlendirilmesinde, ilgili pazarın özellikleri ile bilgi değişiminin nitelikleri dikkate alınır”

Rekabet Kurulu'nun ise konuya ilişkin yaklaşımı, ABAD ile benzer şekilde, bilgi değişiminin uyumlu eylemlerin ispatında önemli bir delil teşkil ettiği şeklindedir⁸⁴. Yine benzer olarak bilhassa fiyatlara ilişkin bilgi değişimleri, Kurul tarafından çoğu zaman rekabeti sınırlayıcı bir amacın mevcut olduğunun ispatı için yeterli görülmektedir. Bilgi değişiminin ispat alanında bu biçimde kullanılması uyumlu eylemlerin ispatlanmasında oldukça kolaylık sağlarken, teşebbüslerin aksini ispat etmesi aynı ölçüde zorlaşmaktadır. Bununla birlikte fiyatlara ilişkin bilgi değişimlerinin belirtilen neticeleri doğurabilmesi için, bilginin fiyat tespitine olanak sağlayıcı özellikte olması ve bilgiden hareketle fiyatların gelecekte paralel hale geleceği sonucuna varılabilmesi gerekmektedir. Bu da özellikle mevcut ya da gelecekteki fiyat politikalarına ilişkin bilgilerin değişiminin ispatlanması suretiyle olur. İstatiksel amaçlı geçmiş yıllara dair fiyat oluşum tablolarının hazırlanması ve yayınlanması teşebbüslerin mutlak surette rekabeti kısıtlama amacı taşımakta oldukları biçiminde yorumlanamaz⁸⁵. Bu sebeple gerek uygulama, gerekse mevcut düzenlemeler doğrultusunda uyumlu eylemlerin ispatı için herhangi bir bilgi değişimi yeterli olmayacak; değişimi gerçekleştirilen bilginin içeriği, niteliği, ilgili pazarın özellikleri önem arz edecek ve somut olayın kendine has durum ve koşulları içerisinde bir değerlendirme yapılarak ispat faaliyeti gerçekleştirilecektir.

b. Toplantılar

Teşebbüslerin piyasa davranışlarındaki paralelliklerin uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi için, taraflar arasında bulunması şart olan bağlantının her daim bir bilgi değişimine, bir tutanağa dayanması gerekli değildir. Teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı bir amaç

⁸⁴ 2. Çimento Kararı, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar; Özel Okullar Derneği, 11.02.1999 tarih ve 99-6/48-17 sayılı karar.

⁸⁵ Şaylı, Y.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 152.

doğrultusunda bir araya gelmeleri ya da bu hususa ilişkin toplantılar tertip etmeleri bağlantı için yeterli olmaktadır.

ABAD'ın vermiş olduğu Pioneer⁸⁶ kararında bu husus ele alınmıştır. Karara konu olan olayda, Pioneer ile üç dağıtıcısı bir toplantı gerçekleştirmişlerdir. Fakat toplantı konusuna işaret eden bir anlaşma yapılmamış; tutanak tutulmamıştır. Toplantıyı takiben söz konusu dağıtıcılar paralel davranışlar sergilemişlerdir. Komisyon'un meseleye ilişkin tavrı, delil yokluğu sebebiyle şikayeti reddetmek olurken ABAD, klasik manada bir delil bulunmamasına karşın, taraflar arasında gerçekleştirilen toplantıdan yola çıkarak uyumlu eylemin varlığına hükmetmiştir.

Bununla birlikte her toplantının mutlak surette rekabeti sınırlayıcı bir amaç için gerçekleştirildiğini söylemek mümkün değildir. Zira bazı durumlarda teşebbüsler çeşitli toplantılarda bir araya gelebilir; bu husus tespit edilebilir ve fakat bu toplantıların ne içeriği şeffaf olmayabilir. Bu toplantılar için uyumlu eylem haricinde başka birçok neden sunulabilir. Örnek olarak, Kurul'un vermiş olduğu Özel Okullar Derneği⁸⁷ kararı gösterilebilir. Söz konusu kararda Kurul, Özel Okullar Derneği tarafından senede bir defa gerçekleştirilen ücret toplantısı adı verilen toplantılarda, fiyata dair görüşmeler yapılmadığının tespit edilmesi ve pazarda rekabetin mevcut olması gerekçelerine dayanarak ihlalin bulunmadığına hükmetmiştir.

c. Kamuya Yönelik Duyurular

Teşebbüslerin gelecekteki piyasa stratejilerini duyurmak suretiyle kamuyu bilgilendirmeleri normal bir durumdur. Bununla birlikte netice itibarıyla kamuya yönelik duyurular da teşebbüsler arasında bilgi alışverişine sebep olur. Bu duyurular vasıtasıyla

⁸⁶ Case 100/80, Musique Diffusion Française v. Commission, ECR 1983, 1825, 3 CMLR 221.

⁸⁷ Özel Okullar Derneği, 11.02.1999 tarih ve 99-6/48-17 sayılı karar.

teşebbüsler, rakiplerinin ileride izleyecekleri piyasa politikalarına ilişkin bilgi edinmektedirler. Bilgi değişiminden farklı olarak kamuya yönelik duyurularda bilgi, sadece pazarın bir tarafında dolaşmamakta, arz tarafı kadar talep tarafı da bu bilgiye ulaşmaktadır. Bu açıdan kamuya yönelik duyurular temel olarak, diğer bilgi akışlarından daha şeffaf niteliğe sahiptir. Yine aynı nedenle, kamuya yönelik fiyat bildirimleri teşebbüslerin belirli bir politikayı uygulamada daha kararlı olduklarının da bir göstergesidir. Zira söz konusu bilgi pazarın karşı tarafına da iletilmekte olduğundan, değiştirilmesi ya da geri alınması kolay olmamaktadır⁸⁸.

Wood Pulp⁸⁹ kararında ABAD, kamuya yönelik duyurulara ilişkin görüşlerini ortaya koymuştur. Söz konusu davada Komisyon’a göre, fiyat duyuruları aracılığıyla piyasada yapay bir şeffaflık meydana gelmekte ve teşebbüsler karşılıklı olarak fiyat uygulamalarına dair seri bir biçimde bilgi edinebilmektedir. Komisyon, bu halde fiyat duyuruları vasıtasıyla ihlalin gerçekleştiğini ileri sürmüştür. ABAD ise salt kamuya yönelik duyuruları söz konusu ihlali gerçekleştirmek noktasında yeterli bulmamıştır. ABAD’a göre fiyat duyurusunu gerçekleştiren teşebbüs, duyuruda bulunduğu sırada, diğer teşebbüslerin gelecekte sergileyecekleri davranışlara ilişkin bir görüşe sahip değildir. Duyuruya rağmen, diğer teşebbüsler için de pazardaki belirsizlik hali sürmektedir. Dolayısıyla salt fiyat duyurularının varlığı, teşebbüslerin gelecekteki piyasa stratejileri bakımından piyasada hakim olan belirsizlik düzeyini düşürmemektedir.

Amerikan hukukunda da bir teşebbüsün gelecekte izleyeceği politikasını duyurması ve buna bağlı şekilde hareket etmesi, neticede paralel davranışlara gözlemlense dahi gizli işbirliği için yeterli olmamaktadır. Örnek olarak Piping⁹⁰ kararında davacı, üyesi olduğu ticari birlikten

⁸⁸ *İkizler*, s. 326.

⁸⁹ Case 89/85, *Ahlström v. Commission*, ECR 1993, 1307.

⁹⁰ *Precision Piping and Instruments, Inc v. E.I. DuPont de Nemours and Co.*, 951 F. 2d 613 (4th Cir. 1991).

ıkarıldıktan sonra alıcıların kendisinden mal almayı reddettiklerini iddia etmiştir. Mahkeme, her bir alıcının sadece birlik üyeleri ile işlem yapacağına yönelik politikasını önceden duyurduğunu, bu halde davacıya yönelmiş olan bir uyumlu eylemin söz konusu olmadığını ifade etmiş ve davacıdan alıcıların arasında işbirliğinin varlığına dair başka emare ve nedenler göstermesini istemiştir⁹¹.

Konuya ilişkin olarak Kurul'un vermiş olduğu Gazete Kararı⁹², teşebbüslerin gerçekleştirdikleri kamuya yönelik duyuruların, uyumlu eylemlerin ispatı noktasında tek başına esas alınmadığına yönelik örnek teşkil etmektedir. Söz konusu kararda kamuya yönelik duyuruların yanı sıra, teşebbüslerin fiyat tespiti hususunda toplantı ve görüşmeler gerçekleştirmesi ve yetkililerin kişisel notları ve diğer belgelerinin de incelenmesi neticesinde elde edilen bulgular dayanak gösterilerek uyumlu eylemin varlığının tespit edildiği ifade olunmuştur.

Kamuya yönelik duyurular, teşebbüsler arası bağlantıyı sağlayan bir araç olarak görülmekle birlikte, uyumlu eylemin ispatı noktasında söz konusu duyurulara ilaveten başka emarelere de ihtiyaç duyulmaktadır.

II. UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI

Şimdiye kadar ifade edilen yasaklayıcı hükümlere aykırılık teşkil eden uyumlu eylemler, hukuki açıdan çeşitli yaptırımlara tabidir. Aşağıda söz konusu yaptırımlar özel hukuk ve kamu hukuku açısından iki grupta incelenecektir.

⁹¹ İkiizler, s. 327.

⁹² Gazete Kararı, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 Sayılı Karar.

A. KAMU HUKUKU ALANINDAKİ SONUÇLAR

Uyumlu eylemlerin kamu hukuku alanındaki sonuçlarını, ihlalin tespit edilmesi halinde Komisyon ve Kurul tarafından uygulanan idari yaptırımlar oluşturmaktadır. İdari yaptırımların iki farklı kategoriye ayrıldığı görülmektedir. Bu yaptırımlardan ilki teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar, diğeri ise idari nitelikli para cezalarıdır⁹³.

1. Yapma-Yapmama Emri

Teşebbüsler veya teşebbüs birliklerinden belirli bir davranışın yapılmasını veya yapılmamasını bir kararla isteme yetkisi veren RKHK m. 9'a göre:

“Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.

Meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzelkişiler şikayette bulunabilir.

Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.

Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir”.

⁹³ Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, s. 385.

Söz konusu hüküm gereğince Kurul, teşebbüsler veya teşebbüs birliklerinden belli bir davranışın yapılmasını veya yapılmamasını emir niteliğinde bir kararla isteme yetkisine sahiptir. Aksi halde Kurul tarafından RKHK m. 17/1’de öngörülen para cezası yaptırımını uygulanacaktır.

Kurul’un RKHK m. 9/1 hükmü gereğince karar çıkarabilmesinin ön şartı, ihlalin varlığının tespit edilmiş olmasıdır. Bu sebeptendir ki, burada belirtilen karar ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. Hem RKHK m. 9 hükmünün son fıkrası, ihtiyati tedbir konusunu açık şekilde düzenlemiştir⁹⁴.

Kurul’un 9. maddeye dayanarak verdiği kararlarda, yapılmasını veya yapılmamasını istediği davranışı somutlaştırması gerekmektedir. Yani Kurul, yalnızca değişmesini istediği pazar politikasını belirtmekle yetinmeyerek, bunun için yapılması veya yapılmaması gereken uygulamayı da açıkça ifade etmelidir. Nitekim m. 9/3’te bu husus düzenlenmiş ve Kurul’un ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceği öngörülmüştür. Bu husus aynı zamanda RKHK m. 52’nin de bir gereğidir. Bu hükme göre verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan hakların şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılması gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte söz konusu düzenlemeler doğrultusunda alınacak karar, teşebbüsleri alternatif davranışlarda bulunmaktan alıkoyacak derecede katı ve ayrıntılı da olmamalıdır⁹⁵.

⁹⁴ İkizler, s. 349.

⁹⁵ İkizler, s. 350.

AB hukukunda benzer düzenlemelerin mevcut olduğu görülür. 1/2003 Sayılı Tüzük m. 7 çerçevesinde ihlalin tespiti ve sona erdirilmesi, m. 8’de ise ihtiyadi tedbir kararı düzenlenmiştir⁹⁶. Amerikan rekabet hukukunda ise FTC bu yetkiye sahiptir.

2. İdari Para Cezaları

RKHK m. 16/2’de yer alan düzenleme, söz konusu Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara idari para cezası verileceğini öngörmektedir. Maddeden anlaşılacağı üzere bu para cezası; anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerin varlığı, hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmaların varlığı halinde uygulanmaktadır.

Doktrinde İkizler⁹⁷, bahsi geçen para cezasına karar verilebilmesi için anlaşma, karar veya uyumlu eylemin varlığının yeterli olduğunu ifade etmekte, bunların ayrıca uygulamaya sokulmuş olmasının gerekmediğini savunmaktadır. Bu durumda rekabeti sınırlama amacına sahip bir anlaşma veya karar tespit edildiği takdirde, henüz fiilen rekabet sınırlanmamış olsa dahi para cezasına hükmedilebilecektir. Uyumlu eylemlerde beklenebilirlik ilkesi gereğince, pazarda fiili etki görülmeden evvel müdahale edilebildiği hallerde de, teşebbüslerin para cezasına çarptırılması mümkündür. Bunların uygulamaya sokulmuş olmasını, para cezasına hükmedilebilmesinin bir ön şartı olarak değerlendirmek doğru değildir.

Aslan⁹⁸ ise bu konuda aksi görüşte olup, Kanunun 4. maddesini potansiyel rekabeti bozuculuk açısından ihlal eden bir durum söz konusu ise, rekabeti sınırlayıcı fiili etkiler söz konusu olmadığından 16. madde koşullarının oluşmadığı; sadece amaç veya potansiyel

⁹⁶ Ersoy, s. 16.

⁹⁷ İkizler, s. 351.

⁹⁸ Aslan, İ. Y.: Rekabet Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2007, s. 726 vd.

rekabete aykırılık söz konusu ise, bunların yasaklanması ile yetinilmesi gerektiğini savunmaktadır.

RKHK m. 16 çerçevesinde söz konusu cezanın miktarına ilişkin olarak “Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir./ Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilir” hükmü öngörülmüştür. Ayrıca m. 16/5 kapsamında; “Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır” düzenlemesine yer verilmiştir.

RKHK m. 17’de teşebbüslerin Kurul’un kararına uymalarını sağlamak amacı ile “Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla, a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülöklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması, b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi, durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri

ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin on binde beşi oranında idarî para cezası verir” hükmü öngörülmüştür.

AB hukukunda da benzer düzenlemeler mevcuttur. 1/2003 sayılı Tüzük m. 23 kapsamında usul kuralları ve maddi hükümlere aykırılık halinde verilecek para cezaları ayrı ayrı düzenlenmiştir. Aynı Tüzüğün 24. maddesi ise, teşebbüslerin Komisyon’un vermiş olduğu kararları uygulamaması halinde, süreli para cezaları öngörmüştür⁹⁹.

3. Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu

RKHK’nın 55. maddesinde “İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz” hükmü düzenlenmiştir.

RKHK m. 54’te yer alan düzenleme gereği dava açma süresi gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır.

Görüldüğü gibi rekabet kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak yetkili idare mahkemesinde dava açılacaktır. Yetkili mahkemenin belirlenmesinde, idari davalarda genel yetkiyi düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 32. maddesi geçerli olmaktadır. Bu hükme göre, “Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki

⁹⁹ Ersoy, s. 36 vd.

idare mahkemesidir”. Belirtilen hüküm gereğince, Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir. Temyiz için ise Danıştay görevlidir.

B. ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLAR

1. Geçersizlik Yaptırımı ve Uyumlu Eylemler

RKHK m. 56’da söz konusu Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararının geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. ABİDA m. 101/2 uyarınca AB rekabet hukukunda da yasaklanan anlaşma ve kararların kendiliğinden geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

Her iki düzenlemede de anlaşma ve kararlardan bahsedilmiş; uyumlu eylemlere değinilmemiştir. Daha evvel de ifade edildiği gibi uyumlu eylem, paralel davranışların hukuka aykırı yönünü ifade etmekte ve bu açıdan borçlar hukuku anlamında haksız fiil teşkil etmektedir. O halde, hukuki işlem niteliği taşımayan uyumlu eylemlerin geçersizliğinden de bahsedilmesi mümkün değildir¹⁰⁰.

2. Tazminat Hakkı

Rekabetin hukuka aykırı şekilde sınırlandırılması sonucu zarar gören, söz konusu zararlarının tazminini isteme hakkına sahiptir.

Konuya ilişkin olarak RKHK, birtakım hükümler öngörmüştür. Aşağıda detaylı olarak değinilecek olan söz konusu hükümlere ilişkin olarak Aslan¹⁰¹, Borçlar Kanunu’na göre özel

¹⁰⁰ Topçuoğlu, s. 287.

¹⁰¹ Aslan, s. 783.

bir kanun olan RKHK'nın sadece özellikle düzenlemesi gereken konuları içermesi, genel kanunlarla halledilebilecek hususlara ise müdahale etmemesi gerektiği görüşündedir. Bu görüşe göre RKHK, genel kanunlarda düzenlenen tazminat hususuna ilişkin olarak bazı düzenlemeler getirmiş olup, bu düzenlemeler tazminat hakkına dair hüküm öngören genel kanunların sistemine aykırılık teşkil etmektedir.

ABİDA'da ise tazminata ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. AB rekabet hukukunda tazminata ilişkin kuralların ülkeden ülkeye farklılık arz etmesi ve genelinin etkisiz kalması sebebiyle 2014 yılında “Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi¹⁰²” kabul edilmiştir. Söz konusu Yönergenin 12. maddesinde birlik kurallarının veya ulusal rekabet hukuku kurallarının ihlali nedeniyle zarara uğrayan herkesin tazminat hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Yönerge kapsamında dolaylı alıcılara dava açma hakkına yer verilmiş; dolaylı alıcıların dava hakkını teşvik etmek amacı ile her kartel oluşumunun bir zarara sebep olduğu adi karinesini getirilmiş; söz konusu karineyi çürütebilmesi amacıyla davalıya aktarma (passing on) savunmasını ileri sürme imkanı tanınmıştır¹⁰³.

RKHK m. 57 tazminat hakkını düzenlemektedir: “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur”. Bu hüküm doğrultusunda, rekabete

¹⁰² Directive 2014/104/EU.

¹⁰³ Büyüksağış, E./Koyuncu, T.: Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-on) Savunması ve Toplu Dava Hakkı, BATİDER C. XXXII S. 1, Ankara 2016, s. 170.

aykırılık hallerinde zarar gören, Borçlar Kanunu’nda yer alan genel hükümlere başvurmaksızın doğrudan m.57’ye dayanarak tazminat talep edebilecektir.

Kanun koyucunun söz konusu maddede, hem “sözleşme” hem “anlaşma” kavramlarına yer verdiği görülmektedir. Rekabet hukuku anlamında söz konusu iki kavram çok da farklı anlamları ihtiva etmemekte olduğundan, burada bir tekrar söz konusu olmuştur¹⁰⁴.

Ayrıca maddede uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları “eylem” ve “karar” olarak kısaltılmıştır. Tazminat hukuku açısından bu durum, Kanunun 4. maddesinin kapsamının genişletildiği ve her türlü eylem ve kararın kastedildiği gibi birtakım yanlış yorumlara sebep olabilecek niteliktedir¹⁰⁵.

RKHK tazminat hususunda yetkili ve görevli mahkemeye ilişkin bir düzenleme öngörmediğinden, bu durum gene hükümlere göre belirlenecektir.

RKHK m. 58’de yer alan hükümde ise; “Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır./ Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da

¹⁰⁴ Aslan, s. 783.

¹⁰⁵ İnan, N.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II (9 Nisan 2004 Kayseri), Ankara 2004, s. 44.

zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir” ifadesi yer almaktadır.

Rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerden zarar görenler rakip teşebbüsler ve tüketicilerdir. Doğrudan zarar görenlerin başında ise yasak davranışın muhatabı olan teşebbüsler gelmektedir. RKHK’nın yukarıda yer verilen 58. maddesinde bu durum açık biçimde ifade edilerek, rekabetin sınırlandırılmasından zarar gören teşebbüslerin bütün zararlarının karşılanması gerektiğinden bahsedilmiştir. Ayrıca hangi konuda ve hangi vasıtalarla gerçekleştirildiği önem arz etmeksizin, rekabetin hukuka aykırı sınırlandırılmasından zarar gören tüketiciler, maruz kaldıkları zararın telafi edilmesini isteyebileceklerdir¹⁰⁶. Tüketicilerin uğradıkları zararların başında, mal ve hizmet fiyatlarında gerçekleşen artış dolayısıyla rekabetin kısıtlanmasından evvel mevcut olan normal şartlar altında ödemeleri gereken bedelin fazlasını ödemeleri gelmekte, aradaki değer farkı zararı oluşturmaktadır. Ancak elbette ki tüketicinin maruz kaldığı zararlar bu hususla sınırlı değildir. Ürün kalitesinin (birlikte) düşürülmesi veya satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması ya da garanti koşullarının ağırlaştırılması gibi durumlar malvarlığında azalmaya yol açtığı oranda (örneğin garanti süresinin kısaltılması veya kalitedeki düşüş nedeniyle ek harcamalar yapılması) tazminat konusu olabilecektir¹⁰⁷.

Rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin mağdurları yalnızca rakip teşebbüsler ve tüketicilerle sınırlandırılmayacaktır. Kısıtlayıcı faaliyetlerin muhatabı olan rakip teşebbüslere ürün veya çeşitli araç gereç temin eden teşebbüsler, bu teşebbüslerin pay sahipleri, alacaklıları gibi kimseler de rekabet hukukunun ihlalinden zarar göreceklerdir ve fakat özellikle aleyhine

¹⁰⁶ İnan, teorik düzeyde mümkün olsa bile pratikte tüketicilerin, RK 57 ve 58. maddelerine dayanarak dava açabilmelerinin mümkün olmayacağı kanısındadır. Bkz. İnan, N.: Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi (konulu tebliğin sonundaki soru-cevap kısmı), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara Ekim 1999, s. 16 vd.

¹⁰⁷ Topçuoğlu, s. 304.

rekabetin kısıtlandığı teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklılarının uğradıkları zararın tespiti ve kişiselleştirilebilmesi oldukça güç olacaktır¹⁰⁸.

Bir diğer husus ise sorumluluğun türüne ilişkindir. Uyumlu eylemler, paralel davranışların hukuka aykırı yönünü ifade ettiği için, borçlar hukuku anlamında haksız fiil teşkil ederler. Bu noktada haksız fiiller için söz konusu olan hukuka uygunluk nedenleri veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin uyumlu eylemler için de gündeme gelebileceğini söylemek mümkündür. İşte RKHK m. 5'te düzenlenen muafiyetin de uyumlu eylemler için hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak görülmesi gerekmektedir¹⁰⁹.

Rekabet hukukuna aykırı eylemlerle başkalarına verilen zararlardan sorumluluğun, kusur sorumluluğu mu olduğu yoksa kusursuz sorumluluk esasına mı dayandığı tartışmalı bir meseledir¹¹⁰.

Kusursuz sorumluluğun esas alınması gerektiğini düşünenlerin ortak olarak benimsediği kanaat, piyasa düzeninin taşıdığı önem nedeniyle sorumluluğun kusura dayandırılmaması gerektiğidir. Söz konusu görüşe göre piyasanın teşebbüsün kusurlu olup olmadığı fark etmeksizin her koşulda korunmasından elde edilecek yarar, kusur sorumluluğu ile teşebbüslere sağlanacak olan yarardan çok daha büyüktür. Bizim de katıldığımız ve uyumlu eylemleri kusur sorumluluğuna dayandıran görüşe göre ise Türk hukukunda genel kural sorumluluğun kusura dayanması olup, bu açıdan Kanunda sorumluluğun hangi esasa dayandığı hususunda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle burada haksız fiil hukukunun genel esaslarının

¹⁰⁸ Topçuoğlu, s. 304 vd.

¹⁰⁹ İkizler, s. 356.

¹¹⁰ Kusursuz sorumluluğu benimseyen görüşler için bkz. Arı, Z.: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s. 217 vd.; Topçuoğlu, s. 299. Kusur sorumluluğunu benimseyen görüşler için bkz. Akıncı, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 367 vd.; İnan, s. 43; Sanlı, K. C.: Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I (4 Nisan 2003 Kayseri), Ankara 2003, s. 224 vd.; İkizler, s. 357.

uygulama alanı bulması gerekmektedir. Teşebbüslerin kusurunun, kast veya ağır ihmalleri sonucunda meydana geldiği durumlarda RKHK m. 58/2’de düzenlenen üç katı tazminat hükmü, hafif ihmallerinin söz konusu olduğu hallerde ise m. 58/1 uygulanacaktır. İlaveten kusurun varlığı aranırken karşılaşılabilecek bir sorun da, hukuka aykırı davranan teşebbüslerin nasıl olup da kusursuz davranmış olabilecekleri sorusudur. Zira bir teşebbüsün karar alıp uygulamaya geçirirken, bunun ekonomik neticelerini öngörmemiş olması ya da bunları düşünmemiş olması gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır¹¹¹. Ticari davranışların ekonomik sonuçları konusunda bunu gerçekleştiren teşebbüsün her şeyden önce bilgisi ve öngörüsü vardır veya olması gerekmektedir. Bu bağlamda rekabeti sınırladığı tespit edilen bir teşebbüsün, en azından ihmal içerisinde hareket ettiğini söylemek mümkündür. Sonuç itibariyle rekabet hukuku bakımından hukuka aykırılığın tespiti ile beraber artık büyük ölçüde kusurun mevcut olduğunu da kabul etmek icap edecektir. Bilhassa uyumlu eylemler açısından meseleye yaklaşıldığında, uyumlu eylem için teşebbüslerin paralel davranışlarının bir temasa dayalı şekilde gerçekleşmesi nedeniyle, teşebbüslerin bu halde rekabetin sınırlandırılması hususunda kusursuz olmaları pek ihtimal dahilinde değildir¹¹².

Tüm bunlarla birlikte doktrinde de ifade edildiği üzere, her hukuka aykırı uygulamada aynı zamanda kusurun da mevcut olduğunu kabul etmek, ticari yaşamın gerçeklerine ve hakkaniyete aykırı nitelikte olabilir¹¹³.

Tazminat hususunda değinilmesi gereken bir diğer mesele zararın hesaplanmasıdır. Konuya ilişkin RKHK m. 58/1 haksız fiillere ilişkin genel yaklaşımdan uzaklaşmadan, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenlerin ödedikleri

¹¹¹ Sanlı, 2003, s. 212 vd.

¹¹² Şaylı, s. 94 vd.

¹¹³ Sanlı, 2003, s. 213.

bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerini öngörmüştür.

Ayrıca RKHK m.58/1 çerçevesinde zarar gören rakip teşebbüslerin bütün zararlarını isteyebilecekleri ifade olunmuştur. Zararın hesaplanmasında zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. Kanunun tazminat taleplerine ilişkin olarak sadece maddi zararı değil elde edilmesi muhtemel karı da bünyesine dahil ettiği görülmektedir.

RKHK m. 58/2'ye göre ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanıyorsa, hakim zarar görenlerin talebi üzerine uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.

Hükümde yer alan “tarafların anlaşması ya da kararı” ifadesinden anlaşılması gereken kural olarak tarafların kastı olup, uyumlu eylemler açısından ise bunun ağır ihmal olarak anlaşılması gerekmektedir birlikte, kanun koyucunun bu tür bir ayrıma gitmeyeceğinden bahisle, söz konusu ifadenin tarafların kastı veya ağır ihmali şeklinde anlaşılması gerekir¹¹⁴.

Hükümde tazminat miktarına ilişkin olarak da bir düzenleme getirilmiştir. Haksız fiil doğan zararın giderilmesi amacına yönelik borç doğurur. Dolayısıyla tazminatın üst sınırını uğranılan zarar oluşturur. Türk hukukunda genel esas, tazminat miktarının zarar miktarını aşmamasıdır ancak; RKHK m. 58/2 bu genel kuraldan ayrılmış ve üç katı¹¹⁵ oranında tazminata hükmedilebilmesini mümkün görmüştür. Bu çerçevede amacın zararın giderilmesi

¹¹⁴ Sanlı, s.

¹¹⁵ Üç katı tazminat, Amerika Birleşik Devletleri Antitrust Hukuku'nda “Treble Damage Action” olarak adlandırılan hukuk davalarında söz konusu olmaktadır.

olduğunu söylemek zor olacaktır. RKHK m. 58/2 hükmü gereği tazminat miktarı zarar miktarını aşacağından, bahsi geçen düzenleme cezalandırma amacı taşımakta ve cezai bir tazminat niteliğine bürünmektedir¹¹⁶.

RKHK m.58/2’de yer alan “üç katı oranında tazminata hükmedilebileceği” ifadesi doktrinde üç şekilde yorumlanmaktadır¹¹⁷: Birinci görüş¹¹⁸ gereğince, şayet zarar tarafların anlaşmasından ya da kararından veya ağır ihmalden kaynaklanıyorsa hakim üç katı tazminata hükmetmek mecburiyetinde değildir ve bu halde üç katı tazminata hükmetmek hakim in takdirindedir. Ancak üç katı tazminat haricinde bir veya iki katı tazminata hükmedemez. İkinci görüş¹¹⁹ gereğince ise hakim söz konusu hallerin varlığını tespit etmesi halinde üç katı tazminata kadar hükmetmelidir. Ancak bu en fazla üç katı olabilir. Üçüncü görüşe¹²⁰ göre ise, 58. maddenin ikinci fıkrası hükmünün koşulları gerçekleştiği takdirde hakim in üç kat tazminata hükmetmesi gerekmektedir. Hakim in üç kata kadar tazminata hükmetmemesi mümkün değildir çünkü bu bir cezai tazminattır ve hakim sadece cezai tazminat koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir. Şayet koşullar mevcut ise m. 58/2 hükmünü uygulamak durumundadır. Bu halde hakim in keyfi olarak üç kat tazminatı vermeme ya da azaltma hakkı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce İkizler’in¹²¹ de ifade ettiği gibi, söz konusu tazminat cezai bir amaç gütmekte ve bu açıdan caydırıcılık işlevi üstlenmektedir. Bununla birlikte hakime bu hususta hiçbir takdir yetkisinin tanınmaması sakıncalı sonuçlar doğurmaya müsaittir. Bu sebeple bahse

¹¹⁶ Aslan, s. 793.

¹¹⁷ Aslan, s. 793.

¹¹⁸ Gül, İ.: Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000, s. 27, dipnot 61.

¹¹⁹ Söz konusu görüş için bkz. İnan, s. 47; Sanlı, 2003, s. 257; Aşçıoğlu Öz, G.: AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukukuna Muhtemel Yansımaları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000, s. 184.

¹²⁰ Aslan, s. 793.

¹²¹ İkizler, s. 371 vd.

konu tazminatın amaç ve işlevlerini en iyi şekilde karşılayacak ve olası sakıncalarına set çekecek şekilde tazminat miktarına esneklik kazandırılması gerekmektedir.

Son olarak çalışmamızda ayrıntılı şekilde değindiğimiz ispat yükü meselesine ilişkin olarak RKHK m. 59, kanuna aykırılığın ispatı ile ilgili bir karine getirmiştir. Buna göre zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.

SONUÇ

Çalışmamız dahilinde ulaşılan sonuçları maddeler halinde sıralamadan evvel şu hususları vurgulamak gerekmektedir: Uyumlu eylemler, anlaşma veya teşebbüs birliği kararları haricinde kalan tüm danışıklı ilişkiler için gündeme gelebilmektedir. Teşebbüslerin bağımsız karar alma ve söz konusu kararları uygulamalarını engelleyen ve bu durumdan teşebbüslere sorumluluk atfedilebildiği birçok ilişkiyi rekabet hukukunun denetim alanına dahil etmek için uyumlu eylemlerin kullanılması mümkündür.

1. Kural olarak teşebbüsler arası işbirlikleri serbest olmakla birlikte, bu serbestinin sınırlanmaması rekabet ihlaline yol açabilecektir. Söz konusu serbestinin kısıtlanmaması serbest rekabetin ilkesinin bozulması ile sonuçlanabilmektedir. Uyumlu eylemlerin düzenlenmesinin amacı genel olarak serbest rekabet ilkesini korumaktır. Özelde hedeflenen ise, anlaşma veya karar olarak nitelendirilmeyecek yöntemler kullanılması ile ilgili kanun hükümlerinin dolanılması suretiyle rekabetin ihlal edilmesinin engellenmesidir.
2. Uyumlu eylem, iki veya daha fazla teşebbüsün, aralarında sağladıkları bağlantı neticesinde, piyasada izleyecekleri politikaların paralel hale gelmesi suretiyle rekabetin sınırlanması olarak tanımlanabilir. O halde uyumlu eylemin unsurları, teşebbüsler arasında gerçekleşmesi, teşebbüsler arasında bir bağlantının mevcut olması, bu bağlantıya dayanan paralel davranışların varlığı ve rekabetin sınırlanmasıdır.
3. Uyumlu eylemler iki ya da daha fazla teşebbüs arasında gerçekleşmektedir. Bir diğer deyişle uyumlu eylemler sadece teşebbüslerin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkarlar. Hukuki statüsü önem arz etmeksizin bir ekonomik varlık, bir başka

teşebbüsten bağımsız olarak karar alabilmesi halinde teşebbüs olarak kabul edilir. Hukuken bağımsız olmakla birlikte, ekonomik açıdan birbirlerine veya ortak bir merkeze bağlı teşebbüslerin bağımsız teşebbüsler şeklinde nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorunu tartışılmıştır. Bu sorunun çözümünde teşebbüsler arasında hukuki bağımsızlığın mı yoksa ekonomik birliğin mi esas alınacağı noktası önem arz etmiştir. Hukuki bağımsızlık, hukuk düzeni karşısında bir bağımsızlığın mevcut olmasını ararken; ekonomik birlik, ekonomik faaliyetlerde bağımsızlığı aramaktadır. Türk ve AB rekabet hukukunda ekonomik birlik yaklaşımı benimsenmiştir. Bağlı teşebbüsler, hukuken bağımsız olmakla beraber, ekonomik olarak birbirlerine veya ortak bir merkeze bağlı teşebbüslerdir ve ekonomik birlik yaklaşımı gereğince tek bir teşebbüs olarak kabul edilirler.

4. Uyumlu eylemden söz edebilmek için piyasada paralel davranışlar içerisinde olan teşebbüsler arasında doğrudan ya da dolaylı şekilde gerçekleşen bir bağlantının söz konusu olması gerekir. Önemli olan teşebbüslerin bağlantı sırasında veya neticesinde ulaşılan bilgiler doğrultusunda gelecekte izleyecekleri pazar politikalarını belirlemeleridir. Bağlantı, uyumlu eylemin objektif unsuru olup, objektif niteliği teşebbüslerin uyuşması hususu ile ilgilenmemesinden kaynaklanmaktadır. Zira bağlantı, teşebbüsler arasında paralel piyasa politikaları uygulanmasına olanak sağlayan bir temas, irtibat, yaklaşma süreci olup, bağlantı söz konusu temasın tespiti ile gerçekleşmekte; teşebbüslerin uyuşması gerekmemektedir. Şayet söz konusu temas vasıtasıyla teşebbüslerin karşılıklı anlaştıkları neticesine ulaşılabiliriyorsa, bu halde uyumlu eylem değil, anlaşma söz konusudur. Bir anlaşmanın mevcut olmadığı bu gibi hallerde ne tür ve derecede

bir temasın bağlantı teşkil edeceği sorusu gündeme gelmekte; söz konusu durumda bağlantıya dayanak teşkil edecek paralel davranışların varlığı aranmaktadır.

5. Uyumlu eylemlerin bir diğer unsuru, bağlantıya dayanak teşkil eden paralel davranışların varlığıdır. Belirli bir piyasada faaliyette bulunan rakip teşebbüslerin birbirine paralel politikalar izlemesi olarak tanımlanabilen paralel davranışlar, piyasada görülen her türlü paralellliği kapsamakta olduğundan uyumlu eylemlerden çok daha geniş bir kavramdır. Zira her tür paralel davranış rekabet hukukuna aykırı nitelikte değildir. Paralel davranışların tesadüfi şekilde gerçekleşmesi veya söz konusu davranışların teşebbüslere yüklenmesi mümkün olmayan sebeplerle meydana gelmesi halinde paralellik bilinci mevcut olmadığından rekabet hukuku açısından bir sorumluluk gündeme gelmeyecektir.

Bilinçli paralel davranışlar ise oligopole özgü paralellikler ve uyumlu eylemler olarak ikiye ayrılabilir. Oligopolistik piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aldıkları kararlar, rakip teşebbüslerin kararlarını etkilemekte olup, her bir teşebbüsün karı yalnızca kendi davranışına bağlı değildir. Rakip teşebbüslerin göstermiş bulunduğu tepkilere de bağlı bulunmaktadır. Teşebbüsler arasında meydana gelen söz konusu bağımlılık neticesinde, oligopolistik piyasalarda paralel davranışlar oluşabilmekte ve rekabet üstü karlar elde edilebilmektedir. Oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin, pazarda izleyecekleri politikalarının, rakiplerinin pazar politikalarına bağlı bulunduğunun farkında olması oligopolistik bağımlılık olarak adlandırılmaktadır. Bu bağımlılık dolayısıyla teşebbüsler arasında bir anlaşma mevcut bulunmaksızın paralel davranışlar doğabilmektedir. Oligopole özgü paralellikleri bir danışıklı ilişki türü veya uyumlu eylem

kapsamında değerlendirmek m¼mk¼n değildir. Somut olayda paralel davranışların gerçekten pazarın yapısı gereği meydana gelen karşılıklı bağımlılıktan mı yoksa teşebbüsler arası bir uyumlu eylem halinin bulunmasından mı kaynaklanmış olduğunun saptanması gerekmektedir.

Doktrinde hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında bir şekilde sağlanan uyum ve bu uyumu izleyen bir pazar davranışı veya eylemin varlığı ile doğar. Bu görüşe göre uyumlu eylem kapsamında yasaklanan uyum olmayıp, davranış veya eylemdir. Teşebbüslerin uyumu sonucunda meydana gelen eylemler rekabet hukukunun ihlali olup, bu ihlalin gerçekleşebilmesi için uyum ve eylemin varlığı gereklidir. Salt paralel davranışlarda olduğu üzere, eylem mevcut olup, bu eylemin temelinde bir uyum yoksa ihlalden bahsedilemeyecektir.

6. RKHK m.4 ve ABİDA m. 101 hükümlerinde uyumlu eylemler, anlaşma ve kararlar ile birlikte düzenlenmiştir. Teşebbüslerin anlaşma ve karar haricinde kalan ve rekabet hükümlerini dolanma niteliği taşıyan tüm eylemlerini engellemek amacıyla uyumlu eylemler düzenlenmiştir.
7. Anlaşma ve uyumlu eylem ilişkisine bakıldığında, uyumlu eylemlerin anlaşmalardan daha gevşek bir danışıklı ilişki olduğu ve anlaşmalar kadar ciddi bir bağlayıcılık niteliği olmadığı ifade edilmektedir.

Henüz eyleme dönüşmemiş bir mutabakatın uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacağından, anlaşma ve uyumlu eylemlerin birbirinden ayırt edilmesi hususu icrasına başlanmış irade uyuşmaları için önem arz etmektedir. Dolayısıyla uyumlu eylem, icrasına başlanmış uyuşmaları; anlaşma ise, her iki

durumu da kapsamaktadır. İcrasına başlanmış irade uyuşmalarının ise, uyumlu eylem mi veya anlaşma mı olduğunun belirlenmesi oldukça zordur. Bilhassa anlaşmaların geniş yorumlanması, söz konusu iki kavram arasındaki sınırları belirsizleştirmektedir. Söz konusu iki kavram ortaya çıkış şekilleri ve yoğunlukları açısından çeşitli farklılıklara sahip olsalar da, özellikle karmaşık ihlaller söz konusu olduğunda, bu kavramları keskin şekilde birbirlerinden ayırt etmek pek mümkün olmamaktadır. Somut bir olayda mevcut olan danışıklı ilişkinin anlaşma veya uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi, ortaya çıkacak hukuki sonuçlar açısından bir farklılık yaratmayacaktır. Bu sebeple, söz konusu ayrımın pratik açıdan çok büyük önem taşımadığını söylenebilir.

8. RKHK m. 4 kapsamında düzenlenen bir diğer danışıklı ilişki ise teşebbüs birliği kararlarıdır. Teşebbüs birliği niteliği tespit edilirken, varlık ve faaliyetlerde sürekliliğin, müşterek bir amacın mevcut olup olmadığı belirlenmekte; bundan sonuç alınamaması halinde ise rekabeti sınırlayan birlik iradesinin karar niteliğinde olup olmadığına bakılmaktadır.

Teşebbüs birliği kararlarının en önemli niteliklerinden biri bağlayıcı olmalarıdır. Bu şekilde birlik olmanın getirdiği güç, rekabeti sınırlama amacı taşıyabilecek veya bu etkiyi doğurabilecektir. Bununla birlikte, birlik kararının hukuken bağlayıcı olması şartı bulunmamaktadır. Birlik üyeleri üzerinde fiilen bağlayıcı etkisinin olması da yeterlidir.

9. Teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarının ispatı için, hukuka aykırı olmamak şartı ile her türlü delile başvurmak mümkündür.

Rekabet hukukunda uyumlu eylemler ispat edilirken, ekonomik deliller önemli katkı sağlamakla birlikte, esas olarak iletişim delillerine itibar edilmekte ve yüksek ispat gücü atfedilmektedir.

Uyumlu eylemlere hem doğrudan hem dolaylı ispat (emare ispatı) vasıtasıyla ulaşılması mümkündür. Ayrıca uyumlu eylemler için öngörülen ispat ölçüsü yüksek tutulmuştur.

Kural olarak rekabet hukukunda ispat yükü rekabet otoritelerindedir. RKHK m. 4 kapsamında ise uyumlu eylem karinesi öngörülme suretiyle ispat yükünü tersine çevirmiştir. Söz konusu düzenleme, rekabet hukuku ihlalleri için geçerli olan ilgili ispat kurallarını tersine çevirerek, rekabet hukuku ihlalinin var olmadığı hususunun ispatını soruşturmaya konu teşebbüslere yüklemektedir.

10. Uyumlu eylemlerin bağlantı unsurunun ispatı güç olduğundan, paralel davranışların mevcut olduğunun ispatı, uyumlu eylemin varlığının ispatı açısından önem taşımaktadır.

Teşebbüsler arası bağlantıya dayanan paralel davranışlar uyumlu eylemlere sebebiyet verirler. Bir diğer anlatımla paralel davranışlar, başka birtakım emare vakıaları ile desteklenmediği takdirde uyumlu eylemin varlığına işaret etmeyecektir. İşte bu emareler teşebbüslerin bağlantı içinde olduklarına ilişkin emarelerdir. Paralel davranış, uyumlu eylemden daha geniş kapsamlı bir kavram olduğundan, oligopole özgü paralellikler gibi bağlantı unsuru olmaksızın da gerçekleşebilir. Bu sebeple Amerikan, AB ve Türk hukukunda uyumlu eylemlerin ispatlanması noktasında paralel davranışların varlığı tek başına yeterli görülmemiştir.

Genel durum böyle olmakla birlikte, örnek olarak bilgi değişimleri gibi, paralel davranışların yanında bağlantının varlığını doğrudan ispatlayan veya paralel davranışlar olmasa dahi uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilebilecek vakıalar da söz konusudur.

11. Rekabetin ihlalinin ispatlanması, kamu hukuku ve özel hukuk alanında birtakım sonuçlar doğurmaktadır.

Uyumlu eylemlerin kamu hukuku alanındaki sonuçlarını, ihlalin tespit edilmesi halinde Komisyon ve Kurul tarafından uygulanan idari yaptırımlar oluşturmaktadır. İdari yaptırımlar iki farklı kategoriye ayrılmakta olup, söz konusu yaptırımlardan ilki teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar, diğeri ise idari nitelikli para cezalarıdır.

Uyumlu eylemlerin özel hukuk alanındaki sonuçlarına bakıldığında, uyumlu eylemin paralel davranışların hukuka aykırı yönünü ifade etmekte ve bu açıdan borçlar hukuku anlamında haksız fiil teşkil etmekte olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla muafiyet kurumu uyumlu eylemlerin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenlerdendir.

Uyumlu eylemler dolayısıyla başkalarına verilen zararlardan sorumluluk, esas itibariyle kusur sorumluluğudur.

RKHK m. 57 gereğince, uyumlu eylemler nedeniyle zarar görenler tazminat hakkına sahip olup, söz konusu tazminat belirlenen zarar tutarında ve belirlenen zararın üç katı oranında olmak üzere iki türde öngörülmüştür.

KAYNAKÇA

Akıncı, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 5, Ankara 2001.

Akıncı, A.: Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

Aktaş, C.: Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Anlaşması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara 2003.

Öcal Akipek, Ş./Kırkbeşoğlu, N./Tokbaş, H.: Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi, İstanbul 2016.

Alexander, L./Sherwin, E.: “Judges as Rule Makers”, in Edlin Douglas (Editör): Common Law Theory, Cambridge University Press, USA 2007.

Ardıç İ. Y.: Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 57, Ankara 2004.

Areeda P./Kaplow L.: Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Fifth Edition, USA 1997.

Arı, Z.: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004.

Aslan, F. E.: Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı, Rekabet Dergisi, C. 13 S. 3, Ankara 2012.

Aslan, İ. Y.: Rekabet Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2007.

Aslan, İ. Y.: Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999.

Aslan, İ. Y.: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992.

Aşçıoğlu Öz G.: Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2002.

Aşçıoğlu Öz, G.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 4, Ankara 2000.

Aşçıoğlu Öz, G.: AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukukuna Muhtemel Yansımaları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

Ata, Ç. D.: Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 109, Ankara 2010.

Atalay, O.: Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi S.70, Manisa 1999.

Atiyas, İ./Gürkaynak, G.: Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümlemeler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Kayseri 2006.

Badur, E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 6, Ankara 1998.

Bael I. V./Bellis J. F.: Competition Law of the EEC, Second Edition, Oxfordshire 1990.

Baydarol, C.: Avrupa Birliği' ni Kuran Antlaşma, İstanbul 1993.

Bleecheam, M.: Conscious Paralelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Sherman Laws, New York Law School, Law Rev., 24/1979.

Bowman, W. S.: Tying Arrangements and the Leverage Problem, Yale Law School Faculty Scholarship Series Vol. 67:19, USA 1957.

Braun W. D. /Ritter I./ Rawlinson F.: EC Competition Law A Practitioner's Guide, Kluwer Law International, Second Edition, The Netherlands 2000.

Budak, A. C.: AT Konsey ve Komisyonu'nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2004.

Budak, A. C.: Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I (4 Nisan 2003 Kayseri), Ankara 2003.

Büyüksağış, E./Koyuncu, T.: Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-on) Savunması ve Toplu Dava Hakkı, BATİDER C. XXXII, S. 1, Ankara 2016.

Can, B.: Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 123, Ankara 2012.

Canbolat, İ. U.: Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.

Cengiz, D.: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.

Cengiz, D.: Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi S. 35, Ankara 2008.

Colino, S. M.: Competition Law of the EU and UK, Oxford University Press, Seventh Edition, USA 2011.

Corley, R. N./Robert, W. J.: Principles of Business Law, Eleventh Edition, USA 1979.

Çeker, M.: Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, BATİDER C. XVII S. 3, Ankara 1996.

Çelen, A.: Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 92, Ankara 2003.

Efem, G.: Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Bakımından Roma Antlaşması m. 85'e Kavramsal Bir Yaklaşım, Ankara 1993.

Erol, K.: Rekabet Kurumu ve Uygulamaları, Rekabet Kurumu Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu, Ankara 1998.

Ersoy, Ç.: Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi S. 16, Ankara 2003.

Esin, A.: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.

Esin, A.: Rekabet Hukuku'nda Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar, Ankara 1998.

Faull J./Nikpay A.: The EC Law of Competition, Oxford University Press, USA 1999.

Gerber, D. J.: Law and Competition in Twentieth Century in Europe Protecting Prometheus, Oxford University Press, USA 1998.

Gerven, G./Varona, E.: The Wood Pulp Case and Future of Concerted Practices, Common Market Law Review No. 31.

Gleiss, A./Hirsch B. H.: Common Market Cartel Law, Third Edition, USA 1978.

Goyder, D. G.: EC Competition Law, 4th Edition, Oxford University Press, USA 2003.

Gül, İ.: Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000.

Gürkaynak, G.: Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Çimento İşveren Dergisi, C. 27 S. 1, İstanbul 2013.

Gürkaynak, G./ Yaşar, A. G.: “Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç”ı Yeniden Değerlendirmek: “Groupement Des Cartes Bancaires V Commission” Kararı Işığında Yeni Bir Gün, Rekabet Dergisi C. 16 S. 1, Ankara 2015.

Gürkaynak, G./Yıldırım, K./Duman, M.: Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara Ekim 2010.

Gürkaynak, G./Yıldırım, K. K./ Özgökçen, M. H./Aydın, A. B.: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspat Odaklı Tartışmaları, Rekabet Dergisi C. 12 S. 4, Ankara 2011.

Güven, P.: Rekabet Hukuku, Ankara 2008.

Güzel, O.: AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektöründe Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2003.

Güzel, O.: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 116, Ankara 2003.

Hylton, K. N.: Antitrust Law Economic Theory and Common Law Evolution, USA 2003.

Ilıcak, A.: Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara 2003.

İkizler, M.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara 2005.

İnan, N.: Uzlaşma-Bilgi Değişimi, Rekabet Forumu Dergisi, S. 78, Ankara Kasım 2013.

İnan, N.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II (9 Nisan 2004 Kayseri), Ankara 2004.

İnan, N./Piker, M. B. : Rekabet Hukuku, Ankara 2007.

İkizler, M.: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2001.

Jentz, G. A./Miller, R.L./Cross, F.B./Clarkson, K. W.: West's Business Law, Fourth Edition, USA 1997.

Jones A./Sufrin B.: EC Competition Law Text, Cases and Materials, Oxford University Press, USA 2001.

Kahraman, Z.: Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık, İstanbul 2008.

Karacehennem N./Ardıyok Ş.: Tek Başına Bilgi Değişimi İhlal Olabilir mi? (söyleşi), Rekabet Forumu Dergisi S. 76, Ankara Eylül 2013.

Karakeçili, F.: AT'da Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi, İKV, İstanbul 1997.

Kaysen, C.: Collusion Under The Sherman Act, Quarterly Journal Of Econommics, USA 1951.

Kekevi, G. H.: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 15, Ankara 2008.

Kerse, C. S., EEC Antitrust Procedure, United Kingdom 1988.

Korah, V.: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Hart Publishing, Ninth Edition, USA 2007.

Kovacik, W./Marshall, R.C./Marx, L.M./White, H.L.:Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, Center for the Study of Auctions, Procurements and Competition Policy, Working Papers, USA 2011.

Kötz, H./Flessner, A.: European Contract Law, Oxford University Press, USA 1997.

Kuntalp E./Özdemir A. M./Arıkel S.: Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

Lane, R.: EC Competition Law, United Kingdom 2000.

Laurila, M.: The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, ECLR 1993.

Lista, A.: EU Competition Law and The Financial Services Sector, First Edition, USA 2013.

Neale, A. D./Goyder D. G.: The Antitrust Laws Of Usa, Third Edition, Cambridge University Press, USA 1980.

Özsunay, E.: Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

Özsunay, E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985.

Pekcanıtez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011.

Pınar, H.: Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, C. 15, S. 2, Ankara 2014, s. 61.

Pişmaf, Ş.: İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 115, Ankara 2012.

Posner A. R.: Antitrust Law, An Economic Perspective, The University of Chicago Press, USA 1984.

Posner, R. A.: The Chicago School Of Antitrust Analysis, University Of Pennsylvania Law Review Vol. 67, Iss.19, USA 1979.

Posner, A. R.: Oligopoly and the Antitrust Laws, A Suggested Approach, Stanford Law Rev., 21/1969.

Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1999.

Rodger, B.S./MacCulloch A.: Competition Law and Policy, Second Edition, United Kingdom 2001.

Sanlı, K. C.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 3, Ankara 2000.

Sanlı, K. C.: Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I (4 Nisan 2003 Kayseri), Ankara 2003.

Shenefield, J. H./Stelzer, I. M.: The Antitrust Law : A Primer, 4th Edition, USA 2001.

Sherwin, K. M./Clermont, E.: A Comparative View of Standards of Proof, The American Journal of Comparative Law Vol. 50 No: 2, USA 2002.

Soames T. : An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?, E.C.L.R.,No: 1/1996.

Stevens, D.: Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law, Yearbook of European Law, USA 1995.

.Sullivan, E. T./Harrison J. L.: Understanding Antitrust and It's Economic Implications, Third Edition, USA 1998.

Sullivan, E. T.: The Political Economy of the Sherman Act, Oxford University Press, USA 1991.

Şahin, M.: ABD Rekabet Hukuku Politikasında Reform Çalışmaları, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi S. 9, Denizli 2011.

Şaylı, Y.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005.

TC Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Rekabet Hukuku Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2007.

Tekdemir, Y.: AT Rekabet Hukuku Işığında 'Birlikte Hakimiyet' Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

Tekinalp, G.: Uyumlu Eylemler Kavramı, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995.

Tekinalp, Ü./Tekinalp, G. : Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000.

Tekinalp Ü.: Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulu'nun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.

Tohtar, A. T.: Rekabet Kurumu'nun İnceleme ve Karar Verme Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.

Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 7, Ankara 2001.

Topçuoğlu, M.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 50 S. 4, Ankara 2001.

Töre, N.: Rekabet ve Piyasalar, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara 1998.

Turner D. F.: The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Paralellism and Refusals to Deal, Harvard Law Rev., 1962.

TÜSİAD: Rekabet Hukuku' nda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Yayın No: TÜSİAD-T/98-12/244, İstanbul 1998.

Umar, B./Yılmaz, E.: İspat Yükü, İstanbul 1980.

Uyanık, P.: Rekabet Hukuku Açısından Delil, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara 2003.

Wils, W. P. J.: The Undertaking as Subject of EC Competition Law and The Imputation of Infringements to Natural or Legal Person, EL Rev., 2000.

Whish, R.: European Competition Law, United Kingdom 2001.

Whish, R.: Competition Law, United Kingdom 1985.

Yılmaz, E.: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999.

Yüksel, O. Y.: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi, Ankara 2004.

KARARLAR

I.AMERİKAN REKABET HUKUKU

American Column and Lumber Co. v. United States, 227 U.S. 377 (1921).

Container Corp v. Unites States, 393 U.S. 333, 355 (1969).

Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. United States 234 U.S. 600 (1914).

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

Interstate Circuit Inc. v. United States 328 U.S. 781 (1946).

Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 563 (1925).

Standart Oil of New Jersey v. United States 221 U.S. 1 (1911).

Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp., 392 US 134 (1968).

Trans-Missouri Freight v. United States 166 U.S. 290 (1897).

United States v. American Linseed Oil Company, 262 U.S. 371 (1923).

United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969).

United States v. Paramount Pictures, Inc, 334 US 131 (1948).

II.AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU

Case 89/85, Ahlström & Ors v. Commission, ECR 1988, 5193.

Cases 89/85, Ahlström v Commission, ECR 1993, 1307.

Case 49/92 etc., Anic v. Commission, ECR 11999, 4125.

Cases 142, 156/84, BAT and Raynolds v. Commission, ECR 1987, 4487.

Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, ECR 1971, 949.

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

Cases 29,30/83, Compagnie Royal Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v.
Commission, ECR 1984, 1679.

Cases 58/64, Consten and Grundig v. Commission, ECR 1966, 299.

Case 56/64, Consten and Grundig Verkaufs-GmbH v. Commission, ECR 1966, 322.

Case 78/70, Deutsche Grammophon v. Metro, ECR 1971, 487.

Case 6/72, Europemballage Continental Can v. Commission, ECR 1973, 215.

Case 226/11, Expedia Inc v. Autorite de la Concurrence, ECR 2012.

Case 102/77, Hoffmann-La Roche v. Commission, ECR 1979, 461.

Case 41/90, Höfner AND Esler v. Macrotron, ECR 1991, I-1979.

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

Cases 48/69, ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) v. Commission, ECR 1972, 619.

Case 19/61, Mannesmann V. High Authority, ECR 1962, 687.

Cases 100/80, Musique Diffusion Française v. Commission, ECR 1983, 1825.

Case 322/81 Nederlandse Banden-Industrie Michelin NV v. Commission ECR 1983, 3461.

Case 730/79, Philip Morris Holland BV. v. Commission, ECR 1980, 2671.

Cases 40/73, Suiker Unie v. Commission, ECR 1975, 1663.

Case 311/84, Telemarketing v. Commission, ECR 1985, 3261.

Case 27/76, United Brands v. Commission, ECR 1978, 207.

Case 102/92, Viho v. Commission, ECR 1995, II-17.

Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank ECR 1981, 2021.

Aluminum Imports from Eastern Europe, OJ 1992 L 92/1.

Carton Board, OJ 1994, L 243/1.

Fatty Acids, OJ 1987, L3/17.

Graphite Electrodes, OJ 2002, L 100/1.

LdPE, OJ 1989, L 74/21.

Polypropylene, OJ 1986, L 230/1.

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

PVC, OJ 1989, L 74/1.

Re Christiani and Nielsen NV. OJ 1969 CMLR (R.P. Supplement) D 37.

Reuter/BASF, OJ 1976, L 254.

Roulement à billes, OJ 1974, L 343.

Soda-ash/Solvay, OJ 1991 L152/1.

UK Agricultural Tractor Registration Exchange OJ 1992, L68/19.

III.TÜRK REKABET HUKUKU

AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri K. Bımaş
Bırleşık Medya Pazarlama A.Ş. ve diğerleri, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar.

CNR 2, 20.08.2014 tarih ve 14-29/596-262 sayılı karar.

Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar.

Maya, 23.08.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar.

Maya, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar.

Motor Yenileme, 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı karar.

Özel Okullar Derneği, 11.02.1999 tarih ve 99-6/48-17 sayılı karar.

Pepsi-Cola/Kadirli, 04.07.2000 tarih ve 00-25/258-140 sayılı karar.

Reklamcılar Derneği, 25.07.2002 tarih ve 02-45/530-219 sayılı karar Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

Turkcell/Telsim, 14.12.1999 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar.

Yemek Çeki, 26.05.2006 tarih ve 06-36/465-127 sayılı karar.

1.Çimento Kararı, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.

2.Çimento Kararı, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar.

08.03. 2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar

Danıştay 10. Daire; E.: 2001/1405, K.:2003/4903, Danıştay Kararları Dergisi S. 5.

TEZ ÖZETİ

REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı şekilde rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı bulunan ya da bu etkiyi meydana getiren veya meydana getirebilecek niteliğine sahip teşebbüsler arası uyumlu eylemler, gerek AB hukukunda gerekse Türk hukukunda yasaklanmıştır.

Öncelikle uyumlu eylem kavramının tanımı, ikinci olarak uyumlu eylemlerin unsurlarının neler olduğu, sonrasında anlaşma ve uyumlu eylem ilişkisi, son olarak da uyumlu eylemin ispatına değinmek gerekmektedir.

Uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın mevcut olduğu aşamaya varmamakla birlikte, rekabetin doğuracağı risklere yönelik meydana getirilen bir işbirliği veya koordinasyon şekli olarak tanımlanabilir.

Uyumlu eylemin unsurları, teşebbüsler arasında gerçekleşmesi, teşebbüsler arasında bir bağlantının mevcut olması, bu bağlantıya dayanan paralel davranışların varlığı ve rekabetin sınırlanmasıdır.

Uyumlu eylemler anlaşmalar ile kıyaslandığında daha az bağlayıcılığa sahiptir. Ayrıca uyumlu eylemler ve anlaşmalar arasında pratikte önemli bir fark bulunmamakta olup, her iki kavram da aynı amaca hizmet etmektedir.

Uyumlu eylemin varlığının ispatı için hukuka aykırı olmamak şartı ile her türlü delile başvurmak mümkündür. Kural olarak rekabet hukukunda ispat yükü rekabet otoritelerindedir. RKHK m. 4 kapsamında ise uyumlu eylem karinesi öngörülmüş ve teşebbüslere uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispatlama sorumluluğu yüklenmiştir.



SUMMARY

CONCERTED PRACTICES IN COMPETITION LAW

The concerted practices which has the purpose or effect or the influence of which is, directly or indirectly, to restrain, ruin or restrain competition in a particular market for goods and services are illegal and forbidden in the EU competition law and Turkish competition law.

It's essential to mention first the juridical meaning of concerted practice, secondly factors of concerted practices, immediately after the difference between an agreement and a concerted practice and finally how a concerted practice can be evidenced.

Concerted practice can be defined as a form of collaboration or co-ordination between undertakings which without having attained the step where an agreement entirely named has been resulted, purposely replaces cooperation between them for the risks of competition.

Factors of a concerted practice can be arrayed like this: Ocurring between undertakings, existence of a connection and parallel behaviours based on the connection and restriction of competition.

Agreements are more binder than concerted practices. However, there isn't an important difference in practice between an agreement and a concerted practice by reason of that both of them serves the same purpose.

A concerted practice can be prove by all types of evidence with the exception of illegal evidences. In principle, the burden of proof is on the authorities of competition but in Turkish competition law there is a presumption which means the burden of proving an existence of a concerted practice is on the undertakings.

